

APELAÇÃO CÍVEL Nº 151661-53.2002.8.19.0001
APELANTES: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, CÉSAR EPITÁCIO MAIA,
JULIO REBELO HORTA e FUNDAÇÃO SOLOMON R. GUGGENHEIM
APELADO: MARIO DEL REI PINTO
RELATOR: DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA
REVISORA: DES. MARGARET DE OLIVAS VALLE DOS SANTOS

ACORDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO POPULAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE CONTRATOS FIRMADOS POR ENTE PÚBLICO MUNICIPAL COM FUNDAÇÃO DE NATUREZA PRIVADA PARA CONSTRUÇÃO DE MUSEU EM IMÓVEL LOCALIZADO EM SUA ZONA PORTUÁRIA DE QUE TERIA RESULTADO LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO. EM REEXAME NECESSÁRIO SE CONFIRMA A EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO, EM RELAÇÃO AOS RÉUS MENCIONADOS NA SENTENÇA CUJA RESPONSABILIDADE NA ELABORAÇÃO, PACTUAÇÃO E EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ORA INQUINADOS NÃO RESTOU DEMONSTRADA. AFASTAMENTO DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA SUSCITADA PELO 1º APELANTE. HIPÓTESE EM QUE NÃO TEM INCIDÊNCIA O ARTIGO 9º DA LICC DE APLICAÇÃO RESTRITA A CONTRATOS FIRMADOS ENTRE PARTICULARES QUE SÃO REGIDOS EXCLUSIVAMENTE PELA LEI CIVIL. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS QUE SE SUBSUMEM AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ARTIGO 37 DA CRFB E À FISCALIZAÇÃO INTERNA DO PRÓPRIO PODER EXECUTIVO E EXTERNA DO PODER LEGISLATIVO NA FORMA DO ARTIGO 70 DA CRFB. POSSIBILIDADE, AINDA, DE CONTROLE SOCIAL DO CIDADÃO PRESTANTE ATRAVÉS DA AÇÃO POPULAR, ESPECIALMENTE, EM SEDE DE DEMOCRACIAS REPRESENTATIVAS COMO NO CASO BRASILEIRO. DIREITO

FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO QUE IMPÕE AO GESTOR PÚBLICO RESPEITO AOS PRINCÍPIOS E O CUMPRIMENTO INTEGRAL DAS OBRIGAÇÕES QUE LHE FORAM COMETIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOB PENA DE RESPONSABILIZAÇÃO. NOVO PARADIGMA AXIOLÓGICO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA QUE PASSA A SER GARANTIDORA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. ALTERAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO E BALIZAMENTO DA DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR PÚBLICO EM SUA ATIVIDADE CONTRATUAL. PROVA QUE ATESTOU QUE A CONTRATAÇÃO FOI EFETIVADA SEM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PRÉVIO PARA ATENDER INTERESSE PESSOAL DO CHEFE DO EXECUTIVO EM BENEFÍCIO DE INSTITUIÇÃO PRIVADA DE ORIGEM ESTRANGEIRA QUE ELABOROU UNILATERALMENTE OS CONTRATOS. PATENTE A NULIDADE DESTA CONTRATAÇÃO O QUE FOI, INCLUSIVE, RECONHECIDO PELO ENTE PÚBLICO NO CURSO DO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA EFICIÊNCIA, LEGALIDADE, MORALIDADE, ECONOMICIDADE E IMPESSOALIDADE, ADMINISTRATIVA, E DO INTERESSE PÚBLICO POR PARTE DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL, O QUE IMPLICOU EM EFETIVO DESFALQUE DO ERÁRIO EM MAIS DE SEIS MILHÕES DE REAIS REVERTIDOS INTEGRALMENTE EM BENEFÍCIO DA FUNDAÇÃO CONTRATADA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA GRAVE NA MANIFESTAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO QUE, EMBORA EQUIVOCADA, NÃO TEVE QUALQUER INFLUÊNCIA NO ATO ADMINISTRATIVO INQUINADO. NATUREZA OPINATIVA E NÃO ADMINISTRATIVA DA MANIFESTAÇÃO QUE FOI EXARADA, INCLUSIVE, APÓS A CONTRATAÇÃO TER SIDO EFETIVADA. COMPROVADA A EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO E DA FUNDAÇÃO BENEFICIÁRIA PELA LESÃO ACARRETADA AOS COFRES PÚBLICOS COM A CONTRATAÇÃO VICIADA A IMPOR SUA CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA À RESTITUIÇÃO

