



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO nº 0000838-96.2004.8.19.0001
CENTRAL DE ASSESSORAMENTO FAZENDÁRIO
(4ª Vara da Fazenda Pública)
COMARCA DA CAPITAL

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Apelado 1: BARCAS S.A TRANSPORTES MARÍTIMOS
Apelado 2: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATORA: JACQUELINE LIMA MONTENEGRO

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMANDA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM A PRETENSÃO, DENTRE OUTRAS, DE ANULAR O CONTRATO DE CONCESSÃO CELEBRADO EM FEVEREIRO DE 1998 ENTRE O ESTADO DO RIO DE JANEIRO E A EMPRESA BARCAS S.A, QUE SE QUALIFICOU PARA ASSUMIR O SERVIÇO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO NO ESTADO, EXERCIDO ATÉ ENTÃO PELA CONERJ. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO CONTRATO DE CONCESSÃO, INEXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONCEDIDOS, AUTORIZAÇÃO INDEVIDA DE NOVAS LINHAS DE NAVEGAÇÃO SEM LICITAÇÃO, PRECARIEDADE DAS EMBARCAÇÕES E FALTA DE SEGURANÇA PARA OS PASSAGEIROS. PEDIDO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO COM A RETOMADA DOS SERVIÇOS PELO ESTADO ATÉ A REALIZAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO, DE DECLARAÇÃO DE CADUCIDADE DA LINHA PRAÇA XV-CHARITAS, DE ABSTENÇÃO DO ESTADO EM DELEGAR SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLETIVO AQUAVIÁRIO SEM CONCORRÊNCIA PÚBLICA. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTES OS PLEITOS DE NULIDADE CONTRATUAL E REALIZAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO, BEM COMO JULGA EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, O PEDIDO DE



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

CADUCIDADE E RETOMADA DO SERVIÇO, ANTE A LITISPENDÊNCIA. APELO INTERPOSTO PELO PARQUET, CUJAS RAZÕES RECURSAIS SE CIRCUNSCREVEM A DOIS TÓPICOS: IMPREESTABILIDADE DA PROVA PERICIAL E A PRESENÇA DE NULIDADES QUE INVIABILIZAM O PROCESSO LICITATÓRIO. PROVA PERICIAL QUE NÃO CONTÉM VÍCIOS, ESTANDO APTA A AUXILIAR O MAGISTRADO NA FORMAÇÃO DE SUA CONVICÇÃO. CONSTATAÇÃO PELA PROVA DOCUMENTAL COLIGIDA AOS AUTOS DE QUE O PREÇO MÍNIMO DE VENDA DA CONCESSÃO NÃO REPRESENTOU O VERDADEIRO VALOR PATRIMONIAL DA CONERJ (VÍCIO DE LICITAÇÃO), E AINDA, SE CONSTATOU QUE O CONTRATO CELEBRADO PELAS PARTES CONTINHA ALTERAÇÕES EM RELAÇÃO À MINUTA QUE ACOMPANHOU O EDITAL (VÍCIO NA CONTRATAÇÃO). ILEGALIDADES QUE PROPICIAM O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO. HIPÓTESE CONCRETA QUE REVELA A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE FORMA MACULADA, POR NÃO TEREM SIDO OBSERVADAS, TANTO NO PROCESSO LICITATÓRIO, QUANTO NA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO, REGRAS DE CONDUTA ATENTAS AO INTERESSE PÚBLICO. ANULAÇÃO OU INVALIDAÇÃO DA CONCESSÃO, DECRETANDO A IMEDIATA ASSUNÇÃO DOS SERVIÇOS, CONFORME DISPOSTO NO § 2º DO ART. 35 DA LEI Nº 8.987/1995 (LEI DE CONCESSÕES), APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, DEVENDO O PODER PÚBLICO EFETIVAR NOVA LICITAÇÃO NO PRAZO MÁXIMO DE 02 (DOIS) ANOS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Visto, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, Processo nº 0000838-96.2004.8.19.0001, em que é Apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, e Apelados o ESTADO DO RIO DE JANEIRO e BARCAS S.A TRANSPORTES MARÍTIMOS.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de seus votos, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

X

Destaque-se, a controvérsia em discussão tem sua origem na decisão tomada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, há exatamente 20 anos atrás, de implementar um Programa de Desestatização no âmbito da prestação de serviço público de transporte marítimo coletivo de passageiros.

Grife-se, a prestação desse serviço esteve até 1998 sob a responsabilidade da Companhia de Navegação do Estado do Rio de Janeiro-CONERJ, sociedade de economia mista estadual, quando, dentro do espírito do aludido Programa de Desestatização, transferiu-se a exploração da atividade marítima de passageiros para a empresa Barcas S.A, mediante a celebração de Contrato de Concessão, nos termos da cláusula 3.7.1 do Edital de Privatização (fls. 153-ejud//fls. 198 dos autos):

“3.7. FORMALIZAÇÃO DA ALIENAÇÃO DAS AÇÕES DA CONERJ.

3.7.1. A efetivação da alienação das ações ocorrerá com a liquidação financeira da operação, assinatura do Contrato de Compra e Venda de Ações, a lavratura do respectivo termo de transferência das ações nos competentes livros de transferência de ações da CONERJ e com a assinatura do Contrato de Concessão com o Estado do Rio de Janeiro”.

Note-se, em 2012 o Grupo CCR adquiriu 80% do capital da empresa Barcas S.A. e a rebatizou com o nome de CCR BARCAS, estando assim até os dias atuais.

Atente-se que o pedido primordial manifestado nesta Ação Civil Pública, distribuída no distante ano de 2004, consiste na pretensão de nulidade do referido Contrato de Concessão e na retomada pelo Estado do Rio de Janeiro das operações marítimas até a realização de nova licitação.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Isso posto, temos que a contenda analisada neste recurso lida precipuamente com dois diplomas legais: Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões), que regulamenta o artigo 175 da Constituição Federal; Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), que regulamenta o inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna.

A propósito, a título de curiosidade, é interessante pôr em relevo a distinção da natureza desses dois diplomas legais:

“Quanto aos serviços, as diferenças entre as duas situações são as seguintes:

(a) no regime de contrato ou contratual (Leis 8.666/93 e 10.520/02), os serviços não são públicos e destinatário ou consumidor é o próprio Poder Contratante, quer dizer, não envolvem obrigação estatal e se estabelece relação jurídica apenas bilateral, por exemplo, serviços de limpeza de prédios (faxinas); e

(b) no regime de concessão ou permissão (Lei 8.987/95), os serviços são públicos, logo, destinatário ou consumidor não é o Poder Concedente, mas o povo, quer dizer, envolve obrigação estatal, em que o Poder Público é substituído pelo Concessionário na prestação (por isso se diz que ele delega a prestação), estabelecendo-se, por conseguinte, relação jurídica trilateral (Poder Concedente - Concessionário - Povo Consumidor).

(STJ, RE nº 1.455.437/RS, Rel. Min. Rel. Francisco Falcão, j. 15/03/2017)

Feita essa introdução, se direciona o exame recursal, inicialmente, para as questões de cunho preliminar suscitadas pelo Estado do Rio de Janeiro em suas contrarrazões de fls. 2.404-ejud, às quais, sob sua visão, teriam o condão de patentear o “*descabimento processual da presente demanda*”, confirmando assim a improcedência decretada na sentença recorrida.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

A primeira delas é a alegação de litispendência.

O reconhecimento da litispendência na hipótese em exame está relacionado à Ação Popular (processo nº 0056005-06.2001.8.19.0001//2001. 001.054107-0) movida por Carlos Minc Baumfeld em face do Estado do Rio de Janeiro, Anthony Garotinho e Barcas S.A, ainda não transitada em julgado.

