

RECURSO ESPECIAL Nº 1.284.029 - RJ (2009/0188031-4)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
RECORRIDO : **GLEN ENTERTAINMENT COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES
LTDA**
ADVOGADOS : **MARCELO ROBERTO DE CARVALHO FERRO E OUTRO(S)
RODRIGO NEIVA PINHEIRO
RODRIGO DE OLIVEIRA KAUFMANN**
RECORRIDO : **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **MARCUS GOUVEIA DOS SANTOS E OUTRO(S)**
INTERES. : **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fundamentos nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, assim ementado (fls. 1867/1868):

ADMINISTRATIVO. BEM PÚBLICO. DELEGAÇÃO A PARTICULAR. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA. INEFICÁCIA. RESTITUIÇÃO . INDENIZAÇÃO. APURAÇÃO. A outorga de direito à exploração de imóvel pertencente ao Estado, por meio da qual se conferem direitos ao particular, de caráter estável e perene, atribuindo-lhe um status especial, inclusive frente ao outorgante, independentemente do nomen iuris que se dê ao instituto, caracteriza-se como contrato administrativo, o qual necessariamente deve ser precedido de licitação. A inobservância do prévio procedimento seletivo, torna ineficaz a outorga, a qual deve ser desconstituída para recomposição do patrimônio público. O Ministério Público ostenta legitimidade para propor Ação Civil Pública em defesa do patrimônio do Estado. Ante a ausência de previsão expressa na legislação Estadual sobre o tema, aplicam-se os prazos comuns de prescrição à hipótese. Embora a lesividade seja presumida no caso, somente se impõe ao particular o dever de indenizar, após liquidado o quantitativo do dano, razão pela qual remete-se à liquidação a apuração do prejuízo. Primeiro recurso provido, improvido o segundo e parcialmente provido o terceiro.

Apresentados embargos de declaração pela Glen Entertainment Comércio, Representações e Participações LTDA e pelo Estado do Rio de Janeiro, estes foram providos com efeitos modificativos, cuja ementa do julgado segue abaixo (fls. 2086):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. POSSIBILIDADE. FATOS SUPERVENIENTES. USO DE BEM PÚBLICO. LICITAÇÃO. PROCEDIMENTO DISPENSATÓRIO. A jurisprudência tem admitido a eficácia infringente aos Embargos Declaratórios, quando fatos novos surgidos no curso do processo justifiquem a inovação. A observância de procedimento dispensatório de licitação é suficiente a legitimar a outorga do uso de bem público ao particular. Embargos Declaratórios providos.

Interpostos novos embargos declaratórios pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e pela Federação de Remo do Estado do Rio de Janeiro, estes restaram rejeitados. Vejamos a ementa do referido julgado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NA DECISÃO EMBARGADA. PREQUESTIONAMENTO. Embargos Declaratórios somente são cabíveis nas hipóteses do artigo 535, I e II do CPC. Inexistência de vício de nulidade comprometedor da higidez do julgado. Embargos conhecidos, porém desprovidos.

Nas razões recursais, sustenta o Ministério Público, além de divergência jurisprudencial, violação aos artigos 398 e 535, incisos I e II, do CPC e aos artigos 2º e 24 da Lei nº 8.666/93. Alega:

(i) que o Tribunal a quo foi omissivo ao não se manifestar acerca dos seguintes pontos: (a) da violação ao art. 398 do CPC, uma vez que apesar de terem sido juntados aos autos ofícios da Secretaria de Estado da Casa Civil e da Secretaria de Estado de Turismo, Esporte e Lazer, bem como informações do Tribunal de Contas do Município, indicando a relação de procedimentos administrativos acerca da permissão de uso do estádio de Remo da Lagoa, tendo a decisão sido revertida em razão desses documentos, não foi conferido ao Ministério Público oportunidade para se manifestar sobre os mesmos; (b) ao reconhecer que o presente caso seria de "dispensabilidade de licitação" não especificou em qual das hipóteses de dispensa de licitação, relacionadas nos incisos do art. 24 da Lei 8666/93, se enquadraria o caso em tela;