NA FORMA DO ARTIGO 6º DA LEI Nº4.717/65. ACOLHIMENTO, POR UNANIMIDADE, DO RECURSO DO 3º RÉU PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO EM RELAÇÃO A ELE, DESACOLHENDO-SE, POR MAIORIA, O RECURSO DOS 1º, 2º 10º RÉUS, PARA MANTER A DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE DOS CONTRATOS E A CONDENAÇÃO DOS DOIS ÚLTIMOS AO RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS PATRIMONIAIS ACARRETADOS AO ERÁRIO PÚBLICO COMO DETERMINADO NA SENTENÇA QUE, EM REEXAME NECESSÁRIO, SE CONFIRMA PARA MANTER A EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO EM RELAÇÃO AOS RÉUS ALI MENCIONADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0016781-04.2010.8.19.0209, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR**, por unanimidade, **A EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO**, nos termos da sentença, **EM RELAÇÃO AOS RÉUS ROGÉRIO RIENTE, FRANCISCO DE ALMEIDA E SILVA, CARLOS ALBERTO ROLIM, RICARDO MACIEIRA, THOMAS KRENS e ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA JONES DAY** e, também, por unanimidade, **DAR PROVIMENTO AO APELO** do réu, **JÚLIO REBELO HORTA**, para **JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO EM RELAÇÃO A ELE**, e, por maioria, **NEGAR PROVIMENTO AOS APELOS** do **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, do ex-prefeito **CESAR EPITÁCIO MAIA** e da **FUNDAÇÃO SOLOMON GUGGENHEIM**, para manter a sentença de 1º grau que **DECLAROU A ILEGALIDADE** do contrato preparatório de elaboração de estudo de viabilidade e projeto arquitetônico e do contrato principal de construção do Museu Guggenheim na Cidade do Rio de Janeiro e **CONDENOU** os **2ª e 10º RÉUS**, **CESAR EPITÁCIO MAIA** e **FUNDAÇÃO SOLOMON GUGGENHEIM** a restituir aos cofres públicos o valor destes contratos que importou em uma despesa aproximada de dois milhões de dólares, acrescido de juros a partir da data do pagamento, e devidamente

atualizado até a data do pagamento a ser apuradas em liquidação de sentença, nos termos do voto da Desembargadora Revisora, ficando vencido o Desembargador Relator, que provia os recursos para julgar improcedentes os pedidos em relação aos três apelantes.

Relatório já anexado aos autos.

O caso dos autos envolve ação popular através da qual se objetivava a invalidação de três contratos firmados entre o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e a FUNDAÇÃO SOLOMON R. GUGGENHEIM, consistentes em contrato preparatório de elaboração de estudo de viabilidade, projeto arquitetônico e contrato principal de construção do Museu Guggenheim na Cidade do Rio de Janeiro, que importou em uma despesa aproximada de dois milhões de dólares, mais de seis milhões de reais, aos cofres públicos, cujo ressarcimento é, também, objeto do pedido.

Foi noticiada nos autos a concessão da liminar em ação correlacionada, em trâmite perante a 8ª Vara de Fazenda Pública, e como consequência desta liminar, o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e a FUNDAÇÃO SOLOMON R. GUGGENHEIM, desistiram da pactuação do contrato definitivo de construção do Museu Guggenheim, concedendo-se mutuamente quitação.

Desde logo ressalto que a superveniente resilição dos contratos de arquitetura e construção do Museu Guggenheim não comprometem regular desenvolvimento da relação jurídica processual no tocante ao pedido declaratório de nulidade do contrato para estudo de viabilidade e os demais

contratos a este subsidiários e o ressarcitório dos prejuízos causados ao erário, que segundo o autor já teria se consumado.