O pedido formulado na reportada Ação Popular veio nos termos seguintes:

g) a final sentença que julgue procedente o pedido na presente ação, com a declaração da inconstitucionalidade, em caráter incidental, do Decreto nº 28.177, de 20.04.2001, **e de caducidade** do “*Contrato de Concessão de Serviços Públicos de Transportes Aquaviário de Passageiros, Cargas e Veículos no Estado do Rio de Janeiro*”, firmado entre a entidade lesada e a ré beneficiária, determinando ao Poder Concedente que assumira a operação dos serviços até nova contratação de novo concessionário, através do devido procedimento licitatório”.

A sentença prolatada Ação Popular pela Juíza Maria Paula Gouvêa Galhardo julgou procedente em parte o pedido.

Confira-se a parte dispositiva:

“Isto posto, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO**, para declarar a caducidade da concessão das linhas: Praça XV-Charitas; Praça XV-São Gonçalo; Praça XV-Guia de Pacobayba; Praça XV-Barra da Tijuca e Rio de Janeiro-São Gonçalo (seletiva especial), reavendo o **PODER CONCEDENTE** as referidas parcelas de serviço público, podendo licitá-las livremente”.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Frise-se, o acórdão que julgou os Apelos interpostos contra a sentença proferida na Ação Popular, da lavra do Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo (15ª Câmara Cível), lançou a seguinte fundamentação:

“...Na decisão saneadora (fls. 1084/1087), a juíza considerou inepta, em parte, a inicial com relação ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 28177/2001.

Esta decisão não foi alvo de recurso, operando-se a preclusão.

Desta forma, a análise do pedido restringe-se a **caducidade do contrato** pelo não cumprimento das disposições contratuais.

Inicialmente, observo que o feito perdeu o objeto relativamente aos pedidos de declaração de caducidade quanto às linhas seletiva especial Rio de Janeiro/São Gonçalo (Decreto Estadual nº 33.357/2003 - fl 1209), Rio de Janeiro/ Barra da Tijuca e Rio de Janeiro/Magé (fl. 1210), porque a medida foi de há muito tomada na esfera administrativa...

O pleito do Autor se dirige à declaração de caducidade, que é uma das formas de extinção do contrato de concessão.

Decorre da inexecução do contrato por parte do concessionário (art. 35, III da Lei nº 8.987/95)...

A questão deve ser decidida em atenção a Lei nº 8.987/95, que no art. 38 dispõe, *verbis*:

‘Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.’

O contrato de concessão de fls. 39/94, na cláusula 33, também deixou claro que “*Verificada qualquer das hipóteses de inadimplemento previstas na*





Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

legislação específica e neste Contrato, o PODER CONCEDENTE promoverá, a seu critério, a aplicação das sanções contratuais ou a declaração de caducidade da concessão, esta mediante processo administrativo que assegure ampla defesa à CONCESSIONÁRIA, ...”.

De fato, o que se constata é que caberia ao Poder Concedente verificar a conveniência da declaração da caducidade da concessão.

No caso específico sob julgamento, o Estado optou por declarar a caducidade em relação às linhas seletiva especial Rio de Janeiro/São Gonçalo, social Barra da Tijuca e social Rio de Janeiro/Magé.

Não lhe foi conveniente agir da mesma forma em relação a linha Rio de Janeiro/ São Gonçalo, tarifa social.

A avaliação da conveniência e oportunidade é do Poder Público...

Portanto, não se pode atender a pretensão do Autor porque, no caso concreto, declarar ou não a caducidade do direito de exploração das linhas Rio/São Gonçalo, tarifa social, e Rio/Charitas, tarifa seletiva, se insere no juízo de discricionariedade do Poder Concedente”.

Importa saber que um dos pedidos pleiteados no presente feito foi a rescisão do contrato de concessão por inexecução.

“ a) Seja rescindido o contrato de concessão firmado entre o ESTADO DO RIO DE JANEIRO e a empresa BARCAS S/A TRANSPORTE MARÍTIMOS por inadimplemento de obrigações”.

Indubitável que há relação de causa e efeito entre inexecução do contrato de concessão (ou inadimplemento de obrigações) e a caducidade.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Quem assim o diz é o próprio texto legal, vale dizer, a Lei nº 8.987/1995 (dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal), **consoante já restou evidenciado no excerto do acórdão que há pouco se transcreveu.**

A doutrina aborda o tema da caducidade fazendo os seguintes comentários:

“Assim como o concedente pode dar ensejo à rescisão do contrato, o concessionário também pode descumprir cláusulas ou normas legais e regulamentares.

Pode-se dizer, por conseguinte, que tanto o concedente quanto o concessionário podem ter culpa no desfecho do ajuste.

Quando, porém, a rescisão ocorre por inadimplemento do concessionário, a lei a denomina caducidade.

(José dos Santos Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo, Editora Atlas, 25ª edição, 2012, p.404)

A magistrada sentenciante, no presente feito, reconheceu na fundamentação do decisum (fls. 2.298-ejud) a ocorrência da litispendência parcial com as seguintes ponderações:

“DA RESCISÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO POR INEXECUÇÃO. APLICAÇÃO DE SANÇÕES PELA INEXECUÇÃO CONTRATUAL. DA RETOMADA, PELO PODER PÚBLICO, DA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.

Para apreciação do 1º pedido subsidiário formulado pelo MP em suas alegações finais, mister se faz consignar a existência dos autos da Ação Popular nº 2001.001.054107-0, em apenso à esta demanda, posto que, a presente foi distribuída por dependência.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Na aludida ação popular, que presentemente está em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, este juízo e a Corte Fluminense, quando da análise do mérito da demanda, já se manifestaram quanto à ineficiência da execução do contrato de concessão de transporte aquaviários, bem como em relação ao pleito de caducidade e retomada do serviço público pelo poder concedente.

Diante de tal fato, há que se reconhecer, em relação à tese de caducidade, o instituto da litispendência, na medida em que ainda não há trânsito em julgado da referida ação popular.

Tal situação jurídica impede este juízo de adentrar no mérito da retomada da concessão das linhas de transporte de serviço de passageiros pelo poder concedente, diante da precedente demanda em apenso, com sentença em grau de recurso.

Destaco que, muito embora tenha identidade de causa de pedir e de partes, no particular das ações coletivas, diante de suas especificidades, mormente em relação aos colegitimados a intentá-las, há que se reconhecer a litispendência parcial, mitigando-se a identidade de partes, ainda que o autor da ação popular seja diverso que o MP...

Em que pese não possa se adentrar no mérito da caducidade na presente demanda, restou a este juízo analisar se houve omissão estatal na fiscalização e aplicação de multa por parte do Poder Concedente.

...em relação aos pleitos de caducidade e retomada do serviço público
JULGO EXTINTO O FEITO com espeque no artigo 267, V, do CPC, em razão da litispendência”.

Em suas razões contrarrazões o Estado/ 1º Réu garante que a “*questão central*” debatida nesta Ação Civil Pública já restou julgada na Ação Popular.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Ora, de toda a narrativa feita até agora se tem a certeza de que na Ação Popular a declaração de caducidade foi dada pela inexecução do contrato e, por isso, a juíza sentenciante nessa Ação Civil Pública, quanto ao pedido aqui requerido para a rescisão do contrato de concessão com base no inadimplemento de obrigações, reconheceu a litispendência, e o processo, quanto a esse tocante, não poderia avançar o seu curso.

Ademais, a “questão central” na presente demanda, ao contrário do que defende o Estado do Rio de Janeiro em suas contrarrazões, não está relacionada à inexecução do contrato, mas sim às “*nulidades ínsitas à licitação*”.

Vale dizer, a discussão central que se trava nessa Ação Civil Pública diz respeito à anulação do contrato de concessão e não ao inadimplemento de obrigações.

A seguir se expõe as premissas da anulação:

“A anulação do contrato de concessão é decretada quando o pacto foi firmado com vício de legalidade.

Sua decretação, como é próprio do fenômeno anulatório, pode provir de decisão administrativa ou judicial, e os efeitos que reproduz são *ex tunc*, ou seja a partir da ocorrência do vício. Está prevista no artigo 35, V, da Lei de Concessões.

O que não se pode conceber é o prosseguimento da atividade, se esta decorre de um ajuste com vício de legalidade.