(ii) que o julgado foi obscuro, pois apesar de afirmar que seria exigível a observância de um procedimento seletivo, concluiu que estaria diante de um caso de dispensabilidade;

(iii) a ocorrência de contradição, pois o Tribunal a quo confirma a premissa de que o

Superior Tribunal de Justiça

termo de permissão de uso se reveste de natureza contratual, o qual teria de ser precedido de licitação e, após, afirma que um procedimento seletivo diverso da licitação atende as exigências da Lei nº 8666/93;

(iv) que a Glen Entertainment Comércio, Representações e Participações LTDA inovou em suas razões de recurso, quando nos embargos de declaração apresentados argumentou que teria sido realizada uma "concorrência pública pelo Município", o que não é permitido pelo art. 535 do CPC, que delimita o escopo dos embargos de declaração à integração das decisões judiciais nas quais haja obscuridade, omissão ou contradição, uma vez que tal argumento não havia sido cogitado até aquele momento;

(v) violação ao art. 398 do CPC, uma vez que não foi conferido ao Ministério Público oportunidade para se manifestar acerca de documentos juntados aos autos que foram relevantes para o julgamento da lide;

(vi) que *"o legislador não previu, dentre os incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/93, a dispensa de licitação fundada na "observância de processo seletivo", a demonstrar que o acórdão pretendeu criar uma nova hipótese de dispensa de licitação, não contemplada pelo legislador. Resta claro, assim, que a decisão agravada afrontou o art. 2º da Lei nº 8.666/93 (bem como o art. 37, XXI da Constituição Federal), que estabelece que as ressalvas à obrigatoriedade de licitação somente podem ser instituídas pelo legislador"* (fls. 2150/2151).

Foram apresentadas contrarrazões pelo Município do Rio de Janeiro (fls. 2180/2187), pelo Estado do Rio de Janeiro (fls. 2188/2190) e pela Glen Entertainment Comércio, Representações e Participações LTDA (fls. 2195/2204).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do especial *"para anular o Acórdão que acolheu os embargos de declaração com efeitos infringentes opostos pela empresa Glen Entertainment Comércio e Participações Ltda., por violação ao art. 398 do CPC, ou, alternativamente, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, por afronta ao art. 535, I e II, do CPC, para que aquela Corte se manifeste sobre a matéria apontada nos embargos de declaração opostos pelo ora Recorrente, restando prejudicada a análise das demais razões do especial"* (fls. 2542).

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.284.029 - RJ (2009/0188031-4)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA APRECIÇÃO DA MATÉRIA.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública apresentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Município do Rio de Janeiro, o Estado do Rio de Janeiro e a Glen Entertainment Comércio, Representações e Participações LTDA, objetivando a declaração de nulidade da permissão de uso do Estádio de Remo da Lagoa e seus termos aditivos, ante a inexistência de licitação.

2. A sentença proferida pelo Juízo de Direito da 8ª Vara de Fazenda Pública da Comarca do Rio de Janeiro (fls. 1072/1088) julgou procedente o pedido. O Tribunal a quo manteve a a nulidade da permissão de uso do Estádio de Remo da Lagoa, em razão da ausência de realização de procedimento licitatório. Após a interposição dos embargos de declaração pelo Estado do Rio de Janeiro e pela empresa Glen Entertainment Comércio, Representações e Participações Ltda, as partes foram intimadas a se manifestar, tendo o Ministério Público Estadual oferecido parecer. Ocorre que, depois de tal manifestação do Parquet, foram juntados o Ofício CC nº 249/08 do Secretário de Estado Chefe da Casa Civil e o Ofício do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. Posteriormente a juntada dos referidos documentos, o Tribunal de origem julgou os embargos de declaração apresentados, tendo sido acolhidos com efeitos infringentes.

3. Os documentos posteriormente juntados (Ofício CC nº 249/08 do Secretário de Estado Chefe da Casa Civil e Ofício do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro), não só foram relevantes para a alteração do julgado, como foram decisivos para o deslinde da controvérsia.