Destarte, a sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatória, na forma do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil, a implicar em seu reexame necessário antes da apreciação dos recursos interpostos.

Em sede de reexame necessário, cumpre confirmar a extinção do processo, sem apreciação do mérito, nos termos da sentença, em relação aos réus ROGÉRIO RIENTE, FRANCISCO DE ALMEIDA E SILVA, CARLOS ALBERTO ROLIM, RICARDO MACIEIRA, THOMAS KRENS E ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA JONES DAY, na medida em que a prova não conseguiu demonstrar qualquer responsabilidade destes réus na elaboração, pactuação e execução dos contratos firmados entre a FUNDAÇÃO SOLOMON GUGGENHEIM e o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, através do Chefe do Executivo em exercício àquela ocasião, nos quais o autor popular teria identificado as ilegalidades contra as quais se insurge.

Com efeito, o Escritório de Advocacia Jones Day foi contratado para prestar assessoramento jurídico na execução do projeto arquitetônico e do contrato principal de construção do Museu Guggenheim na Cidade do Rio de Janeiro, que não chegaram a se concretizar diante da rescisão do contrato preliminar de viabilidade técnica, não podendo se inferir qualquer participação ativa de Rogério Riente, Francisco de Almeida e Silva, Carlos Alberto Rolim e Ricardo Macieira, agentes públicos em exercício em secretarias estaduais de cultura e finanças, na pactuação ou controle da execução dos contratos impugnados.

Embora o réu Thomas Krens fosse presidente da FUNDAÇÃO SOLOMON GUGGENHEIM, tendo em nome desta firmado o contrato ora inquinado, não há prova nos autos de que tenha diretamente auferido benefício patrimonial com a contratação a afastar a incidência do artigo 6º da Lei nº 4.717/65 e, em consequência, sua legitimidade para figurar no polo passivo desta ação popular destinado aos beneficiários diretos dos atos viciados, e não aos seus representantes legais.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos recursos interpostos que preenchem os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão porque devem ser conhecidos.

Trata-se de apelações interpostas por MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, CÉSAR EPITÁCIO MAIA, JULIO REBELO HORTA E FUNDAÇÃO SOLOMON R. GUGGENHEIM, contra sentença (índice 2051), que, em ação popular, julgou procedente, em parte, o pedido inicial para declarar a nulidade dos contratos firmados entre o Município do Rio de Janeiro e a Fundação Solomon R. Guggenheim e condenou, solidariamente, o 2º, 3º e 10º réus, respectivamente, CÉSAR EPITÁCIO MAIA, JULIO REBELO HORTA e FUNDAÇÃO SOLOMON R. GUGGENHEIM a ressarcir a quantia despendida no pagamento da contratação nulificada, em moeda corrente do Brasil, ao câmbio do dia do pagamento, corrigida monetariamente desde a data de transferência internacional da quantia, acrescida de juros de mora a contar da publicação do julgado, a ser apurado em liquidação.

Os réus, CÉSAR EPITÁCIO MAIA, JULIO REBELO HORTA e FUNDAÇÃO SOLOMON R. GUGGENHEIM, foram condenados ainda ao pagamento de honorários, estes arbitrados em R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada qual, deixando de condenar o autor popular em sucumbência em favor dos réus, THOMAS KRENS, RICARDO MACIEIRA, FRANCISCO DE

ALMEIDA E SILVA, CARLOS ALBERTO ROLIM, ROGÉRIO RIENTE, e
ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA JONES DAY REAVIS E POGUE, excluídos da
causa, ante o que dispõe o inciso LXXIII, do artigo 5º, da Constituição da
República.

Em suas razões, o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO (índice 2166),
reproduz suas argumentações já expendidas nos autos, no sentido de serem
contratos atos legais e morais, tratando de caso de inexigibilidade da licitação,
e inexistência de culpa grave de qualquer agente público ou funcionário.

O 2º réu, CESAR EPITÁCIO MAIA (índice 2138), reitera sua tese de
defesa, no sentido de não ter havido qualquer dano ao erário ou desrespeito à
lei 8666/93.