Presente o vício, há presumida lesão ao patrimônio, o que permite o ajuizamento da ação popular para postular-se a anulação do ajuste”.

(José dos Santos Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo, Editora Atlas, 25ª edição, 2012, p. 402/403)

Por conseguinte, se rejeita a preliminar de litispendência, tal como posta nas contrarrazões ofertadas pelo Estado/1º Réu.





Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

A segunda questão de cunho preliminar manejada pelo Estado em suas contrarrazões, e que também deixaria à mostra o descabimento processual da presente ação, seria a ausência, no polo passivo, do ente estatal de fiscalização do contrato de concessão (AGETRANSP), ou seja, afirma a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento regular do processo, conforme se depreende da afirmação abaixo (fls. 2.404-ejud//fls. 2.411 dos autos):

“E isto porque a ausência de réu necessário à discussão apresentada, por óbvio, obsta a análise dos pleitos do *Parquet*, tendo em vista a necessidade de se garantir a todas as partes o acesso à jurisdição de forma justa!”.

Ao contrário do que sustenta o Estado/1º Réu a inclusão da AGETRANSP no polo passivo não é providência imperiosa na hipótese dos autos.

In casu, a composição da relação processual se esgota com a presença do Estado do Rio de Janeiro e da empresa Barcas S.A, vale dizer, são estes os verdadeiros titulares da relação jurídica desta Ação Civil Pública.

Certo é que basta a presença do Poder Concedente no polo passivo.

O inaceitável seria a presença da agência estadual de fiscalização no polo passivo, sem estar acompanhada do Poder Concedente.

Rejeita-se, pois, a alegação de “*eliminação do devido processo legal*”.

Por fim, a terceira e última questão de cunho preliminar desfraldada pelo Estado/1º Réu nas contrarrazões: ausência de interesse de agir.

A alegação de falta de interesse de agir foi modelada pelo Estado com base no raciocínio que se segue (fls. 2.404-ejud//fls. 2.412 dos autos):



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

“Conforme claramente demonstrado, os pleitos ministeriais estão perfeitamente delineados nos referidos diplomas legais que embasam a sua irresignação...

Assim sendo, questiona-se: se tais diplomas legais se encontram em vigor; e se os pedidos requeridos pelo *Parquet* já se encontram dispostos no ordenamento jurídico; qual é a necessidade-adequação do ajuizamento deste instituto processual?!?.

Das assertivas acima, conclui-se que não haveria qualquer utilidade da tutela jurisdicional pleiteada na presente ação; motivo pelo qual a via eleita é obviamente inadequada (artigos 3º e 267, VI do CPC 73)!”.

Cumprе ressaltar que essa terceira questão preliminar, com precisão de motivação, foi objeto de apreciação e decisão pela juíza de 1º grau, de maneira que não se trata de matéria inédita à discussão sob exame.

“em relação aos pleitos de inibição do Estado do Rio de Janeiro em conceder serviços de transporte coletivo aquaviário sem licitação e para que a Concessionária ré forneça serviço de qualidade, julgo extinto o feito sem julgamento de mérito, com arrimo no artigo 269, VI do CPC, ante a falta de interesse/necessidade”.

Destarte, também essa terceira questão preliminar não prospera.

Encerra-se neste momento a análise das questões preliminares suscitadas pelo Estado/1º Réu em suas contrarrazões de fls. 2.404-ejud.

Parte-se, então, para as razões meritórias do Apelo interposto pelo Ministério Público contra a sentença de improcedência.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Consoante se extrai da fundamentação exposta nas razões de Apelo a irresignação do *Parquet* está baseada em duas premissas.

Uma delas é a imprestabilidade da prova pericial e, a outra, está relacionada ao que denominou de “*nulidades ínsitas à licitação*”.

Relativamente à deficiência do laudo pericial, sustenta o Apelante que ela advém do fato de o Perito do Juízo possuir especialidade unicamente em engenharia naval, delimitando o seu campo de análise por esta especialidade, deixando então de abordar “*o núcleo essencial do processo*”, qual seja, questões “*ínsitas à contratação ou relacionadas à inexecução contratual*”, que, segundo ele, demandam uma qualificação não de engenharia naval, mas de engenharia de transportes.

Assim sendo, sob a ótica do Ministério Público/Apelante, o laudo pericial não teria natureza científica, isto é, não teria sido objetivo.

Além do que, garante que o laudo pericial é viciado por outro tipo de deficiência: a parcialidade do Perito.

Acusa o *expert* do Juízo de ter pendido suas conclusões para os interesses de ambos os Réus, desprezando a imparcialidade com que deveria ter se pautado.

Cumprе ressaltar que a magistrada sentenciante não vislumbrou nenhuma deficiência no laudo pericial entregue pelo *expert* indicado pelo Juízo, o que significa dizer que não encampou a acusação do *Parquet* no sentido de que ele estaria viciado por crenças pessoais desfavoráveis à pretensão autoral.

Na verdade, os argumentos assacados pelo Apelante para fulminar o laudo pericial não passam de conjecturas desprovidas de comprovação.

Certo é que não se verifica nenhum traço tendencial em favor dos Réus nas afirmações contidas no laudo, bem como não se pode atribuir-lhe falta de objetividade, estando apto a cumprir sua função primordial, isto é, auxiliar o julgador na formação de



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

sua convicção e assim dar a solução jurídica que comporá o conflito de interesse a ele submetido.

Cumprê realçar que, embora o Ministério Público assevere que o laudo pericial é imprestável para a formação da convicção pelo magistrado, acaba por reconhecer que havia nos autos outros materiais probatórios hábeis para o exame das questões de fundo agitadas na petição inicial, ou seja, havia elementos de prova que permitiam a formação daquela convicção, conforme se constata do trecho a seguir transcrito (fls. 2.356-ejud//fls. 2.365 dos autos):

“Não obstante, o material probatório carreado aos autos é suficiente à apreciação judicial quanto às demais irregularidades apresentadas pelo Ministério Público, eis que ou ligadas a matérias de direito ou demonstradas por meio de laudo técnico de órgão oficial, imparcial e dotado da expertise necessária”.

Sendo assim, rejeita-se a alegação de imprestabilidade da prova pericial elaborada pelo expert do Juízo.

O segundo tópico da insurgência recursal envolve a existência de nulidades no processo de licitação que concedeu à empresa Barcas S.A, em 1998, a exploração do serviço de transporte de massa no modal aquaviário no Estado do Rio de Janeiro, e que levariam à própria anulação do Contrato de Concessão.

Registre-se que a sentença recorrida desacolheu o pedido de anulação do contrato de concessão:

“...não ocorreu aos autos prova de vício insanável no contrato de concessão de serviço público avençado



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

...em relação aos pleitos alusivos à nulidade contratual, multa e realização de licitação, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS, com arrimo no artigo 269, I do CPC”.



A primeira nulidade estaria, sob a ótica do Ministério Público, na estipulação do preço mínimo de transferência do controle acionário da CONERJ para a empresa Barcas S.A

Cumprе ressaltar que a desestatização da CONERJ se deu mediante a alienação das ações ordinárias nominativas do capital social ao novo controlador, com o pagamento da concessão ao Poder Concedente pela maior oferta, promovendo-se então a correspondente liquidação financeira no momento da assinatura do contrato.

O Edital de Venda da CONERJ fixou o preço mínimo conforme regramento fixado em sua cláusula 2.2 (fls. 153-ejud)

“2.2. PREÇO MÍNIMO.

2.2.1. O preço mínimo das ações ordinárias nominativas da CONERJ, representativas de 100% (cem por cento) do capital social da CONERJ, é de R\$ 28.400.000,00 (vinte e oito milhões e quatrocentos mil reais), aprovado pelo Decreto nº 23.929, de dezembro de 1997.

2.2.2. O preço fixo para o exercício do direito à implantação da linha seletiva especial destinada ao transporte de veículos de carga e/ou de passeio com embarcações do tipo ferry-boat é de R\$ 6.600.000,00 (seis milhões e seiscentos mil reais) a ser pago pelo novo grupo de controle, observado o disposto no item 3.8 do Edital de Venda”.

