



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

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

Embargado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATORA: JACQUELINE LIMA MONTENEGRO

OPOSIÇÃO DE DOIS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO, EMBORA SE FAZ NECESSÁRIA A INTEGRAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO PARA EXPANDIR A SUA FUNDAMENTAÇÃO, DIANTE DAS QUESTÕES SUSCITADAS NOS ACLARATÓRIOS, BEM ASSIM PARA A CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL. PROVIMENTO PARCIAL DE AMBOS OS RECURSOS, SEM, CONTUDO, MODIFICAÇÃO DO RESULTADO DO JULGAMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes Embargos de Declaração, nos autos de Apelação Cível, processo nº 0000838-96.2004.8.19.0001, em que é 1º Embargante o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em que é 1ª Embargante BARCAS S.A. TRANSPORTES MARÍTIMOS e 2º Embargante o





ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de seus votos, DAR PARCIAL PROVIMENTO tanto aos Embargos opostos pela 1ª Embargante quanto aos Embargos interpostos pelo 2º Embargante.

Ж

Grife-se, foram opostos 02 (dois) Embargos de Declaração contra o acórdão de fls. 2.492-ejud, sendo o primeiro deles (fls. 2.579-ejud), pelas Barcas S.A. Transportes Marítimos, e o segundo pelo Estado do Rio de Janeiro (fls. 2.604-ejud).

I - DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA 1ª EMBARGANTE - BARCAS S.A. TRANSPORTES MARÍTIMOS (FLS. 2.579-EJUD).

Opõe a 1ª Embargante seus aclaratórios consubstanciando-se nas seguintes proposições:

- 1) nulidade do acórdão embargado por julgamento *extra petita*;
- 2) omissão em relação à concretização da prescrição do direito de anulação da licitação e do contrato de concessão;
- 3) omissão na apreciação de fatos e dispositivos legais por ela deduzidos e que redundaram na conclusão distorcida de que a





anulação da licitação não redundaria em prévia indenização;

- 4) presença de obscuridade relativamente à anulação da venda do controle acionário da CONERJ para a Embargante em decorrência da anulação do procedimento licitatório e do contrato de concessão.

Parte-se então para a análise do primeiro tópico da insurgência da 1ª Embargante: alegação de que o julgamento proferido deve ser anulado, porquanto seria *extra petita*.

Sustenta a 1ª Embargante que o acórdão embargado inovou ao decretar a nulidade do contrato de concessão (*extra petita*), em consequência da nulidade da licitação, contudo, tal pleito não teria sido formulado na petição inicial.

Sublinhe-se, o tema da nulidade do contrato não foi trazido de forma inovadora por esta Relatora à discussão travada nestes autos.

Observe-se que na fundamentação da sentença (fls. 2.298-ejud) a magistrada que a prolatou se manifestou sobre a “*nulidade*” do contrato de concessão nos termos seguintes:

“Em relação à insurgência autoral de **nulidade do contrato** por discrepância do preço mínimo da concessão, por não levar em conta a exploração de linhas relacionadas no inciso II, da Cláusula 41 do contrato de concessão (Praça XV - São Gonçalo; Praça XV - Guia de Pacobayba/Magé; Praça XV - Barra da Tijuca e Rio de Janeiro São Gonçalo) não há provas nos autos de que houve efetiva lesão aos cofres públicos”.





Rememore-se que a controvertida fixação do preço mínimo pelo edital foi um dos pontos que levou à nulidade da licitação e, conseqüentemente, do contrato de concessão.

Preste-se atenção para a própria parte dispositiva da sentença:

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

Atente-se ainda para um trecho das razões de Apelo apresentadas pelo Ministério Público/Autor:

“O Ministério Público propôs a presente ação civil pública no ano de 2004.

Seu objeto é abrangente e busca, em última análise, a declaração de nulidade do “*Contrato de Concessão e Serviços Públicos de Transporte Aquaviário de Passageiros, Cargas e Veículos no Estado do Rio de Janeiro*”, firmado entre o ente estatal e as Barcas S/A Transportes Marítimos, ou, ao menos, a rescisão judicial do contrato por inexecução contratual da Concessionária, determinando-se, num ou noutro caso, a assunção, pelo Poder Concedente, da operação dos serviços até a contratação de novo concessionário, através do devido procedimento licitatório”.