4. De acordo com o art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou quando for omitido ponto sobre o qual se devia pronunciar o juiz ou tribunal.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem, mesmo com a interposição dos embargos de declaração, não se manifestou acerca dos seguintes pontos: (i) violação ao art. 398 do CPC, no sentido de que tais provas não foram apresentadas ao Ministério Público para análise e manifestação antes do julgamento do recurso; (ii) no fato de que ao reconhecer que o presente caso seria de "dispensabilidade de licitação" não especificou em qual das hipóteses de dispensa de licitação, relacionadas nos incisos do art. 24 da Lei 8666/93, se enquadraria o caso em tela, bem como qual elemento justificaria a dispensa da licitação. Desse modo, ao rejeitar os embargos declaratórios, deixando, contudo, de se pronunciar sobre as questões de fato neles suscitadas, o Tribunal de origem acabou por violar o art. 535 do Código de Processo Civil.

6. Recurso especial parcialmente provido por violação ao art. 535 do CPC.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se, na origem, de ação civil pública apresentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Município do Rio de Janeiro, o Estado do Rio de Janeiro e a Glen Entertainment Comércio, Representações e Participações LTDA, objetivando a declaração de nulidade *"da permissão de uso do Estádio de Remo da Lagoa e seus termos aditivos, ante a inexistência de licitação, condenando-se a terceira ré a devolver a área do Estádio ao patrimônio público, independentemente de qualquer indenização, pena de multa diária para o caso de descumprimento "* (fl. 1071), sob os seguintes argumentos (fls. 1873):

- a) ausência de licitação, com a conseqüente ofensa ao princípio constitucionalmente assegurado, que tem por escopo fundamental garantir a observância de competitividade entre aqueles que com a Administração Pública querem contratar;
- b) desvio da afetação do patrimônio público, vez que não utilizado o bem público estadual na destinação relacionadas às atividades do remo;
- c) lesividade aos cofres públicos, decorrência do prejuízo atribuído ao erário.

A sentença proferida pelo Juízo de Direito da 8ª Vara de Fazenda Pública da Comarca do Rio de Janeiro (fls. 1072/1088) julgou procedente o pedido nos seguintes termos:

Isto posto, julgo procedente o pedido para decretar a nulidade da permissão de uso do Estádio de Remo da Lagoa, celebrada entre o Estado do Rio de Janeiro e a Empresa Glen Entertainment Comércio e Participações Ltda. bem como seus aditivos, que fica ainda condenada ao pagamento de R\$ 25.000,00 por mês desde a celebração do contrato, importância que deve ser corrigida monetária e mensalmente, além de acrescida de juros de mora de 6% ao ano até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e de 12% a partir daí.

Condeno a ré à devolução do Estádio de Remo, no prazo de 10 dias contados da intimação para cumprimento da presente, pena de multa diária de R\$ 10.000,00.

Julgo extinto o processo com base no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil e condeno o Município do Rio de Janeiro e a terceira ré a pagarem ao Fundo Especial do Ministério Público honorários advocatícios, pro rata, que arbitro em R\$ 10.000,00, considerando a complexidade da causa e o trabalho desempenhado pelos integrantes do Ministério Público.

Condeno ainda a terceira ré ao pagamento de todas as custas processuais.

Superior Tribunal de Justiça

Irresignados, o Município do Rio de Janeiro, a Federação de Remo e a Glen Entertainment Comércio, Representações e Participações LTDA apelaram. O Tribunal a quo, mantendo a nulidade da permissão de uso do Estádio de Remo da Lagoa, em razão da ausência de realização de procedimento licitatório, deu provimento à apelação do Município do Rio de Janeiro para excluí-lo da lide por ilegitimidade passiva ad causam; negou provimento à apelação da Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro e deu parcial provimento à apelação da empresa Glen Entertainment Comércio, Representações e Participações Ltda. para modificar o cálculo da indenização devida pela utilização do bem público.

Apresentados embargos de declaração pelo Estado do Rio de Janeiro e pela empresa Glen Entertainment Comércio, Representações e Participações Ltda, esses foram acolhidos, com efeitos modificativos, reformando integralmente a sentença. Os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Estadual e pela Federação de Remo do Estado do Rio de Janeiro foram rejeitados. Desta decisão, o Ministério Público apresentou o presente recurso especial.