No Capítulo 7 do Edital de Venda constou uma “síntese da avaliação e justificava do preço” (fls. 252-ejud), com o seguinte teor:

LA

Página 15

Secretaria da Décima Quinta Câmara Cível
Rua Dom Manuel, 37 – 3º andar – Sala 336 – Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-090
Tel.: + 55 21 3133-6015 – E-mail: 15cciv@tjrj.jus.br
Apelação Cível, Processo nº 0000838-96.2004.8.19.0001





Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

“A avaliação econômico-financeira da CONERJ foi elaborada pelos Consultores Independentes com base em projeções de fluxo de caixa e análise comparativa.

As projeções utilizadas não devem ser tomadas como garantia de resultados futuros da CONERJ.

A avaliação da CONERJ considerou a data-base de 30/06/96 e um horizonte de 25 anos com três cenários de demanda para configurar uma ampla diferença de passageiros pagantes, permitindo uma amplitude de análise dos efeitos sobre a rentabilidade e o fluxo de caixa.

As tarifas atuais foram adotadas, permitindo-se variações para análise de sensibilidade.

A metodologia foi do fluxo de caixa descontado, adotando-se um valor residual dos bens reversíveis com base na avaliação patrimonial dos Consultores, referida à data-base.

Nesta metodologia determinou-se o valor econômico da empresa, representando a soma do caixa inicial na data-base, do valor presente do fluxo de caixa (compreendendo as operações, os investimentos mínimos necessários a um serviço adequado e uma estimativa do custo de indenização do pessoal atual) e do valor presente do valor residual.

Na projeção do fluxo de caixa considerou-se a redução da Contribuição Social e o I. Renda com os créditos passados (R\$ 13,7 milhões e 10,2 milhões respectivamente).

Para minimizar os efeitos da incerteza dos cenários, aplicou-se o conceito de probabilidade de ocorrência de cada um. Obteve-se uma faixa para o preço da empresa, que representa aquelas probabilidades de menores desvios em relação ao valor médio.

Associa-se ao fluxo de caixa gerado pelas operações uma taxa de desconto determinada pelo tipo de atividade econômica, risco e retomo proporcionados pelo empreendimento.

Neste caso, a taxa de desconto referendada foi de 12% a.a. para as linhas sociais e 15% para a nova linha Rio-Charitas, que se prevê esteja em



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

operação, em condições definitivas, até 24 (vinte e quatro) meses após a data de concessão.

O preço mínimo foi determinado mediante ajuste do valor económico, com base no valor de avaliação dos bens não operacionais (estaleiro Mangaratiba e imóveis do antigo estaleiro Rodrigues Alves e outro a AV. Rio Branco 10), das despesas de regularização de vários imóveis e do passivo contingente (fiscal e trabalhista)”.

A explanação acima sobre o preço mínimo fixado no Edital de Venda não convenceu o *Parquet*, que a considerou inadequada, vez que não teria retratado o valor patrimonial de mercado da CONERJ, por ter levado em conta unicamente as linhas de navegação que já estavam operando na ocasião da concessão (Praça XV-Praça Arariboia; Praça XV-Ilha do Governador; Praça XV-Ilha de Paquetá; Angra dos Reis-Ilha Grande; Mangaratiba-Ilha Grande), além daquela que futuramente faria a travessia Praça XV-Charitas.

Entende o Ministério Público que deveria também estar embutido no preço mínimo a exploração das seguintes linhas de navegação: Praça XV-Barra da Tijuca; Praça XV-Magé; Praça XV-São Gonçalo (social).

Assim sendo, o preço mínimo teria sido fixado de forma artificial.

A propósito, vale a pena transcrever a movimentação envolvendo a fixação do preço mínimo, segundo informou o Estado/1º Réu na contestação de fls. 725-ejud//fls. 594 dos autos:

“o Governador, então, aprovou o preço mínimo, por decreto, determinando a divulgação de todas as informações relativas ao negócio, incluindo os critérios para a fixação do preço mínimo, que, também, foi submetido ao órgão deliberativo das empresas (Lei nº 2.470/95, art. 9º e incisos VI e VII e art. 13), promovendo-se a licitação na forma da lei federal.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Trata-se de procedimento público, precedido de decreto justificador da opção, de audiência pública e da oportunidade de qualquer do povo apresentar impugnação aos seus termos.

Ao final, o processo foi todo submetido ao exame de auditores independentes, igualmente contratados mediante licitação (Lei n° 2.470/95, art. 6°, XV).

Remarque-se, ainda, o controle externo, a cargo do Tribunal de Contas e da Assembléia Legislativa do Estado, que não apontaram vícios na operação”.

Sublinhe-se, a magistrada sentenciante rebateu a tese de ambas as defesas no sentido de o Poder Judiciário estar impedido de revisar o contrato de concessão já submetido ao Tribunal de Contas.

De fato, a jurisprudência majoritária nas Cortes Superiores, bem como a doutrina, se inclinam para admitir que o Poder Judiciário revise as decisões dos Tribunais de Contas:

“(…) a tese defendida pela recorrente de que as condenações do Tribunal de Contas da União são infensas quanto a seu mérito, não encontra respaldo no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.
(STF, Ag Reg. no Recurso Extraordinário nº 929.159/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17/05/2016)

“(…) nenhuma lesão de direito poderá ficar excluída da apreciação pelo Poder Judiciário; qualquer decisão do Tribunal de Contas, mesmo no tocante à apreciação de contas de administradores, pode ser submetida ao reexame pelo Poder Judiciário se o interessado considerar que seu direito sofreu lesão; ausente se encontra, nas decisões do Tribunal de Contas, o caráter de definitividade ou imutabilidade dos efeitos inerentes aos atos jurisdicionais.”

(Odete Medauar, in Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas, Revista de Informação Legislativa, 1990. P.124/125)



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Em que pese a juíza de 1º grau entender que o Poder Judiciário está apto a rever as decisões oriundas dos Tribunais de Contas, acabou por afirmar que a não inclusão da exploração de algumas linhas de navegação na feitura do preço mínimo consistia uma questão sem importância no contexto da concessão em debate, porquanto não redundou em efetivo prejuízo aos cofres públicos, além do que o Edital de Vendas e o Contrato de Concessão foram examinados pelo Tribunal de Contas do Estado, que não objetou nenhuma mácula sobre quaisquer de suas disposições, de modo que a higidez do preço mínimo não poderia ser colocada sob suspeição.

Tanto o Estado do Rio de Janeiro quanto a empresa Barcas S.A. comungaram em suas respectivas contestações com esse entendimento da magistrada sentenciante, isto é, o *nihil obstat* concedido pelo TCE colocava um ponto final na discussão acerca do preço mínimo.

Ao revés, o Ministério Público veio aos autos sustentando que a alegada precisão e justiça do preço mínimo recebeu uma fulminante contrariedade, consubstanciada num Relatório de avaliação da privatização da CONERJ, confeccionado em 17/12/1999 pela Fundação COPPETEC, ligada à Universidade Federal do Rio de Janeiro, cuja cópia se encontra nos Anexos 17-ejud.

O citado Relatório constou do Procedimento Preparatório nº 333/2000 (Anexos 17) instaurado pelo Ministério Público, o qual instrui a presente Ação Civil Pública já no momento de sua distribuição por dependência à Ação Popular nº 0056005-06.2001.8.19.0001//2001.001.054107-0.

Nele foram feitas observações críticas ao preço mínimo que foi estabelecido no Edital de Venda.

Confira-se:

“4 - O PREÇO MÍNIMO ESTABELECIDO.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

O preço mínimo estabelecido para a desestatização dos serviços de transporte marítimo de passageiros e de veículos no Rio de Janeiro assim se decompõe:

- valor das ações ordinárias, nominativas, representativas de 100% do capital social da CONERJ: R\$ 28,4 milhões;
- valor da outorga da concessão de exploração da linha ferry boat entre a Ilha do Fundão e São Gonçalo: R\$ 6,6 milhões.