A propósito, se transcreve a seguir ementas nas quais são lançados os parâmetros que a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolida no que tange à interpretação do pedido.





“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INEXISTÊNCIA. PENHORA DE QUOTAS SOCIAIS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

2. Na linha de precedentes desta Corte, o **pedido** não deve ser extraído apenas do capítulo especificamente reservado para os requerimentos, mas da **interpretação** lógico-sistemática das questões apresentadas pela parte ao longo da petição.

(...)

4. Agravo interno a que se nega provimento”.

(STJ, AgInt no AREsp nº 978024/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, 3ª Turma, j. 06/06/2017)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DO CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI. JULGAMENTO EXTRA PETITA. BROCARDOS MIHI FACTUM DABO TIBI IUS E IURIA NOVIT CURIA. **INTERPRETAÇÃO** LÓGICO-SISTEMÁTICA DA CAUSA DE PEDIR E **PEDIDO**. POSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DA CONCLUSÃO DO TRIBUNAL A QUO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A sentença *extra petita* é aquela que examina causa diversa da que foi proposta na inicial, sendo desconexa com a situação litigiosa descrita pelo autor, bem como com a providência jurisdicional que dela logicamente se extrai.

2. Não há provimento *extra petita* quando a pretensão é analisada nos moldes em que requerida judicialmente, ainda que com base em argumentação jurídica diversa daquela suscitada na petição inicial. É sabido que o magistrado não está adstrito à fundamentação





normativa apresentada pelas partes, cumprindo-lhe aplicar o direito à espécie, consoante os brocardos latinos *mihi factum dabo tibi ius e iuria novit curia*.

3. De acordo com a jurisprudência do STJ, não há ofensa ao princípio da congruência ou da adstrição quando o juiz promove uma **interpretação** lógico-sistemática dos **pedidos** deduzidos, mesmo que não expressamente formulados pela parte autora.

(...)

6. **Agravo interno a que se nega provimento**".

(STJ, AgInt no REsp nº 1.356.803/SP, Min. Og Fernandes, 2ª Turma, 23/05/2017)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DO CPC/73. DESPROVIMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA, COM SUPORTE EM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. POSSIBILIDADE. SÚMULA 568/STJ. OFENSA AO ARTIGO 932 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA, NO PONTO.

1. O desprovimento monocrático do recurso especial encontrou suporte no artigo 557 do CPC/73 e, também, na Súmula 568/STJ, que autoriza ao relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, dar ou negar provimento ao recurso quando houver jurisprudência dominante acerca do tema (Corte Especial, DJe 17/3/2016).

2. O Superior Tribunal de Justiça entende que *"não ocorre julgamento ultra petita se o Tribunal local decide questão que é reflexo do pedido na exordial. O pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraído da interpretação lógico-sistemática*





da peça inicial não implica julgamento extra petita" (AgRg no AREsp 322.510/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/6/2013, DJe 25/6/2013).

3. Quanto à matéria relativa ao suposto cerceamento do direito de defesa, o agravo interno deixou de impugnar um dos alicerces da decisão agravada (incidência da Súmula 7/STJ), o que atrai a aplicação, no ponto, da Súmula 182/STJ.

4. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido". (STJ, AgInt no REsp nº 1.515.711/CE, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 23/05/2017)

Destarte, no tocante à alegação de nulidade absoluta do julgado (*extra petita*), os presentes Embargos não têm o condão de atribuir os efeitos modificativos pretendidos pela Embargada, vez que a anulação da licitação e do contrato de concessão está inserido no entendimento jurisprudencial de que o pedido deve ser interpretado de forma sistemática, contextual, isto é, de acordo com as regras alusivas à interpretação da declaração de vontade (artigos 112 e 113 do Código Civil).

O segundo tópico do inconformismo agitado pela 1ª Embargante seria a omissão em relação à prescrição da pretensão de nulidade da concessão, ante a nulidade da licitação.

Realmente, o acórdão embargado não avançou para a discussão desse tópico específico.

Como se sabe, a Lei nº 7.347/1985 não estipulou prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública.