Verifica-se que, após a interposição dos embargos de declaração pelo Estado do Rio de Janeiro e pela empresa Glen Entertainment Comércio, Representações e Participações Ltda, as partes foram intimadas a se manifestar, tendo o Ministério Público Estadual oferecido parecer (fls. 2054/2058). Ocorre que, depois de tal manifestação do Parquet, foram juntados pelo Estado do Rio de Janeiro o Ofício CC nº 249/08 do Secretário de Estado Chefe da Casa Civil encaminhando material da Secretaria de Estado de Turismo, Esporte e Lazer, com informações acerca da obra realizada pela empresa permissionária (fls. 2064/2069), bem como o Ofício do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, informando sobre processos relacionados ao imóvel denominado "Estádio de Reno da Lagoa" (fls. 2082/2083).

Posteriormente a juntada dos referidos documentos, o Tribunal de origem julgou os embargos de declaração apresentados, tendo sido acolhidos com efeitos infringentes. Vejamos trecho do referido julgado (fls. 2093/2096):

[...]

Trago agora o feito em mesa, em razão de haver o e. Tribunal de Contas do Município remetido ofício a mim, atendendo a última exigência probatória.

Superior Tribunal de Justiça

Efetivamente seria exigível a observância de um procedimento seletivo capaz de legitimar a escolha da primeira embargante, como destinatária da utilização do próprio estadual. Ocorre que a documentação destacada pela primeira embargante, já agora na presente impugnação, a qual é reconhecida pelo Estado como autêntica, implicou efetivamente, na observância de um procedimento seletivo, já que a lei 8666/93 reconhece, a par da exigência da licitação, as hipóteses de dispensa (art.17), dispensabilidade (art. 24) e inexigibilidade (art. 25), do procedimento.

Na hipótese, a teor da mencionada documentação, têm-se verdadeiro caso de dispensabilidade, o que legitima o procedimento.

De fato, a documentação trazida pela Glen, como também a manifestação do Estado, na pessoa do senhor Secretário de Esportes, atestam ter havido, a meu ver, a observância do procedimento exigido para a outorga do uso do bem público por particular.

Por outro lado, é plenamente admissível no sistema processual vigente, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa, modificam-se por via de declaratórios o que ficou decidido em apelação, desde que reste justificada tal alternativa, como na hipótese.

Consigne-se que foi aqui observado integralmente o princípio da bilateralidade da audiência, de modo que se mostra possível a atribuição dos efeitos modificativos pretendidos, por haver a decisão impugnada se baseado em premissa equivocada.

[...]

Assim, a conta de tais fundamentos dá-se provimento a ambos os Embargos Declaratórios, para alterando o resultado do julgamento de 10/10/2007, dar provimento ao recurso da Glen Entertainment Comercio Representações e Participações Ltda., para julgar improcedente o pedido inicial formulado pelo Ministério Público, acolhendo-se por consequência ambos os Embargos Declaratórios.

Ora, pela leitura do trecho acima conclui-se que os documentos posteriormente juntados (Ofício CC nº 249/08 do Secretário de Estado Chefe da Casa Civil encaminhando material da Secretaria de Estado de Turismo, Esporte e Lazer, e Ofício do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro), não só foram relevantes para a alteração do julgado, como foram decisivos para o deslinde da controvérsia.

Verifica-se que o Ministério Público Estadual, por ocasião dos embargos de declaração, asseverou a ocorrência de omissão acerca de sua manifestação sobre os novos documentos apresentados e qual elemento justificaria a dispensa da licitação. Vejamos trecho do referido recurso (fls. 2100/2103):

[...]

Arrimou-se a decisão atacada em invocado "fatos supervenientes" para inverter o julgamento da lide, representados tais fatos pelos documentos juntados pelo Estado do Rio de Janeiro às fls. 1914/17, e pelos ofícios oriundos do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, acostados às fls. 1925/6, documentação esta requisitada ex officio pela Relatoria.

Superior Tribunal de Justiça

Contudo sobre esta prova superveniente não se ouviu o Ministério Público, sobrevindo abruptamente a decisão modificativa do julgamento da Apelação.