Esse preço mínimo resultou da avaliação econômica da CONERJ, considerando as linhas atuais e mais, a seletiva, entre Praça XV e Charitas.

Não abrangeu, portanto, as três novas linhas seguintes : Praça XV-Barra da Tijuca (seletiva); Praça XV-Guia de Piracicaba (social) e Praça XV-São Gonçalo (social).

Os preços mínimos estabelecidos são irrisórios e decorrem da adoção de critérios e parâmetros muito conservadores, em alguns casos equivocados ou no mínimo, de validade questionável”.

Note-se, a fixação do preço mínimo na hipótese dos autos adquire uma relevância ainda maior diante do fato de apenas um Consórcio ter se apresentado para assumir a concessão.

Aliás, a apreensão aos argumentos que levaram à fixação do preço mínimo apurado pela Consultoria contratada pelo estado do Rio de Janeiro foi objeto de outras passagens no referido Relatório, seja no tocante às projeções de receita, às estimativas de custos futuros, à “taxa de desconto utilizada para o cálculo do valor Presente dos saldos de caixa”, à adoção do componente “risco Brasil” e à taxa média ponderada de crescimento da demanda de usuários durante todo o prazo de concessão.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

No mencionado Relatório foi ressaltado de forma contundente que o preço mínimo de venda da concessão da CONERJ não primou pelo rigor que se esperava (Anexos 17):

“Embora houvessem sido pré-qualificados um número expressivo de participantes, no leilão realizado dia 05/02/98, compareceu apenas um grupo composto pelas seguintes empresas:

- Auto Viação 1001 Ltda.
- Construtora Andrade Gutierrez S.A.
- RJ Administração e Participações S/A.
- Wilson Sons DE Administração e Comércio Ltda. (participante técnico)

O lance dado correspondeu ao preço mínimo estabelecido no Edital, que, como se viu, foi muito baixo, e sua determinação não encontra uma justificativa satisfatória.

Na realidade está-se diante de uma situação em que o patrimônio e o interesse públicos não foram devidamente resguardados”.

Certo é que, quando o valor do objeto da concessão é estipulado em desfavor da Administração Pública, se abre a hipótese de nulidade da contratação, conforme comenta a doutrina:

“ Toda a contratação de compra, obra, serviço ou alienação por órgão ou entidade da Administração Pública brasileira deve advir de um processo, entendido este como o conjunto de atos e procedimentos racionalmente ordenados, que devem ser praticados e lançados em uma base jurídica formal (os autos do processo), com o objetivo de produzir um resultado de interesse público.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Tratando-se de processo de contratação, esse resultado será o de obter-se o objeto – a compra, a obra, o serviço ou a alienação – sob condições, inclusive de preço, que sejam vantajosas para a Administração, segundo houver sido demonstrado nos autos do processo.

Segue-se ser sumamente grave ato que contrarie, ignore, inverta, suprima ou negligencie qualquer dos passos que integram o processo legal da contratação, sobre ser contrário à opção traçada pela Constituição da República”.

(Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti, in Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação, Editora Nova Dimensão Jurídica Ltda, 1ª edição, 2012, p. 79/80)

Adentra-se nesse momento ao tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Socorre-se aos ensinamentos doutrinários mais uma vez:

“A atividade regulatória envolve, essencialmente, a função discricionária de eleger os meios técnicos adequados ao atendimento das finalidades previstas em lei...

A importância em localizar onde se situa a discricionariedade está na possibilidade de sindicar, que é plena enquanto se verifica se atendido o princípio da legalidade, vedado ao Judiciário se substituir no juízo privativo do administrador...

A dificuldade do controle da discricionariedade está no fato de exigir uma precisão incompatível com a subjetividade a ela inerente; nem sempre tais juízos são reduzidos a conceitos técnicos, científicos ou de experiência...

É a finalidade da norma, e não a intenção do agente, que autoriza o exercício da discricionariedade, dada a impossibilidade de o legislador



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

definir, casuisticamente, todas as situações de atendimento do interesse público; a inobservância dessa finalidade caracteriza '*desvio de poder*', o que pode ser apreciado em controle posterior.

É um controle do elemento finalidade do ato e não a valoração do administrador, no que concerne à conveniência e oportunidade; ao Judiciário cabe dar a última palavra acerca do preenchimento do requisito finalidade da norma.

Daí se falar em controle da moralidade, da realidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica.

Tal controle, no entanto, não é da conveniência, mas de legalidade, não se autorizando o Judiciário a revogar um ato mas, apenas, anulá-lo, quando ilegal”.

(Marcus Juruena Villela Souto, in Direito Administrativo Regulatório, Editora Lumen Juris, 2002, p. 356, 357, 358, 262).

Tomando por base os comentários acima, é indiscutível que na hipótese em concreto se depara com uma situação em que a finalidade da norma jurídica (atendimento do interesse público pela boa prestação do serviço) não foi atingida porque o preço de alienação não correspondeu ao patamar justo.

Daí que é perfeitamente possível se exercer o controle da discricionariedade da Administração na fixação do preço de venda da CONERJ.

Em outras palavras, é possível se fazer *in casu* o controle de legalidade e, conseqüentemente, se pode decretar a anulação do contrato de concessão, por contraverter a ordem jurídica.

Examinando a controvérsia pelo ângulo específico da Lei nº 8.987/1995 (dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal), tem-se que o inciso II do artigo 15 impõe seja



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

considerada, quando do julgamento da licitação da concessão, a regra da melhor oferta quando ela ocorre com pagamento da Concessionária ao Poder Concedente:

“Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

(...)

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão”.

No caso *sub examine* não era de se exigir a maior oferta, vez que apenas uma concessionária se candidatou ao certame.

Entretanto, era de ser exigido que a oferta representasse uma avaliação econômico-financeira justa e abrangente de todo o patrimônio da CONERJ existente à época da concessão.

Não importa que se possa ou não deduzir do parágrafo 2º da Cláusula 41 do Contrato de Concessão que algumas linhas de navegação seriam de funcionamento facultativo ou de ativação opcional.

A simples circunstância de se facultar à Concessionária o funcionamento delas futuramente impunha que fossem elaborados desde já 02 (dois) cálculos para o preço de venda: um deles correspondendo às rotas de navegação obrigatória; e outro correspondendo às rotas de navegação facultativas, obviamente de caráter estimativo, levando em consideração a realidade do saldo receita/custo vigente para elas no momento da celebração do Contrato de Concessão.

Não se pode olvidar, o preço de venda de uma concessão é o seu item decisivo e, nessa trilha, deve ser ele explicitado em todas as suas hipóteses.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Acrescente-se que a licitação se norteia por fundamentos e princípios que delineiam todo o seu procedimento.

Assim, quando o preço de venda não expressa uma fixação de todas as hipóteses que ele pode atingir, se fere de chofre o fundamento de que a licitação deve proporcionar igualdade de oportunidades.

Quando todas as hipóteses de preço de venda da concessão são desde já estampadas, maior se torna a possibilidade de a Administração obter melhores condições de contratação, ao mesmo tempo em que impede sejam os licitantes surpreendidos por “*qualquer conduta astuciosa e eivada de malícia*” (apud José dos Santos Carvalho Filho), que caracteriza o princípio do julgamento objetivo, além de influir na competitividade entre os interessados, que caracteriza o princípio da competitividade.

Ademais, não se perca de vista a destinação dos recursos obtidos com a desestatização da CONERJ.

A cláusula 1.2.6 do Edital de Venda PED/ERJ nº 03/97-CONERJ, delimitou:

“A destinação dos recursos provenientes da alienação das ações objeto deste EDITAL será aquela prevista no artigo 2º da Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, com a redação dada pela Lei nº 2.552, de 10 de maio de 1996, bem como aquela que, com base na referida Lei, será posteriormente deliberada pela CD/PED”.