O 3º réu, JULIO REBELLO HORTA (índice 2178), afirmou a que
agiu no exercício da atividade que lhe incumbia desempenhar, não sendo
passível de confusão a mera divergência jurídica com erro grosseiro,
postulando pela exclusão de sua condenação pessoal.

A 10ª ré , FUNDAÇÃO SOLOMON R. GUGGENHEIM (índice 2100 e
2057), argui a preliminar de nulidade da sentença ao argumento de não
haverem sido apreciadas todas alegações expendidas na defesa. No mérito,
aduz haver peculiaridades no caso concreto que o colocam dentro das
exceções legais à obrigação de licitar, como a especificidade do serviço e a
especialização do prestador, não existindo competidor possível. Afirmou por
fim a que a lei de regência seria a de Nova Iorque, por ser o local da prestação
dos serviços. Sustenta não ter havido violação à lei brasileira ou lesão ao
erário.

A preliminar de nulidade da sentença suscitada pela 10ª ré, ora apelante, FUNDAÇÃO SOLOMON R. GUGGENHEIM, há que ser rejeitada.

Da leitura da sentença recorrida é possível constatar que a mesma analisou todo o necessário à compreensão da controvérsia, considerando todo o conjunto probatório coligido aos autos, produzido pelo crivo do contraditório. Ademais, não está o julgador obrigado a repetir todas as questões invocadas pelas partes, se fundamentada está sua decisão, nos termos do comando contido no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, como é o caso presente.

Ao contrário do alegado pelo 1º apelante não tem incidência na hipótese dos autos o artigo 9º da LICC de aplicação restrita a contratos firmados entre particulares que são regidos exclusivamente pela Lei Civil, e não a contratos administrativos que se subsumem aos princípios constitucionais do artigo 37 caput da CRFB e à fiscalização interna do próprio Poder Executivo e externa do Poder Legislativo na forma do artigo 70 da CRFB, e não à Lei Americana.

No mérito, a sentença de 1º grau merece ser mantida, ainda que parcialmente, na medida em que não só os contratos em questão violaram a regra da licitação pública, estampada no art. 37, XXI da Constituição, bem como os princípios da Administração, consagrados no caput do artigo 37 da CRFB, acarretando evidente lesão ao erário público.

Destaque-se que os contratos que são objeto do pedido, quais sejam, contrato preparatório de elaboração de estudo de viabilidade, projeto arquitetônico e contrato principal de construção do Museu Guggenheim na Cidade do Rio de Janeiro, que importou em uma despesa aproximada de dois milhões de dólares, mais de seis milhões de reais, aos cofres públicos, têm

natureza administrativa eis que firmados por ente público municipal,
MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

Os contratos administrativos subsumem-se aos princípios constitucionais do artigo 37, portanto, à Lei Brasileira, e à fiscalização interna do próprio Poder Executivo e externa do Poder Legislativo na forma do artigo 70 da CRFB, portanto, à Lei Brasileira, suportando, ainda, controle social do cidadão prestante através da Ação Popular, como ocorreu no caso em questão.

Indubitável que sendo o Brasil um estado democrático de direito, com um sistema político representativo, configura-se a ação popular em efetivo instrumento de controle social do agir estatal na elaboração de políticas públicas e na atividade contratual, e se funda, essencialmente, no direito político do cidadão, que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter, também, a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração.

Afigura-se, assim, imprescindível o papel do cidadão, titular do poder, no controle e fiscalização do agir estatal em qualquer âmbito de atuação, do que decorre o dever do administrador motivar suas escolhas e prestar contas dos resultados, o que coincide com o novo conceito de governança, que implica na possibilidade do desenvolvimento da ação estatal mediante participação ativa da sociedade civil na escolha de políticas públicas cidadãs.

Da leitura dos artigos 37 e 70 da CRFB é forçoso admitir a existência no ordenamento brasileiro de um direito fundamental do cidadão à boa administração a que corresponde um dever político e jurídico do administrador público de agir segundo os princípios ali estabelecidos para atender ao interesse público, assim entendido ao cumprimento das obrigações que lhe foram cometidas pela Carta Política.

