

Ana Tereza Basilio João Augusto Basilio Márcio Henrique Notini Marcos de Campos Salgado Álvaro José do Amaral F. Rodrigues Marcelo B. Ludolf Gomes Fernanda Carvalho de Miéres Paula de Andrade Boechat Flávia Ganem Maria Beatriz de Souza Moreira Luiza Santos Andrade Hugo Pupak Lopes Saraiva Carla Penna Machado Ana Luisa Fernandes Pereira Yasmin da Silveira Farias Tânia Aguida de Oliveira Aline Domingues Costa de Araujo Jéssica Leone Santos Maria Rafaela Bichara Caroline Souza Leal Salles Ana Amélia Resende Cury Felipe de Oliveira Gonçalves	Rayssa França da Fonseca Paulo Eduardo Sarmento de Toledo Vitor de Albuquerque Nogueira Amanda Lopes Coelho Gabriel Pina Ribeiro Daniel Dias Carneiro Guerra Larissa Gabriele da Rocha Patrício Raul Gonçalves Baptista Fernanda Marques Ferreira Ilan Roitman Nicole Contardo Pereira Aló Mona Carolina S. Rodrigues Branco Luna Jurberg Salgado Ana Carolina de A.e Freitas Santos Luis Henrique Santos Crepaldi Renato Perrotta de Souza Luiza Lopes Cintra Ana Carolina Cobra Meda Leite Michelle Pereira da Cunha Corrêa Leonardo Gomes da Silva Kamilla de Alarcão Fleury Pedro Henrique Oliveira de Aguiar	Felipe Rocha Deiab Barbara Carla da Mata Ewers Larissa David Torres Janela Priscila Noya Pinheiro Marcos Vinicius Demetrio de Souza Cezar Eduardo Ziliotto Lucas da Silva Ribeiro Samuel Dias Padilha Davi Medina Vilela Priscila Maria A. dos Santos Pinto Samara Magalhães Khoury Isaque Marcos Santos Viana Vinicius Carvalho L. de Almeida Caio César Carneiro Marques Paula Marques S Thompson Mello Marcelo Villas Boas Veloso Thiago Alberto S Maia Macieira Thais Carlos da Rocha Cruz Ana Caroline Bragança Correia Ana Carolina Folly Leite Sampaio Camila Fulgoni Branco Muzi Pedro Henrique Moreira Marques	Juan Fellipe Lopes Borba Eduarda de França Sousa Emannuel Giovanini Pereira Deborah Maia Cruz Machado Rhayssa Antinarelli C. Campos Jéssica Figueiredo Tavares Matheus Medeiros Evangelho Juan Guillermo Souza e Souza Guilherme Góes Gandra Marcos Diaz Junior
			Consultores Frederico José Leite Gueiros Carlos Roberto Barbosa Moreira Luiz Fernando Palhares

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRIMEIRO VICE-PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

GRERJ Eletrônica nº 70534405133-27

LINHA AMARELA S.A. – LAMSA (“LAMSA”), sociedade anônima com sede na Av. Carlos Lacerda, s/nº, Praça do Pedágio, Água Santa, Cidade e Estado do Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.974.211/0001-25, vem, por seus advogados, com fundamento no art. 19, §1º, da Lei nº 4.717/1965, interpor recurso de agravo de instrumento contra a decisão de fls. 3.440/3.442, complementada pela decisão de fls. 3.551/3.552, proferida nos autos da ação popular nº 0189078-10.2020.8.19.0001, que, perante o MM. Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública/RJ, lhe move WALMIR DE ALMEIDA BARRETO JÚNIOR (“Walmir”), brasileiro, advogado, inscrito na OAB/RJ sob o nº 112.601, inscrito no CPF sob o nº 078.713.407-43, com endereço profissional na Rua Senador Dantas, 117, sala 2014, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP: 20.031-911, e o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO (“Município”), pessoa jurídica de direito público, com sede na Rua Afonso Cavalcante, nº 455, Cidade Nova, Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP. 20.211-110, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 42.498.733/0001-48, o que faz por meio das inclusas razões, cuja juntada aos autos requer.

A LAMSA é representada nos autos pela advogada Ana Tereza Basilio (OAB/RJ nº 74.802), com escritório na Av. Presidente Wilson nº 210, 12º andar, Centro, RJ, CEP: 20.031-005 (fls. 184/186), em nome de quem devem ser realizadas as intimações relacionadas a este processo, sob pena de nulidade.

Walmir postula em causa própria, com endereço profissional na Rua Senador Dantas,

117, sala 2014, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP: 20.031-911.

O Município é representado *ex lege* por sua Procuradoria (CPC, art. 75, III), com endereço na Travessa do Ouvidor, nº 4, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20.040-040.

Por se tratar de processo eletrônico na origem, a LAMSA está dispensada da apresentação das peças referidas nos incisos I e II do art. 1.017 do CPC, nos termos do § 5º do citado dispositivo legal. A LAMSA, de todo modo, acosta ao seu recurso os documentos mais importantes para a compreensão da controvérsia, conforme lista de documentos ao final desta minuta, e informa que toda referência de folhas neste recurso se refere à numeração do processo na origem. Informa, também, que efetuou o devido preparo, como se infere da GRERJ Eletrônica nº 60531007494-42.

Requer, por fim, nos termos do art. 930, parágrafo único, do Código de Processo Civil, do art. 8A, *caput*, do Regimento Interno desse e. Tribunal de Justiça e do art. 2º, *caput*, da Portaria nº 03/2012 da Vice-Presidência desse e. Tribunal de Justiça, a distribuição deste recurso ao e. Desembargador Álvaro Henrique Teixeira de Almeida, da c. Décima Segunda Câmara Cível, por força da distribuição anterior do agravo de instrumento nº 0033207-24.2019.8.19.0000, interposto nos autos da ação de conhecimento nº 0323589-13.2018.8.19.0001, conexa à ação popular que tramita na origem.

Nesses termos,
P. deferimento.
Rio de Janeiro, 16 de março de 2022.

Ana Tereza Basilio
OAB/RJ nº 74.802

José Roberto Sampaio
OAB/RJ nº 69.747

Márcio Henrique Notini
OAB/RJ nº 120.196

Daniel Guerra
OAB/RJ nº 159.540

Razões da Agravante:
Linha Amarela S.A. – LAMSA

Egrégia Câmara,

-I-
TEMPESTIVIDADE

1. A LAMSA foi intimada da decisão de fls. 3.440/3.442, que rejeitou os embargos de declaração opostos à decisão de fls. 3.551/3.552, no dia 18.2.2022 (sexta-feira), conforme certidões de fls. 3.564/3.565.