Por sua vez, prescreveu o inciso I do artigo 2º da Lei Estadual nº 2.470 de 1995, com a redação dada pela Lei Estadual nº 2.552/1996:



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

“Art. 2º - Os recursos em moeda corrente oriundos do Programa Estadual de Desestatização e que couberem ao Estado serão utilizados após a dedução das despesas inerentes aos respectivos processos de privatização, em consonância com a seguinte alternativa:

I - primordialmente, alocados no Fundo de Mobilização Social - FMS -, sendo autorizada a sua criação, estruturação, composição, administração, modificação e extinção por Decreto do Poder Executivo e destinados a empreendimentos exclusivamente nas áreas de educação, segurança, saúde pública e infra-estrutura em geral, saneamento básico, transporte de massa, recuperação e construção de vias e rodovias, obras de prevenção e defesa contra inundações, ciência e tecnologia, assentamentos rurais, o setor energético e portuário previstos no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e no Orçamento do Governo do Estado; (Nova redação dada pela Lei 2552/96”.

Destarte, a fixação do preço de venda da CONERJ não era assunto que se poderia deixar ao talante das partes contratantes, pois sobre ele pairava interesse público, por haver interesse social subjacente em benefício da população do Estado do Rio de Janeiro, na medida em que o valor arrecadado com a Concessão tinha destinação carimbada: para a educação, saúde, segurança, etc.

Sublinhe-se, a doutrina trata da discussão relativa ao interesse público quando do exame das propostas dos licitantes.

“Os critérios de elaboração do edital envolvem o exercício do poder discricionário do administrador, mas tal competência discricionária tem por objeto a integração da norma pelo administrador, com vistas ao atendimento de uma finalidade de interesse público que não foi nela previsto (ou não foram empregados termos precisos), ou, como no caso concreto, não foram identificados os pressupostos ou instrumentos adequados à obtenção do melhor resultado para a coletividade.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

O Judiciário poderá sempre verificar a existência dos motivos alegados, a sua suficiência e pertinência em relação ao objeto do ato praticado, que deve ser lícito, possível e adequado, praticando-se ato razoável à luz dos conceitos comumente aceitos.”

(Marcos Juruena Villela Souto, in Direito Administrativo Contratual, Editora Lumen Juris, 2004, p. 198)

Sendo assim, uma vez que a fixação do preço de venda não observou exigência legal, isto é, a obrigação de selecionar proposta vantajosa para a Administração (artigo 3º da Lei nº 8.666/1993), se impõe, conseqüentemente, a nulidade da concessão.

O segundo tópico, ou a “*segunda ilegalidade flagrante*” do procedimento licitatório que resultou na constituição da empresa Barcas S.A. e, sob a ótica do Apelante, compõe o item das razões recursais intitulado “*nulidades insitas à licitação*”, é o fato de a minuta do Contrato de Concessão, que acompanhou o Edital de Venda, não corresponder exatamente à sua versão final.

Isto é, o Contrato de Concessão que foi efetivamente celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a empresa Barcas S.A contou com algumas modificações em relação à versão que foi apresenta com o Edital.

Assegura o Ministério Público/Apelante que na versão definitiva do Contrato de Concessão foram acrescentados significativos benefícios à Concessionária Barcas S.A.

A imputação é realmente grave e, se confirmada, enseja igualmente o exercício do controle de discricionariedade.

Note-se, a alegação da existência de tais “*benefícios*” é feita com base no indigitado Relatório da Fundação COPPETEC, no qual se asseverou:



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

“Algumas divergências foram efetivamente encontradas entre o texto do contrato proposto no edital e o contrato formalizado após o leilão”.
(Anexos 17)

A divergência apontada caracteriza uma violação ao princípio da vinculação do instrumento convocatório.

Sobre tal afronta disserta a doutrina.

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados.

Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos.

Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância.

Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração.

E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa”.

(José dos Santos Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo, Editora Atlas S.A, 25ª edição, 2012, p. 244)”

“Nas licitações, o edital é a síntese de um processo de modelagem pelo qual se pretende estabelecer a regulação de um determinado segmento.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Cria-se, pois, um ato geral, ao qual os atos de execução devem obediência, por força do princípio da segurança jurídica.

Representa, na verdade, um exercício acerca da fixação da noção de eficiência por critérios que substituem o mercado (sendo uma fórmula em transição para a regulação promotora do mercado).

Como “*lei*” interna da licitação, na qual se expressa o desejo de eficiência formulado pela Administração em relação aos proponentes, não se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital; ali estão fixadas as condições em que devem ser elaboradas as propostas cabendo, portanto, julgá-las em estrita conformidade com tais condições”.

(Marcos Juruena Villela Souto, in Direito Administrativo Regulatório, Editora Lumen Juris, 2002, p. 192)

“A vinculação ao edital significa que a administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato.

Em outras palavras, estabelece as regras do certame, tornam obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora.

Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital o modo e forma de participação dos licitantes, bem como as condições para a elaboração das ofertas e, no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento ou no contrato, se afastasse do estabelecido e admitisse a documentação e propostas em desacordo com o solicitado”.

(Hely Lopes Meirelles, in Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros, 11ª edição, p. 31)



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

No Relatório da Fundação COPPETEC se fez uma comparação entre os termos da minuta do contrato proposta no Edital e os termos do Contrato de Concessão que veio a ser celebrado, traduzida na forma de um quadro sinótico (Anexos 17).

Além dessa comparação, o Sr. Perito do Juízo elaborou um parecer sobre as alterações promovidas, cuja transcrição para esta decisão é indispensável:

“PARECER.

Algumas das alterações executadas no contrato assinado pelas partes somente aclaram o originalmente previsto no contrato do edital.

Este é o caso da Cláusula 2ª, Cláusula 10, Cláusula 12 incisos Primeiro e Segundo e Cláusula 14 caput.

As demais alterações apresentam diferentes graus de relevância e são comentadas a seguir.

Com respeito à Cláusula 13 na versão original, segundo o caput, a condição básica para o reajuste das tarifas dos serviços sociais, incluindo as da 1ª classe, é que seja feito a cada 12 (doze) meses e com base na fórmula paramétrica do Anexo IV. Pela versão assinada define-se o período de reajuste de modo ambíguo, beneficiando a CONCESSIONÁRIA, pois no parágrafo único introduzido estabeleceu-se que essas tarifas serão reajustadas no menores intervalos possíveis dentro do permitido pela legislação federal pertinente, mas de imediato também se contempla a possibilidade de que a CONCESSIONÁRIA e a ASEP acordem intervalos maiores, sem que conste no texto dessa cláusula nenhum esclarecimento sobre as motivações válidas e as regras para esta possibilidade.

Com respeito à Cláusula 14, na versão original não se contempla a possibilidade de compensação direta, ou outra alternativa dessa natureza, no caso de revisão do valor das tarifas. Como se comentará



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

adiante, com mais detalhe, esta possibilidade introduzida no Contrato assinado pode eventualmente gerar indenizações indesejadas que onerem os cofres públicos pois nesse Contrato não estão especificados prazos para o pronunciamento da ASEP e do Poder Concedente quanto a eventuais solicitações da CONCESSIONÁRIA sobre reajustes e revisões.

Com respeito à Cláusula 15, a versão assinada melhora a original pois incorpora explicitamente que o PODER CONCEDENTE têm o direito de receber o valor de R\$ 6.600.000.00 (seis milhões e seiscentos mil reais), relativo à implantação da Linha Seletiva Especial, na forma e nos termos do item 3.8 do Edital de licitação 03/97 PED-RJ. Além disso, corretamente estabelece a necessidade de dar apoio à CONCESSIONÁRIA nos entendimentos junto a outros Entes Públicos, para a implantação e execução dos projetos destinados à manutenção e melhora na prestação do serviço público.

Com respeito à Cláusula 16, a versão assinada estabelece a contrapartida da reforma da Cláusula anterior, ao impor contratualmente como obrigação da CONCESSIONÁRIA o pagamento já mencionado.

Com respeito à Cláusula 24, a versão assinada inclui explicitamente um direito fundamental da CONCESSIONÁRIA, o que pode se considerar positivo no sentido da legalidade que contratualmente deve ser respeitada.