Tal circunstância gerou controvérsia no meio jurídico.



Alguns juristas advogam a tese de que a Ação Civil Pública, em razão dos direitos que visa proteger, seria imprescritível.

Há aqueles que defendem a tese de que deveria ser analogicamente aplicado o lapso prescricional disposto noutros diplomas legais.

Comunga a 1ª Embargante esta segunda opção, ou seja, sustenta que a anulação da licitação e a anulação do contrato de concessão foram apanhados pela prescrição quinquenal, tal qual disposto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932 e no artigo 21 da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular).

Nesse sentido, a 1ª Embargante formulou o raciocínio seguinte:

“considerando que o edital foi divulgado em 1997 e o pacto celebrado em 1998, e a presente ação foi distribuída em 19/01/2004, sob a ótica da 1ª Embargante estaria prescrita a pretensão material aqui deduzida, pois o prazo final se esgotaria em 12/02/2003”.

Destaque-se, o caso concreto lida com a hipótese em que foi decretada a anulação da licitação e, conseqüentemente, do contrato de concessão.

Não se está em discussão a hipótese em que foi celebrado contrato de concessão sem a realização de licitação ou a hipótese em que o contrato de concessão foi repactuado sem licitação.

Quando se trata de contrato de concessão sem a realização de





licitação, a jurisprudência se posicionou pela imprescritibilidade, como se constata a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. ATOS ADMINISTRATIVOS NULOS. DECRETAÇÃO DE NULIDADE EM FACEDA CF/88. AUSÊNCIA DE PRESCRIÇÃO.

1. É inquestionável que o objeto da ação, além da condenação ao pagamento à União dos prejuízos patrimoniais e morais sofridos, é a **declaração de nulidade** da concessão de serviço público de transporte coletivo de passageiros, bem como dos correlatos contratos firmados entre o Estado de Goiás e a recorrente, com a **nulificação da regularização** efetuada pelo DNER, em 29/12/1989.

2. A jurisprudência do STJ já reconheceu a imprescritibilidade das ações que visam a declaração de nulidade de ato por falta de licitação, razão pela qual deve subsistir o acórdão impugnado ao afastar a prescrição da pretensão do Ministério Público, autor da ação e ora agravado. Precedentes.

(...)

9. Agravo regimental não provido”.

(STJ, AgRg no AREsp nº 91.443/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 02/08/2012)

Quando se trata de contrato de concessão que foi prorrogado sem licitação, pacificou a jurisprudência do STJ que nessa circunstância não se cogita da prescrição para a propositura de ação civil pública enquanto o contrato estiver em vigor, ou seja, o término do prazo contratual é o marco inicial da prescrição.

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ESTAÇÃO RODOVIÁRIA. PRORROGAÇÃO SEM PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.





PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública que objetiva a declaração de **nulidade** da renovação do contrato de **concessão** de estação rodoviária, sem procedimento licitatório.
2. Insurge-se a recorrente contra o entendimento adotado pelo acórdão recorrido que afastou **prescrição** da Ação Civil Pública, sob o fundamento de o contrato administrativo sob análise abarca obrigação de trato sucessivo, ou seja, perpetua no tempo os efeitos da pactuação.
3. Com efeito o ato administrativo de prorrogação do contrato de **concessão** estende seus efeitos no tempo, ou seja, suas consequências e resultados sucedem por toda sua duração de maneira que seu término deve ser estabelecido como o marco inicial da **prescrição** da Ação Civil Pública. Precedentes do STJ.
4. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."
5. Recurso Especial não provido.
(STJ, REsp nº 1.325.817/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 10/03/2016)

Na hipótese concreta, em que se decretou a anulação combatida pela 1ª Embargante ante a existência de vício de licitação e de vício na contratação, temos que não há como se adotar a tese da imprescritibilidade. Esta somente é plausível quando o contrato de concessão foi celebrado sem licitação.

Assim, adota-se o mesmo posicionamento que a jurisprudência aplica para a hipótese de prorrogação do contrato sem licitação: o prazo prescricional começa quando termina a vigência do contrato.





Frise-se, não se está afirmando que não há aplicação da prescrição, mas que o seu lapso só é detonado após encerrar o tempo de vigência da concessão.