2. Assim, o prazo de 15 (quinze) dias para a interposição deste agravo de instrumento teve início no dia 21.2.2022 (segunda-feira) e chega a termo no dia 16.3.2022 (quarta-feira), em razão da suspensão do expediente forense nos órgãos do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro nos dias 28.2.2022 e 1º e 2.3.2022 (segunda, terça e quarta-feira da Semana do Carnaval), nos termos do Aviso TJ nº 13, de 22 de fevereiro de 2022 e do art. 66, III, da Lei Estadual nº 6.956/2015.

3. É manifesta, pois, a tempestividade deste recurso.

-II-
HISTÓRICO NECESSÁRIO

A) ACÇÃO POPULAR PROPOSTA PARA CORRIGIR DEFEITOS DE ANTERIOR ACÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MUNICÍPIO

4. O assunto não é novo para o Poder Judiciário fluminense: a partir do ano de 2018, o ex-Prefeito Marcelo Crivella se empenhou em aniquilar não só a concessão da Linha Amarela, como também a LAMSA, concessionária responsável por sua administração e cujo capital social é detido, em grande parte (75%), por fundos de pensão (da Petrobras, do Banco do Brasil e da Caixa). Tratou-se de uma promessa de campanha amplamente difundida por meio de massivas e falaciosas campanhas publicitárias, três delas já reconhecidas como ilegais pelo CONAR¹.

5. Não foram poucas as arbitrariedades cometidas pela administração do ex-Prefeito Marcelo Crivella, a mais notória delas certamente a completa destruição da praça de pedágio, quando, no dia 27 de outubro de 2019, servidores municipais foram convocados para simplesmente depredar o patrimônio afetado à concessão.

¹ O CONAR já reputou ilícitas três campanhas publicitárias realizadas pelo Município, nos autos da Representação nº 000126/19, nos autos da Representação nº 000143/19 e nos autos da Representação nº 000268/19.

6. Os fundamentos invocados pelo ex-Prefeito Marcelo Crivella para justificar as suas arbitrariedades são – com todas as vênias devidas – simplórios e sempre os mesmos:

(a) o primeiro deles é o de que teria havido sobrepreço nas obras previstas no 11º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, uma vez que as obras emergenciais lá previstas não teriam seguido os valores unitários de referência previstos nas Tabelas do Sistema de Custos para Obras e Serviços de Engenharia (SCO-RIO), além de não terem sido executadas em sua integralidade (processo administrativo nº 04/551.375/2018); e

(b) o segundo é o de que seria ilegal a cláusula 2ª, (d).5, do 9º Termo Aditivo, a qual, seguindo o que é praxe nas concessões de infraestrutura rodoviária, prevê que o risco da variação do fluxo de veículos é da concessionária, de modo que a sua variação – para mais ou para menos – não pode ser invocada por qualquer das partes para fins de reequilíbrio do contrato (processo administrativo nº 11/514.008/2019).

7. Com base nesses dois argumentos, o Sr. Marcelo Crivella passou a alardear aos quatro cantos que a LAMSA teria uma dívida de 1.6 bilhão de reais, o que legitimaria a imediata retomada do serviço, por qualquer meio à sua disposição. Para isso, o Sr. Marcelo Crivella já se valeu de inúmeros expedientes: suspendeu a cobrança de pedágios por meio de três decretos, extinguiu o contrato e destruiu a praça de pedágio em plena madrugada de domingo e – a sua derradeira tentativa – seduziu a Câmara Municipal para aprovar, em regime de urgência, a encampação do serviço sem devido processo legal e sem pagamento de indenização justa, prévia e em dinheiro, a qual seria simplesmente compensada com esse suposto débito de 1.6 bilhão de reais da concessionária.

8. Todas essas ilegais tentativas foram devidamente sustadas pelo Poder Judiciário². Não só em razão de inúmeras ilegalidades procedimentais, mas também – e sobretudo – porque todas as alegações do Município desconsideram o que foi efetivamente contratado, além de demandarem maior dilação probatória (em um dos processos, inclusive, acabou de ser realizada prova técnica que refutou a pretensão do Município – doc. 1).

9. Afinal, com relação ao 11º Termo Aditivo, o SCO-RIO jamais constou no ajuste como índice de precificação das intervenções urbanísticas solicitadas pelo próprio Poder Público. Muito pelo contrário: foi a própria Prefeitura quem precificou as intervenções urbanísticas por ela pretendidas por meio de um preço global, o qual foi incontroversamente desembolsado pela LAMSA

² Ao todo, são 18 (dezoito) decisões judiciais proferidas em desfavor do Município: 3 (três) nos autos do processo nº 0323589-13.2018.8.19.0001; 1 (uma) nos autos do agravo de instrumento nº 0324144-30.2018.8.19.0000; 1 (uma) nos autos da Suspensão de Liminar nº 0072790-50.2018.8.19.0000; 1 (uma) nos autos da Suspensão de Liminar nº 0029260-59.2019.8.19.0000; 1 (uma) nos autos do agravo de instrumento nº 0033207-24.2019.8.19.0000; 1 (uma) nos autos do agravo de instrumento nº 0072805-19.2018.8.19.0000; 1 (uma) nos autos da Suspensão de Liminar nº 2.555/RJ; 1 (uma) nos autos do processo nº 0267825-08.2019.8.19.0001; 2 (duas) nos autos do processo nº 0272141-64.2019.8.19.0001; 1 (uma) nos autos do agravo de instrumento nº 0070507-20.2019.8.19.0000; 2 (duas) nos autos das Suspensões de Liminar nºs 0073605-13.2019.8.19.0000 e 0073612-05.2019.8.19.0000; 1 (uma) nos autos da Representação de Inconstitucionalidade nº 0073142-71.2019.8.19.0000; 1 (uma) nos autos da SLS nº 2735/RJ; e 1 (uma) nos autos da STP nº 445/RJ.

para pagar a empreiteira responsável pela obra. O orçamento aprovado contou inclusive com a aprovação do TCM-RJ. Se houve, portanto, eventual sobrepreço nos preços unitários precificados pela própria Administração Pública, a LAMSA certamente foi a maior prejudicada.

10. Com relação ao 9º Termo Aditivo, a sua cláusula 2ª, (d).5 é absolutamente cristalina ao prever que “não constitui motivo hábil a justificar eventual pedido de reequilíbrio econômico-financeiro a variação, a menor ou a maior, do volume de tráfego futuro na via expressa denominada ‘Linha Amarela’”. Trata-se, aliás, de cláusula padrão, absolutamente corriqueira em contratos de concessão de infraestrutura rodoviária (basta dizer que presente em todos os contratos de concessão administrados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT). O risco da demanda – para mais ou para menos – é da concessionária, essa é a matriz de riscos do negócio, observada desde o edital de licitação.

11. Por isso que, ao considerar a variação do fluxo de veículos para fins de cálculo da Taxa de Retorno Interno (TIR) da concessão e, conseqüentemente, do valor da tarifa de pedágio, a conta realizada pelo Município – e utilizada por Waldir nesta ação popular – ignora aquilo que está expressamente previsto no contrato de concessão (e que contou com a aprovação expressa do próprio Procurador Geral do Município à época – doc. 2). E o que é pior: ainda aplica esse raciocínio com eficácia retroativa até 1998, ignorando solenemente ato jurídico perfeito, os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, além da própria decadência administrativa (o que já objeto de discussão nos autos do processo nº 0267825-08.2019.8.19.0001).