Com respeito ao Anexo IV, item 4, a versão assinada introduz um limite para a tarifa da Primeira Classe, em função da tarifa básica da linha respectiva. Porém, mesmo sendo desejável o estabelecimento de um limite, a possibilidade de ter um valor até cinco vezes o básico merece ser estudado com maior detalhe dentro da sistemática tarifária.

As alterações, entretanto, por menos relevantes que sejam, devem ser examinadas por advogado especializado, pois, em princípio configuram irregularidade no procedimento e ato de outorga”.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Vê-se da transcrição acima que é incontestável a existência de diferenciações entre o contrato apresentado com o Edital de Venda e o contrato que acabou sendo assinado pelas partes, sendo certo que tal alteração é repelida pelo ordenamento jurídico, transfigurando, pois, nulidade que conduz à anulação do Contrato de Concessão em apreço.

É importante realçar que o contexto que se apresenta nestes autos, isto é, em que ocorreu uma inovação em relação ao acordado anteriormente, difere daquele contexto disposto no artigo 65 da Lei nº 8.666/1993, que prevê a possibilidade de alteração dos contratos submetidos a este diploma legal com vistas à manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Derradeiramente, passa-se ao terceiro tópico que, segundo expõe o Apelante em suas razões recursais, comporia o quadro de nulidades da licitação: outorga de uma nova linha de navegação – Praça XV-Arariboia, modalidade seletiva – por meio de um Decreto Estadual (nº 28.177/2001), sem que tivesse sido relacionada no Edital de Venda ou no Contrato de Concessão.

Cumprê destacar que esse tópico – inexistência de autorização de novas linhas de navegação - constou da narrativa da petição inicial como se segue:

“Em virtude das reformas ocorridas na Ponte Presidente Costa e Silva (Ponte Rio-Niterói), o Governo do Estado, ao arripio da CF/88 e da lei federal que trata das concessões no serviço público, publicou Decreto nº 28.177/01, autorizando a BARCAS S.A. a explorar o serviço de transporte seletivo entre a Praça XV-Arariboia (que não é objeto de concessão), sem a realização de prévio certame licitatório”.

Por conta disso requereu o Ministério Público antecipação de tutela e pedido no mesmo sentido:



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

“se abstenha de delegar o serviço público de transporte coletivo aquaviário senão após prévio procedimento licitatório, anulando-se aquelas delegações de serviço público de transporte aquaviário não precedidas de licitação e aquelas que, porventura, não tenham ainda entrado em operação”.

A magistrada sentenciante considerou que esse pedido era genérico, devendo ser feito caso a caso o controle judicial da atuação do Estatal nesse tocante, julgando extinto o processo sem resolução do mérito por falta de interesse (artigo 267, inciso VI, do CPC/1973).

Ainda mais, acrescentou a julgadora *a quo*, a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional previam hipóteses de dispensa de licitação (regime de autorização).

Realmente, o artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 elenca as hipóteses de dispensa da licitação, prevendo em seu inciso IV as situações emergenciais.

Entretanto, para além do argumento da magistrada de 1º grau, que realmente procede, cumpre ressaltar que a atitude do Governo do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar por meio do Decreto nº 28.177, de 20/04/2001, a exploração pela Barcas S.A. da linha de navegação entre a Praça XV-Arariboia, do tipo seletivo (“*destinada a usuários de renda média e alta, utilizando embarcações de velocidade superior a 15 nós, com ar condicionado e conforto para os usuários superior ao oferecido pelas linhas sociais*”), representou a solução encontrada para o enfrentamento de uma situação inegavelmente emergencial, com vista a aumentar a oferta do serviço de transporte aquaviário na Baía de Guanabara àqueles que transitam entre Rio e Niterói: obras na Ponte com sérios reflexos no trânsito tanto da cidade do Rio de Janeiro quanto na cidade de Niterói.

Sublinhe-se o caráter emergencial e provisório da autorização, questionada pelo *Parquet*, que veio estampado na justificativa do aludido Decreto:



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

“Considerando a necessidade de prestação provisória do referido transporte marítimo seletivo, pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, até que a Secretaria de Estado de Transporte realize e ultime o respectivo certame licitatório, a fim de que seja outorgada em caráter definitivo a concessão da prestação do referido serviço de transporte marítimo na modalidade seletiva entre Niterói e Rio de Janeiro”.

Sobre a dispensa de licitação em situações de emergência disserta a doutrina:

“As situações de emergência são de valoração subjetiva do administrador, não cabendo tal avaliação nem ao Poder Legislativo (e seu auxiliar técnico, o Tribunal de Contas), nem ao Poder Judiciário.

Entretanto, tal situação há que estar baseada em fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a exceção.

Sobre esses fatos é que poderá incidir o controle, verificando-se a existência ou não do dano ou ameaça e a adequação das medidas adotadas (princípios da realidade e da razoabilidade).

O estado de emergência só se caracteriza quando ocorre ameaça de dano *ad rem* e *ad personam* por ato ou fato ligado à coisa de onde ela se irradia.

Há, pois, que se vislumbrar se há risco à incolumidade de pessoas ou coisa”.

(Marcos Juruena Villela Souto, in Direito Administrativo Contratual, Editora Lumen Juris, 2004, p. 101).

Em virtude dessas considerações, esse terceiro tópico, ao contrário do que apregoa o Ministério Público/Apelante, não materializa mais uma nulidade “*ínsita à licitação*” de concessão da CONERJ, mesmo porque, como já enfatizado, é uma questão específica, que não fez parte do Edital ou do Contrato de Concessão.





Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Saliente-se, de toda a explanação contida na fundamentação meritória da presente decisão se conclui que a validade da concessão em favor da empresa Barcas S.A. não se sustenta juridicamente, vez que padece de ilegalidades.

Ilegalidades estas relativas à fixação do preço mínimo no Edital de Venda (vício na licitação) e à falta de correspondência entre o teor da minuta do contrato apresentado com o Edital e o contrato efetivamente pactuado (vício na contratação).

Assim é que, por estes dois aspectos, a licitação instaurada com a finalidade de instrumentalizar o processo de desestatização da CONERJ, materializado no contrato de concessão, contém vícios que redundam em sua anulação ou invalidação.

Considerando o significado do termo “anulação” sob o viés do Direito Administrativo, afirma o doutrinador Marçal Justen Filho:

“A nulidade configura-se quando se ofende norma que tutela os interesses fundamentais”.

E acrescenta o mesmo autor:

“A invalidade configura-se apenas quando a forma ou o conteúdo do ato infringe o modelo normativo, que não comporta solução equivalente àquela expressa ou implicitamente imposta.

Mas o efetivo descompasso entre o ato concreto e a disciplina normativa abrange situações de diversa ordem, com efeitos jurídicos distintos.

A hipótese de menor gravidade consiste na irregularidade incapaz de lesar valor ou interesse jurídico.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Como visto, a invalidação do ato depende não apenas da mera desconformidade com a disciplina jurídica.

É indispensável que tal incompatibilidade seja a via para infringir valores e interesses tutelados juridicamente”.

(In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p.468)

E, como já restou bem nítido na fundamentação da presente decisão, no caso concreto foi ofendida norma que tutela interesse público, com alto grau de danosidade.

É proveitoso que neste momento se dê realce às observações do jurista Marçal Justen Filho quanto ao significado da “anulação” no campo específico do Direito Administrativo:

“No Direito Administrativo, não se utiliza a expressão “*anulação*” com acepção idêntica à terminologia técnico-jurídica adotada no direito privado.

No direito privado, “*anulação*” é pronuncia de vício de anulabilidade.

Aplicando a terminologia com rigor técnico, não se “*anula*” o ato “*nulo*” mas o “*anulável*”.

O ato “*nulo*” é “*declarado nulo*” ou “*nulificado*”.

Essas distinções não são usuais no Direito Administrativo.

Nesse campo, utiliza-se genericamente a expressão “*anular*”, mesmo quando o vício caracterizar “*nulidade*”.