Em outras palavras, estando o contrato em vigor, permanece ele, obviamente, produzindo efeitos e, em decorrência, perpetuam-se no tempo eventuais invalidades e, portanto, mesmo que aplicável prazo prescricional para o ajuizamento da Ação Civil Pública, o seu início somente é disparado quando chega ao fim o prazo de vigência eleito pelas partes contratantes.

In casu, o contrato de concessão foi firmado em 1998 pelo prazo de 25 (vinte e cinco anos), conforme fixado na cláusula 4ª.

Desse modo, o contrato de concessão ainda está em vigor.

E, vigendo, é de ser afastada a pretensão de incidência da analogia legis, desde já, do prazo prescricional previsto tanto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932 quanto no artigo 21 da Lei nº 4.717/1965 (Ação Popular).

Transcreve-se abaixo trecho de Voto proferido pelo Ministro Francisco Falcão, do Superior Tribunal de Justiça, no qual se aborda questão idêntica à hipótese *sub judice*.

“...Sobre o prazo, é certo que esta eg. Corte de Justiça já firmou entendimento no mesmo sentido do acórdão recorrido, qual seja, prescreve em cinco anos a ação civil pública disciplinada pela Lei nº 7.347/85, aplicando-se, por analogia, o disposto no artigo 21 da Lei nº





4.717/65, tendo em conta o silêncio daquela legislação a respeito do tema, e o fato de que ambas as ações veiculam pretensões relevantes para a coletividade.

Nesse sentido, lembro apenas alguns precedentes, transcritos por meio de suas ementas, *verbis* :

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL. CONDENAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM HONORÁRIOS. DESCABIMENTO, SALVO HIPÓTESE DE ATUAÇÃO DE MÁ-FÉ.

1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, decide de modo integral a controvérsia posta.

2. Ressalvada a hipótese de ressarcimento de dano ao erário fundado em ato de improbidade, prescreve em cinco anos a ação civil pública disciplinada na Lei 7.347/85, mormente quando, como no caso, deduz pretensão suscetível de ser formulada em ação popular. Aplicação, por analogia, do art. 21 da Lei 4.717/65. Precedentes.

3. Em sede de ação civil pública, não cabe a condenação do Ministério Público em honorários advocatícios, salvo comprovada atuação de má-fé. Precedentes.

4. Recurso especial do réu parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, prejudicado o da Fazenda Pública". (REsp nº 764.278/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 28.05.2008).

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO INTERNO. PROVIMENTO DERIVADO. CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANULAÇÃO DE





ATO ADMINISTRATIVO. OFENSA À MORALIDADE. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO PRAZO PREVISTO NA LEI DA AÇÃO POPULAR. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ. RECURSO PROVIDO.

- 1. O órgão julgador, desde que tenha apresentado fundamentos suficientes para sua decisão, não está obrigado a responder um a um os argumentos formulados pelas partes.*
- 2. Tratando-se de ação civil pública ajuizada com o objetivo de anular ato administrativo supostamente violador dos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas, o prazo prescricional, ante a omissão da Lei 7.347/85, deve ser, por analogia, o previsto no art. 21 da Lei 4.717/65, tendo em vista que a pretensão poderia perfeitamente ser exercida por meio de ação popular, igualmente adequada à defesa de interesses de natureza impessoal, pertencentes à coletividade, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.*
- 3. Recurso provido para, reconhecida a prescrição, extinguir o processo com base no art. 269, IV, do Código de Processo Civil" (REsp nº 912.612/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 15.09.2008).*

Mas a questão a ser discutida no presente feito está relacionada ao momento de incidência deste prazo, se o início está vinculado ao ato administrativo que prorrogou o contrato de concessão, datado de 06.01.93, ou se, por se cuidar de contrato com prazo de 20 anos, seus efeitos se protraem no tempo, a ensejar que o início do prazo decadencial seja o de cinco anos a contar do encerramento de tal ato, como entendeu o aresto recorrido, *verbis* :

"Ora, se existe ilegalidade no contrato ou ato administrativo de trato sucessivo, ainda que o vício esteja na época em que foi firmada a





avença, esta ilegalidade se perpetra no tempo e pode ser alegada em até cinco anos depois do término da vigência do contrato, pois o prazo correu o durante todo o contrato e apenas após a cessação dos últimos dos seus efeitos é que principia a contagem dos cinco anos para o prazo fatal" (fl. 345).