12. Não por outra razão todas as arbitrariedades do Sr. Marcelo Crivella foram afastadas pelo Poder Judiciário em 18 (dezoito) oportunidades distintas (docs. 6 a 23), como se infere do resumo abaixo:

(a) Processo nº 0323589-13.2018.8.19.0001: três decisões liminares proferidas pelo MM. Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública, e já confirmadas em sede de agravo de instrumento e de suspensões de liminar propostas perante o TJRJ e o STJ, impediu que o Município determinasse o levantamento das cancelas do pedágio ou adotasse outro ato unilateral como forma de compensar os supostos prejuízos advindos do 11º Termo Aditivo (fls. 283/350);

(b) Processo nº 0267825-08.2019.8.19.0001: uma decisão liminar proferida pelo MM. Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública, e já confirmada em sede de agravo de instrumento e de suspensões de liminares propostas perante o TJRJ, o STJ e o STF, impediu que o Município cancelasse unilateralmente o contrato de concessão com base nesses supostos prejuízos advindos do 11º Termo Aditivo e do 9º Termo Aditivo (fls. 352/353, 360/396);

(c) Processo nº 0272141-64.2019.8.19.0001: duas decisões proferidas pelo MM. Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública, e já confirmadas em sede de

suspensões de liminares propostas perante o TJRJ, o STJ e o STF, impediram que o Município encampasse o serviço concedido sem pagar prévia e justa indenização em dinheiro, a qual não pode ser compensada com os supostos prejuízos advindos do 11º Termo Aditivo e do 9º Termo Aditivo (fls. 354/396); e

(d) Representação de Inconstitucionalidade nº 0073142-71.2019.8.19.0000: além dessas decisões proferidas em lides concretas travadas entre as partes, o e. Desembargador Antonio Iloizio deferiu medida liminar requerida pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias para suspender os efeitos da lei municipal autorizativa da encampação do serviço (Lei Complementar nº 143/2019), em razão de sua flagrante inconstitucionalidade formal e material (fls. 373/396).

13. No dia 16 de setembro de 2020, no entanto, na terceira suspensão de liminar proposta pelo Município perante o Superior Tribunal de Justiça (e absolutamente idêntica a segunda, já indeferida pelo então e. Ministro Presidente João Otávio de Noronha), o e. Ministro Humberto Martins deferiu a liminar proposta pelo Município para, suspendendo as decisões referidas nos itens “b”, “c” e “d” acima, permitir a encampação da Linha Amarela enquanto se discute o valor do suposto débito apontado pelo Sr. Marcelo Crivella, assim como a possibilidade de compensá-lo com a indenização prevista no art. 37 da Lei nº 8.987/95 (SLS nº 2.792/RJ).

14. Como falar em compensação, no entanto, se o próprio Município – na ação coletiva sobre o tema por ele ajuizada (processo nº 0288991-96.2019.8.19.0001 – doc. 3) – limitou-se a postular que esse suposto débito da LAMSA fosse revertido em favor dos usuários da Linha Amarela, e não aos cofres do Município? Como compensar obrigações que, ainda que existentes, não são recíprocas, segundo a própria pretensão do Município?

15. Além disso, na ação civil pública nº 0288991-96.2019.8.19.0001 (dolosamente omitida nos autos) o Município não formulou nenhum pedido de anulação dos 9º e 11º Termos Aditivos, o que, como restou demonstrado na defesa apresentada pela LAMSA, importa na extinção daquele feito sem resolução de mérito, uma vez que não é possível aferir a alegada abusividade no valor da tarifa de pedágio se os parâmetros que a respaldam – na hipótese, os 9º e 11º Termos Aditivos – permanecem válidos e vigentes.

16. Daí a razão de ser da ação popular proposta na origem, certamente orquestrada pelo próprio Sr. Marcelo Crivella. Com ela, o Município – que peticionou nos autos para dizer que concorda com a pretensão autoral e que quer litigar no polo ativo (fls. 103/104) – tenta sanar essas duas “deficiências” de sua própria ação civil pública, pleiteando por meio do autor popular indenização em favor dos cofres municipais (e tornando possível, assim, ao menos em tese, a pretensão de compensar o valor mágico de 1.6 bilhão de reais com a indenização prevista no art. 37

da Lei nº 8.987/95) e requerendo a anulação dos 9º e 11º Termos Aditivos.

17. Trata-se, portanto, como se tornou praxe na antiga administração do Município, de mais uma iniciativa de má-fé orquestrada pelo ex-Prefeito Marcelo Crivella contra a LAMSA, o que certamente não será coonestado pelo Poder Judiciário. Até porque, além da manifesta improcedência da pretensão formulada, há vícios preliminares que impedem o conhecimento do mérito da ação popular proposta.

B) AS PRELIMINARES ARGUIDAS PELA LAMSA E A DECISÃO ORA AGRAVADA

18. Em sua defesa, além de demonstrar a manifesta improcedência da pretensão autoral, a LAMSA suscitou duas preliminares, ambas extintivas do feito:

(a) litispendência: o Município já postula, por meio de ação coletiva por ele ajuizada, e que versa exatamente sobre os mesmos fatos, a condenação da LAMSA ao pagamento de todos os danos que os supostos vícios dos 9º e 11º Termos Aditivos teriam gerado (processo nº 0288991-96.2019.8.19.0001), exatamente como o autor popular postula nesta nova ação coletiva. Há, portanto, manifesta hipótese de litispendência (CPC, art. 485, V); e

(b) decadência: o art. 21 da Lei nº 4.717/65 estabelece que a ação popular prescreve em cinco anos. A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem, no entanto, que se trata de prazo decadencial. Esse prazo decadencial tem início a partir da ciência do ato reputado lesivo. Na hipótese dos autos de origem, o autor popular reputa lesivos os fatos de o (i) 9º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão ter afastado do cômputo do valor da tarifa o fluxo real de veículos; e de o (ii) 11º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão ter autorizado a realização de intervenções urbanísticas sem seguir a tabela de custos SCO-RIO. Esses termos aditivos, no entanto, foram celebrados, respectivamente, em 2005 e em 2010. Não há dúvida, portanto, de que o direito potestativo de desconstituir ambos os termos aditivos já decaiu, o que impõe a extinção do feito (CPC, art. 487, II).