Assim ao Ministério Público, autor da ação, não foi dada ciência desta documentação juntada posteriormente, relegado que foi ao oblívio, incidindo portando o cerceamento processual, a acarretar a nulidade do julgamento, com tanto mais razão e prejuízo quando se considera que esta foi a prova valorada como apta o suficiente para justificar a dispensabilidade da exigência legal da licitação, em desprezo conflitante com todo o conjunto probatório já produzido nestes autos.

[...]

No curso desta mesma esteira não se percebe qual seja o valor probante da documentação juntada para efeito de prescindir a exigência da licitação.

A Ação Civil Pública encontra-se fulcrada no ponto nodal que o ajuste foi firmado contra legem, por não atender à exigência do prévio certame licitatório.

Os documentos apontados em nada modificam esta situação.

O primeiro conjunto deles às fls. 1914/17, emanado do Secretário de Estado Chefe da Casa Civil, apenas noticia que o Estado do Rio de Janeiro mantém com a empresa Glen desde 1997, Termo de Permissão de Uso da área veiculada ao Estádio de Remo da Lagoa, acrescentando que a ocupação do espaço público pela empresa é objeto de intensa controvérsia judicial.

O documento da Secretaria de Estado de Turismo no mesmo teor relata que a Glen é permissionária da área para realização de obras inclusive para atender aos jogos Pan-americanos, atestando a EMOP a boa qualidade das obras realizadas pela permissionária.

Por outro turno o ofício proveniente do TCM, é tão somente uma tabela indicando processos a cargo daquele Tribunal, relacionando dois em que a Glen figura como parte, tendo como objeto Permissão de Uso.

Sobre estes fatos nada há de novo, e nada há neles que possa contraditar a situação fática da lide. Tudo isto já foi dito e repisado à exaustão nestes autos, desde a inicial.

[...]

Como dito acima o ofício do TCM é apenas uma tabela contendo processos de sua alçada, informação que nada acrescenta ao tema, estando disponível inclusive na internet.

Nos termos do artigo 71 da Constituição Federal aplicável por simetria, o Tribunal de Contas tem por competência apreciar, examinar, analisar as contas dos Administradores Públicos, com caráter eminentemente administrativo, e por isso este exame se sujeita como qualquer ato administrativo ao controle do Poder Judiciário, no caso de evidências de ilegalidade.

As decisões ali proferidas dizem respeito mais diretamente à regularidade intrínseca da conta apreciada.

O controle jurisdicional do ato administrativo é amplo, podendo e devendo o Poder Judiciário anular aquele praticado de forma ilegal ou o que seja atentatório à moralidade administrativa.

Ademais disso o documento daquela Corte nada consigna a respeito da dispensa de licitação, que é a questão sub judice, que se enfrenta.

Da mesma forma a documentação provida do Poder Executivo não contém qualquer menção ou elemento que possa justificar a dispensa da licitação, limitando-se a narrar os fatos já repetitivamente afirmados ao longo deste feito.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

De acordo com o art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou quando for omitido ponto sobre o qual se devia pronunciar o juiz ou tribunal.

No caso concreto, o Tribunal de origem, mesmo com a interposição dos embargos de declaração, não se manifestou acerca dos seguintes pontos: (i) violação ao art. 398 do CPC, no sentido de que tais provas não foram apresentadas ao Ministério Público para análise e manifestação antes do julgamento do recurso; (ii) no fato de que ao reconhecer que o presente caso seria de "dispensabilidade de licitação" não especificou em qual das hipóteses de dispensa de licitação, relacionadas nos incisos do art. 24 da Lei 8666/93, se enquadraria o caso em tela, bem como qual elemento justificaria a dispensa da licitação.

Desse modo, ao rejeitar os embargos declaratórios, deixando, contudo, de se pronunciar sobre as questões de fato neles suscitadas, o Tribunal de origem acabou por violar o art. 535 do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial para decretar a nulidade do acórdão referente aos embargos declaratórios do Ministério Público, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que ali se proceda a um novo julgamento desses embargos, com pronunciamento sobre as questões de fato neles suscitadas.