Nesse mesmo sentido foi a manifestação do il. representante do Ministério Público Federal, Dr. JOSÉ EDUARDO DE SANTANA, *verbis* :

"Quanto ao prazo para a propositura da ação civil pública, melhor sorte não socorre a recorrente. Em primeiro lugar, a Lei nº 7.347/85 não estipula qualquer prazo para o manejo da ação, sendo indevida a utilização por analogia do prazo quinquenal previsto para a ação popular no art. 21, da Lei nº 4.717/65.

Nesse sentido a seguinte decisão: "Também não há negativa de vigência ao art. 21 da Lei 4.717/65. Tal dispositivo tem caráter específico, aplicável apenas à Ação Popular. A analogia não pode ampliar sua aplicação à Ação Civil Pública" (STJ - Ag 378049/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 19.12.2002).

Além disso, ainda que a prorrogação do contrato de concessão tenha ocorrido em 06 de janeiro de 1993 (fls. 41), os efeitos do ato irregular e, por conseguinte, a ofensa à Constituição Federal e aos princípios orientadores da atividade administrativa, perdurarão enquanto o serviço público estiver sendo prestado pela recorrente com base no referido ato.

Deste modo, tendo a ação civil pública sub examine sido intentada durante a vigência do contrato, não há falar em extemporaneidade.

Assim, desmerece reparos o julgado hostilizado. segundo o qual "se existe legalidade no contrato ou no ato administrativo de trato sucessivo, ainda que o vício esteja na época em que foi firmada a avença, esta ilegalidade se perpetra no tempo" (fls. 345)." (fls. 540/1).





(STJ, REsp nº 1.095.323/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 17/03/2009)

Por conseguinte, integra-se o acórdão embargado para consignar que não tem cabimento na hipótese *sub examine* o instituto da prescrição tal como suscitado pela 1ª Embargante.

Finalmente, à guisa de contribuição acerca da discussão envolvendo a aplicação do lapso prescricional (quinquenal) disposto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932 e no artigo 21 da Lei nº 4.717/1965, naturalmente após o encerramento do contrato de concessão, traz-se à baila decisão onde tal controvérsia é examinada sob outro enfoque: à luz da natureza jurídica da concessionária:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TARIFAS DE ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DECRETO-LEI N. 20.910/32 E LEI N. 4.597/42. INAPLICABILIDADE.

I - Cia Paulista de Força e Luz é sociedade anônima, com personalidade jurídica de direito privado, não se podendo transfigurar-lhe em sociedade de economia mista ou ente paraestatal; o simples fato de ser concessionária de **serviço público**, não lhe retira a condição de ente privado, sociedade anônima, regida pela Lei 6.404/76. Não se lhe aplica, para efeito de disciplinar a **prescrição**, o Decreto 20.910/32, uma vez que este diploma diz respeito apenas a dívida passiva da União, Estados e Municípios e de todo e qualquer direito ou ação contra as respectivas fazendas. Por igual motivo, inaplicável a Lei 4.597/42, posto que esta alcança as dívidas passivas de autarquias ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer outras contribuições exigidas por lei.





II - A Cia Paulista de Força e Luz, sociedade anônima, regida pelas normas do direito privado, não se equipara, em termos jurídicos, nem a sociedade de economia mista, nem a empresa paraestatal, porquanto, nem foi criada por lei, nem reclamou, para sua criação, autorização legislativa, estando, portanto, afastada do privilegio consignado na Lei 4.597/42, no pertinente ao prazo quinquenal de **prescrição**. A condição, para o gozo do prazo prescricional de cinco (5) anos, prevista na Lei 4.597/42 que deu nova redação ao artigo 2. Do Decreto 20.910/32, é a de que, a entidade ou órgãos paraestatais sejam criados por lei e mantidos mediante impostos ou quaisquer contribuições exigidas em lei.

III - Recurso provido. Decisão unanime

(STJ, REsp nº 80.160/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 08/04/1996).