19. O MM. Juízo *a quo*, no entanto, ao sanear o feito, rejeitou ambas as preliminares suscitadas e ainda restringiu a instrução probatória dos autos à simples comprovação do alegado dano, nos seguintes termos:

“(…) Não reconheço a preliminar de litispendência entre a Ação civil Pública no. 0288991- 96.2019.8.19.0001 e este feito, pela ausência de identidade de pedidos, embora ambos decorram do mesmo fato - as alterações promovidas no contrato de concessão pelos 9o. e 11o. Termos aditivos. Enquanto na ACP o pedido é de indenização aos usuários por valor de tarifa cobrado a maior e condenação em dano moral coletivo, nesta ação, pretende-se a recomposição de dano ao erário. Somente uma perícia poderá indicar se houve prejuízo e quem o sofreu, portanto, somente quem sofreu o prejuízo poderá ser indenizado.

Da mesma forma, deixo de pronunciar a decadência, frente à

imprescritibilidade das ações que visam apurar a existência de dano ao erário. Nesse sentido, o Tema 897 do STF que, reconhecendo a Repercussão Geral da questão constitucional, decidiu por afastar a perda do direito de recomposição de prejuízos ao erário, seja ele praticado por agente público ou qualquer do povo, consoante o decidido no julgamento do RE 852.475/SP. (...) Cinge-se a lide à prova do dano. (...)”.

20. Como se vê, o MM. Juízo *a quo* rejeitou a preliminar de litispendência, sob o fundamento de que, embora decorram dos mesmos fatos, não haveria identidade dos pedidos indenizatórios formulados em ambas as ações, porquanto, na ação civil pública proposta pelo Município, a indenização foi postulada em prol dos usuários da Linha Amarela, enquanto, na ação popular que tramita na origem, ela foi postulada em prol do erário municipal.

21. Deixou de pronunciar, também, a decadência suscitada, em razão da “imprescritibilidade das ações que visam apurar a existência de dano ao erário”, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Tema 897.

22. A LAMSA opôs, então, os embargos de declaração de fls. 3.480/3.484, por meio do qual suscitou três importantes omissões do MM. Juízo *a quo*:

(a) embora não sejam idênticos, os pedidos indenizatórios formulados em ambas as ações coletivas buscam recompor exatamente o mesmo dano, em prol dos mesmíssimos beneficiários, de modo que, caso não seja julgada extinta a segunda ação coletiva, a LAMSA ficará submetida ao risco de uma execução dúplice do mesmo dano, em inegável violação ao princípio que veda o *bis in idem*;

(b) a imprescritibilidade da reparação ao erário, objeto do Tema 897 do STF, é restrito às ações de improbidade administrativa fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, o que não é a hipótese dos autos; e

(c) a controvérsia nos autos não se restringe à prova do dano, uma vez que a LAMSA impugnou, especificamente, em sua defesa, os próprios pressupostos arguidos pelo autor popular para justificar a existência do dano, e demonstrou a regularidade de todas as disposições contratuais dos 9º e 11º Termos Aditivos, assim como a impossibilidade de se reinterpretá-los com eficácia retroativa.

23. O MM. Juízo *a quo*, todavia, rejeitou os embargos de declaração opostos, nos seguintes termos:

“(...) Argumenta a LAMSA ser o instituto da litispendência inibidor do “bis in idem”, quando o réu ficaria submetido a uma execução dúplice. Esse argumento não procede, frente ao objetivo da perícia realizada no processo acima epigrafado. O dano ao erário ficará caracterizado pelo

superfaturamento em um dos aditivos ao contrato e o dano aos usuários da via expressa, pela cobrança à maior no valor do pedágio. Assim, embora exista conexão, instituto jurídico já reconhecido no saneador, inexistente litispendência. Por outro lado, inexistente, por igual, o risco de decisões conflitantes, eis que ambas as ações correm perante o mesmo Juízo e o aproveitamento da perícia realizada na ACP será submetida ao contraditório nesta Ação Popular. Evidentemente, a perícia dará ao Juízo subsídios para muito bem delinear os limites de cada prejuízo, inibindo condenações sobrepostas. Incolhível, por igual, o argumento quanto ao instituto jurídico da imprescritibilidade ser aplicável apenas às ações de improbidade. Caracteriza-se o ato de improbidade pela prática de ato contrário à lei, no âmbito da Administração Pública, de forma desonesta e desleal, causando prejuízo ao Erário ou aos administrados. Existindo, como afirma o MRJ, elevação artificial de preços em um contrato com a administração, ficará caracterizado o ato de improbidade, portanto, perfeitamente adequado a tese desenvolvida no Tema 897 do Supremo Tribunal Federal. Quanto ao reconhecimento de dolo no atuar do agente causador de dano ao erário decorre do próprio superfaturamento do contrato, podendo ficar caracterizado em relação ao comportamento de qualquer das partes ou de ambas. (...)” (fls. 3.551/3.552)

24. Como se vê, o MM. Juízo *a quo* manteve o afastamento da litispendência por ter entendido que não há identidade nos danos cobrados pelo Município em sua ação civil pública e pelo autor popular na ação popular que tramita na origem, pois o “dano ao erário ficará caracterizado pelo superfaturamento em um dos aditivos ao contrato e o dano aos usuários da via expressa, pela cobrança à maior no valor do pedágio”.

25. Manteve também o afastamento da decadência, por ter entendido que, existindo alegação no sentido de que teria havido elevação artificial dos preços das intervenções urbanísticas previstas no 11º Termo Aditivo, a hipótese se amoldaria à “tese desenvolvida no Tema 897 do Supremo Tribunal Federal”. Nada disse sobre a limitação dos pontos controvertidos da lide à mera “prova do dano ao erário”.

26. A conclusão do MM. Juízo *a quo*, no entanto, como se passa a demonstrar a seguir, está flagrantemente equivocada, com todas as vênias devidas, de modo que deve ser provido este agravo de instrumento para que esse e. Tribunal de Justiça acolha as preliminares suscitadas pela LAMSA para extinguir o feito ou, no limite, para ampliar os pontos controvertidos da lide.

-III-

RAZÕES PARA A REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA

A) O DANO É EXATAMENTE O MESMO, REQUERIDO EM PROL DOS MESMOS BENEFICIÁRIOS: LITISPENDÊNCIA COMO FORMA DE EVITAR *BIS IN IDEM*

27. Diferentemente do que concluiu o MM. Juízo *a quo*, há, na hipótese dos autos,

manifesta litispendência, porquanto o Município já postula, por meio de ação coletiva por ele ajuizada, e que versa exatamente sobre os mesmos fatos, a condenação da LAMSA ao pagamento de todos os danos que os supostos vícios dos 9º e 11º Termos Aditivos teriam gerado.