A gestão pública resta assim constitucionalizada na medida em que todo agir estatal está condicionado e direcionado aos compromissos constitucionais, havendo previsão legal de instrumentos eficazes de controle e mecanismos de responsabilização que impõem ao administrador público o dever de prestação de contas.

A atividade administrativa passa a ser garantidora de direitos fundamentais e, neste passo, deve ser eficiente, eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade, respeito à moralidade, à participação social, assumindo, o gestor público, em contrapartida, plena responsabilidade por sua conduta.

A boa administração deve ser entendida como aquela voltada à realização eficiente de obrigações estatais, mediante escolhas discricionárias éticas do administrador na aplicação de recursos públicos através de políticas públicas voltadas única e exclusivamente ao interesse público e não ao interesse do administrador em exercício, prática de que resulta, em regra, em corrupção e ineficiência administrativa.

Como se percebe, a discricionariedade dos agentes públicos, o chamado mérito administrativo, encontra-se hoje limitado aos princípios constitucionais dos artigos 37 e 70 da CRFB, e disto decorre que a atividade de administração envolve a democratização das escolhas públicas e do agir estatal.

Não por outro motivo é que na atividade contratual desenvolvida pelo Estado afigura-se terreno fértil para avaliação da atividade estatal, segundo este novo paradigma axiológico em que o poder estatal passa a atuar como mediador e garantidor de direitos fundamentais, em especial, direito

fundamental à boa administração previsto na Constituição da República, adotando modelo de gestão pública comprometido com resultado e a afirmação de uma sociedade participativa.

Nessa perspectiva, o Estado, no exercício de atividade de gestão, mas especificamente atividades contratuais compromete-se com a satisfação do interesse público preconizado na Constituição de República, através de ações voltadas ao atendimento de necessidades coletivas e individuais ali estabelecidas.

Os mecanismos de fiscalização e controle da gestão pública internos e externos atingem não só a atividade Estatal em si mesma, mas também a atividade pessoal do gestor público e do ente privado contratado, na medida em que este estabelece com o ente público uma parceria.

A responsabilização dos gestores públicos e seus parceiros privados é inerente ao estado democrático e a administração que a Constituição pretende seja eficiente e de qualidade, fundada entre outros princípios da economicidade e da moralidade.

O controle dos atos administrativos não mais se circunscreve ao controle de legalidade. Os atos administrativos são avaliados a partir de sua juridicidade, que se traduz na previsibilidade e compatibilidade com o ordenamento, e na análise de sua motivação, e pode ser realizado pelo próprio prolator do ato, pelo seu superior hierárquico, pelo particular, através dos chamados órgãos neutros de controle, Ministério Público e Tribunal de Contas, além do controle incidental do Poder Judiciário.

Isso porque, não se afigura crível que o gestor público, em cumprimento a seu dever constitucional, possa planejar e executar políticas públicas e exercer sua atividade contratual sem submeter seus resultados a controles permanentes de avaliação que possam, inclusive, contribuir para o seu aperfeiçoamento, legitimando os objetivos previamente fixados que são no mais das vezes desenvolvidos através de parcerias estabelecidas entre o poder público e empresas e entidades privadas.

Destaque-se que, por força do direito fundamental à boa administração, cada objeto contratado pela administração deve corresponder a prioridades e necessidades daquelas a que se destinam que, no caso de um Estado Democrático, são os cidadãos prestantes, destinatários de direitos fundamentais previstos na Carta Política.

Após a edição da CRFB de 1988, além das obrigações materiais tangíveis decorrentes de cada contrato administrativo, passam a ter fundamental relevo em cada contratação firmada pelo poder público os princípios estabelecidos na Constituição para a atividade administrativa, especialmente aqueles da eficiência e economicidade.