A expressão é aplicada para descrever a conduta de reconhecer a existência de um vício e de proclamá-lo.”

(In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, 2005, p. 464)



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

A propósito, a Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões) diz em seu artigo 35, textualmente, que a anulação acarreta a extinção da concessão.

Aliás, a cláusula 30 do Contrato de Concessão repete, *ipsis litteris*, o teor do referido artigo 35.

“Cláusula 30 - As concessões para exploração dos serviços regulados por este Contrato considerar-se-ão extintas, observadas as normas legais específicas:

- I. Pelo advento do termo final do Contrato;
- II. Pela encampação dos serviços;
- III. Pela caducidade;
- IV. Pela rescisão unilateral ou bilateral;

V. Pela anulação;

VI. Em caso de falência ou extinção da CONCESSIONÁRIA, salvo se comprovada a possibilidade de continuação do serviço, a critério exclusivo do PODER CONCEDENTE”.

Pois bem, tal anulação, em razão de ilegalidades que viciam a Edital de Licitação, viciam igualmente os atos dele decorrentes, ou seja, a celebração do Contrato de Recessão. É o que diz tanto a jurisprudência quanto a doutrina:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO DE EDITAL. ILEGALIDADES. ADJUDICAÇÃO SUPERVENIENTE. PERDADE OBJETO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO.

1. O mandado de segurança voltou-se contra ilegalidades que viciavam o edital do certame, motivo pelo qual superveniente adjudicação não dá



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

ensejo à perda de objeto - pois é evidente que, se o procedimento licitatório é eivado de nulidades de pleno direito desde seu início, a adjudicação e a posterior celebração do contrato também o são (art. 49, § 2º, da Lei n. 8.666/93).

2. Entendimento diverso equivaleria a dizer que a própria Administração Pública, mesmo tendo dado causa às ilegalidades, pode convalidar administrativamente o procedimento, afastando-se a possibilidade de controle de arbitrariedades pelo Judiciário (malversação do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente).

3. Recurso especial não provido”.

(STJ, REsp nº 1.059.501/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 18/08/2009)

“Há que se observar que a ilegalidade no procedimento da licitação vicia também o próprio contrato, já que aquele procedimento é condição de validade deste; de modo que, ainda que a ilegalidade da licitação seja apurada depois de celebrado o contrato, este terá que ser anulado”.

(Maria Sylvania Zanella di Pietro, in Direito Administrativo, Editora Atlas, 21ª edição, 2008, p. 259)

Uma vez concluído que o procedimento licitatório de desestatização da CONERJ, e por tabela o contrato de concessão, são passíveis de anulação, caminha-se a discussão para os efeitos que dela se sucedem.

Como se sabe, quando se trata de anulação de ato administrativo, a declaração de nulidade opera retroativamente, vale dizer, os efeitos são *ex tunc*.

“Anulação, que alguns preferem chamar de invalidação, é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.

Como a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz efeitos retroativos à data em que foi emitido (efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir de então)”.

(Maria Sylvania Zanella di Pietro, in Direito Administrativo, Editora Atlas, 21ª edição, 2008, p. 223)



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

“O contrato administrativo, já formalizado, pode ser extinto através de:
(...)

c) Anulação: o contrato deve ser extinto quando se verificar a presença de uma ilegalidade, como, por exemplo, o contrato sem o prévio procedimento licitatório. Nesse caso, a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”.

(Fernanda Marinela, in Direito Administrativo, 6ª edição, Editora Impetus, 2012. p. 475)

No âmbito da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) não há dispositivo específico quanto aos efeitos temporais da anulação.

Eles existem na Lei de Licitação (artigo 59 da Lei nº 8.666/1993):

“Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”.

Além desse efeito temporal retroativo existe outro efeito decorrente da nulificação: a reposição ao *status quo ante*.

A Lei nº 8.987/1995 dispõe que a extinção da concessão, por quaisquer das hipóteses elencadas no artigo 35 (I - *advento do termo contratual*; II - *encampação*; III - *caducidade*; IV - *rescisão*; V - *anulação*; e VI - *falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual*), acarretará o seguinte consectário (§ 2º do artigo 35):



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

“§ 2º . Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

A “*imediata assunção*” é, pois, uma disposição cogente, e deve perdurar até a efetivação de nova licitação para a escolha de novo Concessionário, procedimento este que se revela aqui ainda mais obrigatório.

Isso porque não cabe no caso em comento aventar a hipótese de o Poder Público voltar a executar ele próprio o serviço de transporte aquaviário, tendo em vista que a concessão em discussão se deu por ter sido incluída no Programa Estadual de Desestatização pelo Decreto Estadual nº 21.985, de 16/01/1996, dentro dos objetivos traçados pela Lei Estadual nº 2.470, de 28/11/1995.

Além do mais, registre-se que tal assunção não está condicionada à prévia indenização; dimana do artigo 35 da Lei de Concessão (§ 2º) que eventual indenização à Concessionária virá após a realização dos “*levantamentos e avaliações necessários*”.

Destaque-se que a doutrina aborda a referida “*imediata assunção*” com o seguinte comentário:

“...A assunção, nesse caso, independe de qualquer previsão editalícia ou contratual, vez que expressamente determinada pelo §2º do art. 35 da mencionada lei federal.

Contudo, se a Administração Pública então concedente nada fizer no sentido da retomada do serviço público concedido, não pode o concessionário, em razão do princípio da continuidade do serviço público, paralisar sua execução”.

(Diógenes Gasparini, in Direito Administrativo, 9ª Edição, Editora Saraiva, 2004, p. 341)



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Feito esse parêntesis, é de se fixar em duas questões: o prazo que terá o Poder Concedente para a realização de nova licitação e o termo *a quo* de sua contagem.

Note-se, a Lei de Concessões silencia quanto à imposição ao Poder Público de um prazo para que venha a efetivar a nova licitação, após ser decretada a extinção judicial da concessão, na hipótese de anulação. E nem se pode socorrer da Lei de Licitações, já que ela não estipula um prazo de duração do processo licitatório.

De toda sorte, na Lei de Concessões está previsto um prazo para a “*organização das licitações*” quando se tratar de concessão em caráter precário, com prazo vencido e em vigor com prazo indeterminado.

“Lei nº 9.987/1995:

Art. 42.

§ 2º. As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses”.

Sendo assim, o próprio legislador fornece o norte inspirador do prazo para que o Poder Público ultime a realização dos levantamentos e avaliações que devem ser feitos visando à nova licitação e, conseqüentemente, à outorga de nova concessão.

Nessa trilha, disporá o Estado do Rio de Janeiro do prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses para efetivar a nova licitação.



Poder Judiciário Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Décima Quinta Câmara Cível

Resta, então, fixar o termo inicial da assunção imediata da concessão pela Administração Pública.

Ora, a cominação ao Estado do Rio de Janeiro de um prazo limite de 02 (dois) anos para que a realização de nova licitação é uma típica obrigação de fazer e, por isso mesmo, ela se constitui com o trânsito em julgado, quando então a presente decisão jurisdicional se torna imutável.

De toda a narrativa aqui lançada deflui que é dado provimento parcial ao Apelo interposto pelo Ministério Público/Autor, para reformar a sentença unicamente na parte em que ela julgou improcedente os pedidos de nulidade contratual e realização de nova licitação.

Ante o exposto, Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL DO APELO, para JULGAR PROCEDENTE EM PARTE OS PEDIDOS FORMULADOS NA PETIÇÃO INICIAL, declarando a nulidade do procedimento de licitação e, conseqüentemente, do contrato de concessão celebrado pelas as partes, com a assunção do serviço pelo Poder Concedente, na forma do disposto no parágrafo 2º do artigo 35 da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões), a partir do trânsito em julgado, determinando, por fim, a realização de novo certame, referente ao mesmo objeto, no prazo máximo de 02 (dois) anos, mantida a sentença, quanto ao mais, tal como disposta em sua parte dispositiva.

Rio de Janeiro, 09 de maio de 2017.

JACQUELINE LIMA MONTENEGRO
Desembargadora Relatora