28. A única diferença – e que revela que o próprio Município entende que não houve qualquer prejuízo, nem mesmo em tese, ao erário – é que o pedido de indenização formulado nos autos da ação civil pública é em favor dos usuários da Linha Amarela ou do Fundo Municipal de Mobilidade Urbana, como se extrai dos pedidos “b” e “c” do processo nº 0288991-96.2019.8.19.0001, abaixo reproduzidos:

“(…) b) Seja a Ré condenada a devolver os valores cobrados a maior para os consumidores dotados de recibos ou para Fundo Municipal de Mobilidade Urbana para os casos de não haver comprovação de pagamento;
c) Seja a Ré condenada em dano moral coletivo, em valor igual aos danos causados, por (i) praticar tarifas maiores que o possível, (ii) não ter executado as obras do 11º Termo Aditivo e (iii) não fornecer informação adequada aos usuários, valores esses a serem carregados ao Fundo Municipal de Mobilidade Urbana.” (doc. 33 – fl. 64)

29. Ou seja, a LAMSA já está respondendo a ação coletiva na qual se deduziu pedido indenizatório amplo com base nos mesmos fatos discutidos nesta ação popular. E pouco importa – para a configuração da litispendência – que os autores sejam diferentes, uma vez que os efeitos pretendidos são exatamente os mesmos contra a mesma parte demandada. Em suma, a LAMSA não pode ser condenada, por meio de ações coletivas simultâneas, a reparar duas vezes o mesmo suposto prejuízo, sob pena de inegável bis in idem, justamente o que o instituto da litispendência visa a evitar.

30. Sobre o tema, há inúmeros julgados do e. Superior Tribunal de Justiça, dos quais se destaca, apenas a título ilustrativo, o seguinte:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÕES COLETIVAS. SUBSTITUÍDOS QUE FIGURAM EM MAIS DE UMA EXECUÇÃO. LITISPENDÊNCIA CONFIGURADA.

I - Em se tratando de ações coletivas, a aferição da litispendência deve ser feita sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, ainda que, em princípio, as partes processuais sejam diferentes no momento da impetração.

II - As demandas executivas devem ser individualizadas de modo a evitar-se que os substituídos ou representados, efetivamente titulares do direito material defendido, recebam o pagamento em duplicidade, circunstância que caracterizaria bis in idem.

III - Havendo representados que figuram, tanto na presente execução, quanto naquelas apontadas pela Autarquia previdenciária, a demanda ajuizada em momento posterior deve ser extinta, com fundamento no art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil. Precedentes.

IV- Agravo Regimental improvido.

(AgRg nos EmbExeMS 6.864/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA,
TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2014, DJe 21/08/2014)

31. Além disso, embora a ação popular que tramita na origem tenha sido ajuizada por Walmir, o Município, valendo-se da prerrogativa prevista no art. 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65, já peticionou nos autos para informar que pretende litigar no polo ativo. Na prática, portanto, caso prossiga a ação popular, o Município estará cobrando judicialmente, por meio de duas ações coletivas distintas, a reparação dos mesmos prejuízos, o que não pode ser tolerado por esse e. Tribunal de Justiça.

32. Acrescente-se, ainda, que, em ambas as ações coletivas, os seus autores atuam como substitutos processuais dos munícipes do Rio de Janeiro, seja no caso da indenização pedida diretamente em prol dos usuários da Linha Amarela ou do Fundo Municipal de Mobilidade Urbana (como se dá na ação civil pública), seja no caso da indenização pedida diretamente em prol do erário municipal (como se dá nesta ação popular).

33. Consoante entendimento pacífico do e. Superior Tribunal de Justiça, “[n]as ações coletivas, para efeito de aferição de litispendência, a identidade de partes deverá ser apreciada sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, e não apenas pelo simples exame das partes que figuram no polo ativo da demanda.”³

34. E o dano perseguido, em ambas as ações coletivas, é exatamente o mesmo. Está equivocada a premissa adotada pela decisão agravada no sentido de que não haveria identidade no dano discutido em ambas as ações, pois o “dano ao erário ficará caracterizado pelo superfaturamento em um dos aditivos ao contrato e o dano aos usuários da via expressa, pela cobrança à maior no valor do pedágio”

35. Isso porque, como se infere de uma simples leitura do 11º Termo Aditivo, foi a própria LAMSA quem arcou com o pagamento das obras nele previstas, tendo como contrapartida a extensão do prazo da concessão e o aumento da tarifa do pedágio. É o que se infere de suas cláusulas primeira e quarta, parágrafos primeiro e segundo, abaixo transcritas (fls. 254/260):

³ STJ, 5ª T, REsp 925.278/RJ, Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 08.09.08.

CLÁUSULA 1ª (Objeto) - O presente Termo Aditivo tem por objeto formalizar (i) a alteração unilateral do Contrato de Concessão para Exploração de Pedágio nº 513/94, com a imposição à CONCESSIONÁRIA de novas obrigações representadas pelo conjunto de obras que devem ser promovidas pela CONCESSIONÁRIA voltadas à melhoria no fluxo de veículos na Linha Amarela e seus entornos, bem como (ii) a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato em virtude das novas obrigações impostas à CONCESSIONÁRIA.

CLÁUSULA 4ª (Equilíbrio Econômico Financeiro) – As partes, com o objetivo de recompor o equilíbrio econômico financeiro do contrato em virtude das novas obrigações impostas à CONCESSIONÁRIA, estipulam as seguintes determinações no que se refere ao prazo contratual da concessão, ao valor da tarifa básica de pedágio e às taxas internas de retorno do projeto, estipulações essas resultantes de cálculos econômicos e financeiros constantes do processo administrativo nº 01/004.395/09:

Parágrafo Primeiro (Prazo Contratual) – De forma a possibilitar a recomposição parcial do equilíbrio econômico-financeiro, com a recuperação em parte dos novos investimentos impostos pelo MUNICÍPIO, fica estipulada a prorrogação do prazo da Concessão por mais 15 (quinze) anos, passando o Contrato a vigorar por 480 (quatrocentos e oitenta) meses a contar do início da cobrança do pedágio, ocorrido em 1º de janeiro de 1998.

Parágrafo Segundo (Revisão Tarifária) – Objetivando recompor integralmente o equilíbrio financeiro do contrato decorrente das novas obrigações impostas à CONCESSIONÁRIA, fica também estabelecido que, a tarifa básica de pedágio, com data-base de junho de 2002, sofrerá um acréscimo de 2,32% (dois inteiros e trinta e dois centésimos por cento) em cada ano, nos anos de 2012, 2013, 2014 e 2015, sem prejuízo do reajuste contratual anual com base na variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E. Assim, as tarifas com data-base de junho de 2002 que serão utilizadas na fórmula de reajuste anual da tarifa prevista no 7º e 8º Termos Aditivos são as seguintes nos reajustes de: janeiro de 2012 - R\$ 2,56; janeiro de 2013 – R\$ 2,62; janeiro de 2014 – R\$ 2,68; e a partir de janeiro de 2015 – R\$ 2,74.

36. Se houve, portanto, qualquer prática de sobrepreço nas obras previstas no 11º Termo Aditivo, o que só se admite em atenção ao princípio da eventualidade, disso só pode ter resultado a cobrança de uma tarifa maior dos usuários da Linha Amarela por um período maior de tempo. Não houve qualquer desembolso por parte do Município que pudesse configurar um dano direto e imediato ao erário municipal.