No caso dos autos, a prova atestou que a contratação foi efetivada sem procedimento licitatório prévio para atender interesse pessoal do Chefe do Executivo Municipal, ora 2º réu, CÉSAR EPITÁCIO MAIA, que desconsiderando suas responsabilidades legais de gestor de verbas públicas, manteve tratativas diretas com instituição privada de origem estrangeira, ora 10ª ré, FUNDAÇÃO SOLOMON R. GUGGENHEIM, que elaborou, unilateralmente, os contratos de prestação de serviços e de realização de obras dos quais seria a beneficiária, que foram firmados, diretamente e sem qualquer ressalva, pelo Chefe do Executivo Municipal, com comprometimento

expressivo de verbas do erário, sem que se possa inferir na contratação sequer indícios de interesse público.

E não só isso, a contratação não envolvia apenas a elaboração de estudo de viabilidade, pelo qual a FUNDAÇÃO SOLOMOM GUGGENHEIN recebeu aproximadamente de dois milhões de dólares, o que correspondia à época a mais de seis milhões de reais dos cofres públicos, mas também a elaboração de um projeto arquitetônico e contrato principal de construção do Museu Guggenheim na Cidade do Rio de Janeiro, estes dois últimos resílios pelo ente público e a beneficiária no curso do processo.

Embora o artigo 6º IX da Lei nº 8.666/93 autorize, especialmente quando da realização de grandes obras ou contratação de serviços complexos, a realização de estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e que possibilitassem a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos, que levarão à formatação de licitação e de contrato, no caso que aqui se trata a própria interessada, no caso a FUNDAÇÃO SOLOMOM GUGGENHEIN, foi contratada, sem realização de prévia licitação, para realização de estudo de viabilidade de construção do próprio MUSEU GUGGENHEIN, em flagrante violação aos princípios fundamentais da administração pública previstos na Constituição Federal.

Isso porque, se o objetivo do Chefe do Executivo era estudar a viabilidade de um Museu Guggenheim na região Portuária da Cidade imprescindível que este estudo prévio fosse feito através de equipe técnica do próprio ente público ou de instituição contratada, mediante procedimento licitatório, para este fim e que, à evidência, não ostentasse qualquer interesse patrimonial na construção do referido museu.

Mas, como se viu, não foi isso que aconteceu.

O estudo de viabilidade técnica foi contratado diretamente pelo Chefe do Executivo Municipal ao futuro adjudicatário, sem realização de licitação, o que implicou em que este, após receber o importe de dois milhões de dólares, pudesse, como efetivamente o fez, após a rescisão dos contratos, sem qualquer impedimento, manter consigo o valor percebido, e simplesmente se manifestar pela inviabilidade da construção, o que revela claro conflito de interesses.

Patente a nulidade desta contratação por descumprimento aos princípios fundamentais da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, e economicidade e, especialmente, ausência de motivação e finalidade pública no agir do Chefe do Executivo Municipal, ora 2º réu, CÉSAR EPITÁCIO MAIA, a implicar em efetivo desfalque do erário em mais de seis milhões de reais revertidos integralmente em benefício da Fundação contratada, no caso a FUNDAÇÃO SOLOMOM GUGGENHEIN, ora 10ª ré, o que foi, inclusive, reconhecido pelo ente público que, no curso do processo, informou da rescisão dos contratos de arquitetura e construção do Museu Guggenheim.

A prova dos autos atestou a ilegalidade e ilegitimidade da contratação, que não só era contrária ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática, bem como se desviou dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública evidenciando-se vício formal e substancial na contratação, que se apresenta divorciada de interesse público.

Ainda que não comprovada a efetiva lesão ao patrimônio público de aproximadamente dois milhões de dólares, o que correspondia à época a mais de seis milhões de reais, o simples fato de ter sido injustificadamente e

ilegalmente dispensado o procedimento licitatório para contratação de serviços e obras de tamanho vulto já configura a hipótese de lesão presumida, na forma do artigo 4º da Lei nº4.717/65, que estabelece casos de presunção de lesividade, para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito.

No âmbito das contratações administrativas, também, os agentes privados contratados respondem por condutas desviantes, podendo ser inclusive, réus de ações de improbidade, uma que vez no Estado Democrático tanto o Estado contratante quanto o particular contratado assumem de forma solidária compromissos com os planos projetos e resultados envolvidos na realização do objeto pactuado, que deve coincidir com interesse público.