37. De modo que o dano pelo suposto “superfaturamento em um dos aditivos ao contrato” é exatamente o mesmo que o “dano aos usuários da via expressa pela cobrança à maior no valor do pedágio”.

38. E o raciocínio é o mesmo para a controvérsia em torno do 9º Termo Aditivo, solenemente ignorada pelo MM. Juízo *a quo*. O Município e o autor popular questionam o afastamento do fluxo real de veículos na Linha Amarela do cálculo da tarifa básica de pedágio. Se há qualquer ilegalidade nesse afastamento, o que também só se admite em atenção ao princípio da eventualidade, disso só pode ter resultado a cobrança de uma tarifa de pedágio maior do que a que seria “legal” dos usuários da Linha Amarela por um determinado período de tempo. O suposto “dano ao erário” se confunde, mais uma vez, com o suposto dano sofrido pelos usuários do serviço.

39. Não há, portanto, qualquer diferença na pretensão indenizatória formulada pelo Município e pelo autor popular. Não por outro motivo o Município, em sua ação civil pública, e o autor popular, na ação coletiva que tramita na origem, apontam exatamente o mesmíssimo valor de dano a ser indenizado pela LAMSA, 1,6 bilhão de reais. Confira-se, nesse sentido, trecho destacado da petição inicial da ação civil pública (doc. 3):

7. GRAVE LESÃO AOS CONSUMIDORES . VALOR DE MERCADO DA LAMSA É DE MENOS DE 150 MILHÕES DE REAIS. DÍVIDAS PARA COM O MUNICÍPIO DE 1,6 BILHÃO

40. Confirmam-se, agora, trechos da ação popular que tramita na origem (fls. 6 e 9):

Diante de todos os elementos narrados e exaustivamente analisados no contrato n. 513/94 e seus termos aditivos, há fortes indícios de dano ao erário que alcançaria o montante de **R\$ 1,6 bilhão** (um bilhão e seiscentos milhões de reais). Segundo a mídia, esse foi o valor apurado pela Controladoria Geral do Município e pela CPI instalada na Câmara de Vereadores, vide os docs. 13 ao 19.

4. A declaração de nulidade dos atos ilegais e lesivos ao patrimônio público praticados pelos réus por ocasião do contrato de concessão da Linha Amarela e seus termos aditivos, com a consequente condenação da Lamsa à reparação integral do dano ao erário, mediante recolhimento aos cofres do Município do Rio de Janeiro do valor de **R\$ 1.600.000.000,00** (um bilhão e seiscentos milhões de reais), com juros e correção monetária.

41. Não há dúvida, pois, da identidade entre os pedidos indenizatórios formulados na ação civil pública proposta pelo Município e na ação popular que tramita na origem.

42. Desse modo, tratando-se a ação popular de nova ação coletiva proposta para pleitear a mesma indenização já requerida em prol dos mesmos beneficiários, é incontornável o reconhecimento da litispendência arguida pela LAMSA em sua defesa.

43. E o simples fato de se tratar de duas ações coletivas submetidas a procedimentos distintos – no caso, ação civil pública e ação popular – não impede a configuração da litispendência. Sobre o ponto, também é tranquila a jurisprudência do STJ:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR. LITISPENDÊNCIA ENTRE AÇÕES COLETIVAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO POPULAR. ADMISSIBILIDADE. AUTORES ATUAM COMO SUBSTITUTOS PROCESSUAIS DOS TITULARES MATERIAIS DO DIREITO COLETIVO LATO SENSU TUTELADO. COLETIVIDADE DOS MUNICÍPIOS DE CARPINA.

1. Na hipótese dos autos, incontroversa a existência de identidade de pedido e de causa de pedir, não só porque reconhecida pelo acórdão recorrido, mas também porque tal identidade é expressamente admitida pelo próprio recorrente, que somente se insurge contra o reconhecimento da litispendência, por entender que esse pressuposto processual negativo exigiria também a identidade de partes processuais.

2. Outrossim, a tese do recorrente não prospera, pois contrária à doutrina e jurisprudência consolidada do STJ, consoante a qual nas ações coletivas, para efeito de aferição de litispendência, a identidade de partes deverá ser apreciada sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, e não apenas pelo simples exame das partes que figuram no polo ativo da demanda, **ainda que se trate de litispendência entre ações coletivas com procedimentos diversos, como a Ação Civil Pública** (procedimento regulado pela Lei 7.347/1985; **Ação Popular** (procedimento regulado pela Lei 4.717/1965); pelo Mandado de Segurança (procedimento regulado pela Lei 12.016/2009); pela Ação de Improbidade Administrativa (procedimento regulado pela Lei 8.429/1992), etc. (REsp 427.140/RO, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20/05/2003, DJ 25/08/2003, p. 263; REsp 1168391/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 31/05/2010; REsp 925.278/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 19/06/2008, DJe 08/09/2008; RMS 24.196/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 13/12/2007, DJ 18/02/2008, p. 46).

3. Finalmente, quanto ao polo passivo, o Sodalício *a quo* também foi bastante claro ao certificar a identidade de partes.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1505359/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016)

44. Impositivo, assim, o integral acolhimento deste recurso para que esse e. Tribunal de Justiça julgue extinta a ação popular que tramita na origem, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil.

B) DECADÊNCIA MANIFESTA: IMPRESCRITIBILIDADE DA REPARAÇÃO AO ERÁRIO LIMITADA ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NECESSÁRIA DISTINÇÃO.

45. O art. 21 da Lei nº 4.717/65 estabelece que a ação popular prescreve em cinco anos. A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem, no entanto, que se trata de prazo decadencial, uma vez que “o pronunciamento jurisdicional proferido na ação popular se reveste de eficácia constitucional negativa e condenatória, mas aquele aspecto precede a este, na medida em que a condenação se apresenta como efeito subsequente e dependente da desconstitutividade”⁴. Há inúmeros precedentes do STJ nesse sentido⁵.

46. Esse prazo decadencial tem início a partir da ciência do ato reputado lesivo. Na hipótese dos autos, o autor popular – dando coro à pretensão do Sr. Marcelo Crivella – reputa lesivos os fatos de o (a) 9º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão ter afastado do cômputo do valor da tarifa o fluxo real de veículos; e de o (b) 11º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão ter autorizado a realização de intervenções urbanísticas sem seguir a tabela de custos SCO-RIO.

47. Esses termos aditivos, no entanto, foram celebrados, respectivamente, em 2005 e em 2010, datas em que já era plenamente possível constatar tanto o afastamento do fluxo real de veículos do cômputo do valor da tarifa quanto a previsão de realização de obras sem a observância dos valores unitários previstos na tabela de custos SCO-RIO.

48. Não há dúvida, portanto, de que o direito potestativo de desconstituir ambos os termos aditivos já decaiu, desde 2010 para o 9º e desde 2015 para o 11º. A jurisprudência do STJ é tranquila no sentido de que o prazo decadencial começa a correr a partir da data da ciência do ato lesivo e de que o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos fulmina o direito de desconstituí-lo, ainda que o ato permaneça a produzir efeitos. Confira-se:

⁴ STJ, REsp 258.122/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 05/06/2007, p. 302.

⁵ (a) STJ, REsp 1811825/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 28/06/2019; (b) STJ, AgInt no REsp 1714804/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018; (c) STJ, AgRg no REsp 1569439/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2016, DJe 17/06/2016; entre outros.

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, APÓS DETIDA ANÁLISE DOS AUTOS, CONCLUIU PELA DECADÊNCIA DO DIREITO DOS RECORRENTES DE PROPOR AÇÃO POPULAR CONTRA O RECORRIDO. PENSÃO DE EX-GOVERNADOR QUE VEM SENDO PERCEBIDA HÁ MAIS DE 30 ANOS, COM ESTEIO NO ART. 195 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. REFORMA DO JULGADO QUE DEMANDARIA O REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA, SABIDAMENTE INCABÍVEL NA INSTÂNCIA RECURSAL EXTREMA. SÚMULA 7-STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. 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, artístico, estético e turístico das entidades mencionadas no art. 1o. da Lei 4.717/65; 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).

2. Em respeito à segurança jurídica e aos direitos adquiridos eventualmente decorrentes do ato nulo, contudo, a Lei 4.717/65 dispõe, em seu art. 21, que a ação prescreve em 5 anos. O prazo, contudo, é de decadência - por visar a Ação Popular à desconstituição de um ato e, posteriormente, à condenação dos responsáveis ou beneficiários - contado a partir da ciência do ato qualificado como lesivo, que geralmente se aperfeiçoa com a regular publicação.

3. In casu, o Tribunal de origem, após detida análise dos autos, concluiu que o Ex-Governador vem percebendo o subsídio mensal que ensejou o ajuizamento da Ação Cidadã há mais de 30 anos - ou seja, logo após o término do exercício de seu mandato, ocorrido entre 1971 e 1975.

4. A alteração dessa conclusão a que chegou o egrégio Tribunal a quo demandaria, inevitavelmente, a incursão no acervo fático-probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

5. Ao contrário do que afirmam os embargantes, a correta valoração da prova apenas seria cabível caso o Tribunal de origem aplicasse, de forma equivocada, o direito probatório - caso no qual não haveria que se falar em reexame de provas, mas tão somente na aplicação do direito probatório - como a violação a um princípio ou a uma regra disciplinadora das provas.

6. Agravo desprovido.” (STJ, AgRg no REsp 1378776/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 19/08/2013)

49. Nada justifica, aliás, de acordo com as regras de um direito justo, comprometido com a segurança jurídica e a proteção da confiança, ampliar o termo *a quo* do cômputo do prazo decadencial para além, e depois da ciência do ato reputado lesivo. Nada há na lei nesse sentido. As relações não podem ser firmadas, conduzidas e desenvolvidas sob o império do medo ou da dúvida.

50. A LAMSA, ao longo de mais de duas décadas de contrato, realizou inúmeros investimentos. E investimentos multimilionários. Empréstimos, ainda não quitados, foram tomados para a realização desses investimentos. O contrato, ademais, vinha sendo regularmente executado há

mais de uma década, com a chancela e autorização do Tribunal de Contas do Município. Trata-se, pois, de uma situação estabilizada, com fatos consumados, e sujeita aos prazos decadenciais previstos em lei.

51. O MM. Juízo *a quo*, no entanto, como visto, deixou de “pronunciar a decadência, frente à imprescritibilidade das ações que visam apurar a existência de dano ao erário. Nesse sentido, o Tema 897 do STF que, reconhecendo a Repercussão Geral da questão constitucional, decidiu por afastar a perda do direito de recomposição de prejuízos ao erário, seja ele praticado por agente público ou qualquer do povo, consoante o decidido no julgamento do RE 852.475/SP.”

52. Olvidou-se, no entanto, ao assim decidir, de uma circunstância elementar que afasta a aplicação do Tema 897 do Supremo Tribunal Federal à hipótese dos autos: a imprescritibilidade reconhecida pela e. Corte Suprema está limitada às ações de ressarcimento por improbidade administrativa. Mais especificamente às “ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”, como se extrai da própria ementa do RE 825.475/SP, abaixo transcrita:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.” (STF, RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019)

53. Mas essa não é a hipótese dos autos. Como destacado na contestação, a pretensão do autor popular – em coro com a do ex-Prefeito Marcelo Crivella – é a de reescrever os 9º e 11º Termos Aditivos do contrato de concessão. O ressarcimento ao erário por ele perseguido não está fundado

num ato doloso de improbidade administrativa tipificado em lei, discutido em rito próprio para isso, mas no simples descontentamento com as disposições contratuais desses dois termos aditivos:

(a) com relação ao 9º Termo Aditivo, o autor popular e o Município não concordam com a sua matriz de distribuição de riscos, sobretudo do afastamento do fluxo real de veículos do cálculo da tarifa de pedágio; e

(b) com relação ao 11º Termo Aditivo, o autor popular e o Município não concordam com o fato de ele ter sido celebrado por um preço global fechado, sem estar adstrito aos valores unitários de referência previstos na tabela de custos SCO-RIO.

54. O pressuposto, portanto, para o ressarcimento pretendido na ação popular que tramita na origem não está no reconhecimento da existência de um ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, mas sim na revisão, com eficácia retroativa, das cláusulas contratuais dispostas nos 9º e 11º Termos Aditivos do contrato de concessão, em franca violação a ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI), aos princípios da segunda jurídica (CF, art. 5º, *caput*), da boa-fé objetiva e da proteção da confiança (CC, art. 422), assim como ao disposto no art. 2º, § 1º, XII, da Lei Estadual nº 5.427/2009.

55. Essa pretensão, naturalmente, está sujeita a prazos decadenciais e prescricionais. Do contrário, a prevalecer o entendimento adotado pela decisão ora agravada, toda pretensão reparatória dos entes federativos será imprescritível, independente de seu pressuposto, o que contraria a lei e o próprio Tema 897/STF, além de gerar inegável insegurança jurídica.

56. Acrescente-se que o simples fato de existir alegação de suposto superfaturamento do preço das obras contempladas no 11º Termo Aditivo não é suficiente para tornar imprescritível a pretensão indenizatória deduzida pelo autor popular. Isso porque, independentemente de essa imputação poder se enquadrar ou não como fato ímprobo típico e doloso (o MM. Juízo *a quo* nem cita em que dispositivo legal ela se enquadraria), há, como se infere da Lei nº 8.429/1992, rito próprio para o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa, o qual não se confunde com o rito da ação popular.