Anote-se que “no ideário do estado democrático de direito republicano não há nichos de irresponsabilidade, posto que todos –pessoas públicas e privadas- são personagens da mesma trama história e destinos entrelaçados, cabendo-lhes escolhas e opções que os definirão ao traçarem políticas públicas, cujo cumprimento depende, em larga escala, de contratos e parcerias entre o público e o privado. Ônus e bônus, direitos e deveres, lucros e prejuízos, danos e benefícios são igualmente partilhados mediante sistema regular de apuração de legitimidades e responsabilidades”¹

Comprovada pela robusta prova produzida nos autos, a responsabilidade do gestor público, ora 2º réu, CÉSAR EPITÁCIO MAIA, e da FUNDAÇÃO SOLOMOM GUGGENHEIN, ora 10ª ré, pela indevida lesão acarretada aos cofres públicos com a contratação viciada impõe-se sua condenação solidária à restituição na forma do artigo 6º da Lei nº4.717/65, como determinado na sentença que neste particular, também, merece ser confirmada.

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Da Responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação de contratação, p.426.

O parecer jurídico exarado pela advocacia pública no âmbito de procedimentos de contratação, embora algumas vezes obrigatório, não implica em vinculação do gestor, razão porque, em regra, seus prolores não podem ser responsabilizados por ilícitos administrativos e atos de improbidade por aqueles praticados.

Embora a advocacia pública e assessoria jurídica sejam órgãos responsáveis pela verificação de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, suas manifestações tem natureza opinativa não vinculante, razão porque não integraram o ato administrativo que se segue; assim sendo apenas na hipótese em que a manifestação jurídica seja insuficiente ou precária, vale dizer, sem fundamentação ou com fundamentação equivocada, capaz de induzir a erro o gestor, é que pode implicar em responsabilidade do parecerista, podendo, em caso de dolo ou má-fé deste até excluir a responsabilidade daquele.

Não caso dos autos, entretanto, não vislumbro dolo, má-fé ou culpa grave na manifestação do advogado público, JULIO REBELO HORTA, ora 3º réu, que, embora equivocada, não teve qualquer influência no ato administrativo inquinado, que, inclusive, já tinha se efetivado antes da manifestação ter sido exarada.

Destaque-se que a natureza jurídica do parecer do Procurador Geral do Município, JULIO REBELO HORTA, ora 3º réu, teve eminente caráter opinativo, não integrando o ato administrativo que lhe foi inclusive anterior, não havendo como se imputar a este a responsabilidade solidária pela lesão acarretada ao erário pelo ato administrativo do Chefe do Executivo, ora 2º réu, CÉSAR EPITÁCIO MAIA, que veio a beneficiar a FUNDAÇÃO SOLOMOM GUGGENHEIN, ora 10ª ré.

Diante do exposto, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO E PROVIMENTO** do recurso do 3º réu, JULIO REBELO HORTA, **PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO** em relação a ele e **DESACOLHER O RECURSO** do 1º, do 2º e do 10º réu, MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, CÉSAR EPITÁCIO MAIA E FUNDAÇÃO SOLOMON R. GUGGENHEIM, **PARA MANTER A DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE DO CONTRATO** preparatório de elaboração de estudo de viabilidade, de projeto arquitetônico e de construção do Museu Guggenheim na Cidade do Rio de Janeiro, e a **CONDENAÇÃO DOS DOIS ÚLTIMOS RÉUS**, CÉSAR EPITÁCIO MAIA E FUNDAÇÃO SOLOMON R. GUGGENHEIM, **A RESSARCIR OS PREJUÍZOS PATRIMONIAIS ACARRETADOS AO ERÁRIO PÚBLICO** como determinado na sentença que, **EM REEXAME NECESSÁRIO**, se confirma nos demais termos, mantendo a extinção do processo, sem apreciação do mérito em relação aos réus ali mencionados e não condenação do autor popular aos ônus sucumbenciais em relação a estes réus.

Rio de Janeiro, 04 de novembro de 2015.

MARGARET DE OLIVARES VALLE DOS SANTOS
DESEMBARGADORA RELATORA