57. Reconhecer, portanto, a imprescritibilidade da pretensão indenizatória do autor popular pelo simples fato de ele ter alegado um ilícito que, em tese, poderia ser subsumido a um fato ímprobo típico e doloso, tal como fez o MM. Juízo *a quo*, significa violar o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV, 37, § 4º), já que significa a possibilidade de se reconhecer a existência de um ato ímprobo e doloso fora do rito próprio previsto em lei para isso.

58. Não foi essa a conclusão do Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 825.475/SP e fixar a tese do Tema 897. Ciente da gravidade do que estava a julgar, a e. Corte Superior, após acalorado debate entre seus componentes, decidiu incluir, na tese final proposta, a expressa limitação da imprescritibilidade à reparação dos danos ao erário **diretamente decorrentes de atos dolosos de improbidade administrativa**, como se infere do inteiro teor do acórdão do RE 825.475/SP.

59. O Município, no entanto, embora legitimado para tanto à luz da redação original do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 (e também após a liminar deferida pelo e. Ministro Alexandre de Moraes nos autos da ADI 7.042 e da ADI 7.043), não propôs ação de improbidade administrativa contra a LAMSA. O prazo prescricional de 8 (oito) anos fixado para a propositura da ação de improbidade, conforme a atual redação do art. 23 da Lei nº 8.429/1992, também já se exauriu, considerada a data da celebração de ambos os termos aditivos questionados.

60. Nada ampara, portanto, a imprescritibilidade pronunciada pelo MM. Juízo *a quo*. Não se pode descurar que, por se tratar de uma exceção no ordenamento jurídico, a imprescritibilidade da pretensão reparatória, objeto do Tema 897 do STF, deve ser interpretada restritivamente, e não da forma extensiva como foi interpretada pela decisão ora agravada.

61. Em suma, não basta alegar um fato que, em tese, poderia ser subsumido a um fato ímprobo típico para tornar imprescritível toda e qualquer pretensão reparatória daí decorrente. É imprescindível que, no prazo fixado na lei, o legitimado proponha ação de improbidade administrativa, com o rito específico previsto na Lei nº 8.429/1992, para viabilizar a aplicação das sanções previstas na lei, dentre elas a de ressarcimento ao erário. Mas nada disso foi feito na hipótese dos autos.

62. Não há, aliás, na ação popular proposta, sequer a indicação do dispositivo da Lei nº 8.429/1992 a que supostamente estaria subsumida a conduta imputada à LAMSA, nem mesmo pedido de reconhecimento de ato doloso de improbidade administrativa como pressuposto necessário para a pretensão de ressarcimento. A Lei nº 8.429/1992, na verdade, não é sequer citada na petição inicial, e a LAMSA, a toda evidência, **não** se defendeu da imputação de um ato doloso de improbidade administrativa.

63. Seja como for, a LAMSA demonstrou, nos autos, que desembolsou, integralmente, o custo das obras previstas no 11º Termo Aditivo, de modo que, se houve a prática de sobrepreço nos custos orçados pelo próprio Município, ela foi, certamente, a sua maior vítima. Não há qualquer comprovação – ou mesmo alegação – no sentido de que a LAMSA teria participado, dolosamente, na elevação dos preços das obras.

64. Acresça-se, por fim, que o MM. Juízo *a quo*, ao centrar toda a sua análise no suposto superfaturamento das obras do 11º Termo Aditivo, olvidou-se de que a maior parte da pretensão reparatória do autor popular – cerca de 1.4 bilhão de reais – está amparada na suposta ilegalidade da cláusula do 9º Termo Aditivo que afastou o fluxo real de veículos do cômputo da tarifa do pedágio. Essa cláusula – inserida de comum acordo com o Município no contrato – não se subsume, nem mesmo em tese, a nenhum dos fatos típicos de improbidade previsto na lei, muito menos a um fato típico e doloso. Tanto que a decisão ora agravada é absolutamente silente com relação a ela.

65. Assim, no limite, de acordo com a própria fundamentação da decisão agravada, o MM. Juízo *a quo* deveria ter reconhecido ao menos a decadência do direito do autor popular de desconstituir o 9º Termo Aditivo, com a prescrição de toda e qualquer pretensão reparatória daí decorrente.

66. Por essas razões, a LAMSA espera e confia em que esse e. Tribunal de Justiça dará integral provimento a este recurso para que seja acolhida a decadência arguida na defesa, com a consequente extinção do processo com resolução de mérito, na forma do art. 487, II, do CPC.

C) AMPLIAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS: A LIDE NÃO ESTÁ ADSTRITA À PROVA DO DANO

67. Por fim, na remota hipótese de a ação de origem não ser imediatamente julgada extinta, esse e. Tribunal de Justiça deve dar provimento a este recurso para ampliar os pontos controvertidos da lide.

68. O MM. Juízo *a quo*, como visto, limitou a controvérsia à prova do dano. A controvérsia, no entanto, não se restringe a isso. A LAMSA impugnou, especificamente, em sua defesa, os próprios pressupostos arguidos pelo autor popular para justificar a existência de dano, e demonstrou a regularidade de todas as disposições contratuais dos 9º e 11º Termos Aditivos, assim como a impossibilidade de se reinterpretá-los de maneira contrária ao que sempre foi praticado entre as partes, ainda mais com eficácia retroativa.

69. Esses pontos, portanto, também devem compor os fatos controvertidos da lide.

-IV-
CONCLUSÃO

70. Diante do exposto, a LAMSA confia em que essa e. Câmara dará integral provimento a

este recurso para, reformando a decisão agravada, reconhecer: **(a)** a litispendência entre a ação popular que tramita na origem e a ação civil pública nº 0288991-96.2019.8.19.0001, com a extinção do feito originário a este recurso sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil; e **(b)** a decadência da pretensão autoral, nos termos do art. 21 da Lei nº 4.717/65, com a consequente extinção do feito originário a este recurso com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, do CPC.

71. Caso assim não se entenda, o que só se admite em atenção ao princípio da eventualidade, a LAMSA espera e confia, então, em que essa e. Câmara dará integral provimento a este recurso para ampliar os pontos controvertidos da lide, os quais não se resumem apenas à prova do dano, mas perpassam todos os pressupostos suscitados pelo autor popular para amparar a sua pretensão indenizatória.

Nesses termos,
P. deferimento.
Rio de Janeiro, 16 de março de 2022.

Ana Tereza Basilio
OAB/RJ nº 74.802

José Roberto Sampaio
OAB/RJ nº 69.747

Márcio Henrique Notini
OAB/RJ nº 120.196

Daniel Guerra
OAB/RJ nº 159.540

Relação de documentos:

- (doc. 1): laudo pericial produzido nos autos do processo nº 0337389-74.2019.8.19.0001;
- (doc. 2): manifestação da PGM/RJ sobre a legalidade da regra de distribuição dos riscos do contrato de concessão;
- (doc. 3): petição inicial da ação civil pública proposta pelo Município (processo nº 0288991-96.2019.8.19.0001);