Passa-se agora ao exame do terceiro tópico que compõe as razões recursais destes aclaratórios.

Sob a ótica da 1ª Embargante o acórdão foi omissis porque, mantida a anulação da licitação e do contrato de concessão, deveria ter disposto sobre o direito à prévia indenização.

A bem da verdade, entenda-se tal “omissão” como sendo “premissa equivocada”.

Na fundamentação do acórdão embargado, quando se discutiu a imediata assunção pelo Poder Público, restou dito:

“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”.





“Lei nº 8.987/1995.

Art. 35. § 2º. Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários”.

Subentende-se do texto legal acima mencionado: não tem a concessionária direito à indenização prévia em havendo anulação do contrato de concessão; o direito de indenização à concessionária poderá existir, mas esse direito deverá ser pleiteado em ação autônoma.

“A anulação do contrato de concessão acarreta o direito do concessionário de ser indenizado amplamente, desde que o vício não seja a ele atribuível ou ele não tenha concorrido para tanto”. *Apud* Jacintho de Arruda Câmara, in *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*.

A seguir é transcrito o ponto de vista da 1ª Embargante por suas próprias palavras:

“Ora, o v. acórdão embargado adotou premissa equivocada ao entender que todas as hipóteses previstas no artigo 35, da Lei 8987/95 para a extinção da concessão acarretam, segundo disposição do §2º do mesmo dispositivo legal, na impossibilidade de se indenizar previamente o Concessionário do Serviço Público”.

Ocorre que tal entendimento está equivocado e não pode de forma alguma ser mantido. Isso porque a própria Lei 8987/95, em seu artigo 38, §4º, determina de forma expressa que somente nos casos de extinção do contrato de concessão pelo reconhecimento da CADUCIDADE (artigo 35, III) é que a Concessionária não terá





direito à prévia indenização:

(...)

Ao contrário do que entendeu o v. acórdão embargado, a Lei 8987/95 é omissa no que se refere ao pagamento de indenização, quando se tratar de extinção do contrato de concessão pela declaração de sua ANULAÇÃO (artigo 35, V, da Lei 8987/965) decorrente de vício do edital, não sendo permitida a analogia *in pejus* com o que prevê a lei para os casos de extinção do contrato pela caducidade”.

Primeiramente, é verdade que a Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões) afirma expressamente que a extinção da concessão, somente na modalidade caducidade, dispensa a prévia indenização (§ 4º do artigo 38).

Mas não procede a afirmação de que a fundamentação do acórdão embargado tenha considerado que todas as hipóteses de extinção de concessão, discriminadas no artigo 35 da Lei nº 8.987/1995, não admite pagamento de indenização prévia.

De qualquer maneira, reafirma-se que a hipótese de extinção da concessão por anulação não cabe a indenização prévia, e assim entende sem que possa acusar esta Relatoria de promover “*analogia in pejus*”.

Ora, ainda que não tenha a Lei nº 8.987/1995 expressamente incluído a extinção da concessão por anulação dentre as hipóteses de não pagamento de indenização prévia, não se pode deixar de afastá-lo nessa circunstância.

Isso porque fica evidente que a *mens legis* é no sentido de não





efetuar o pagamento de indenização prévia quando a extinção ocorre em razão de acontecimento de maior gravidade.

A extinção da concessão pela caducidade, que não permite o pagamento de indenização prévia, se dá em decorrência de inadimplência da concessionária, isto é, descumprimento de obrigações contratuais, acontecimento grave.

Sendo assim, extinguindo a concessão por anulação, advinda de vício na licitação e no contrato, acontecimento da maior gravidade, na medida em que afrontada normas constitucionais, como é o caso dos presentes autos, há de se afastar também o prévio pagamento de indenização.

Veja-se, até mesmo na extinção da concessão por “*advento do termo contratual*”, que não tem nenhuma carga de gravidade, não se admite o pagamento antecipado de indenização.

"extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a **retomada** imediata da prestação do **serviço**, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do **serviço** público, não estando condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual **indenização**, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias" (STJ, AgRg no REsp nº 1.139.802/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª Turma, j. 12/04/2011)

ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. ART. 35, § 4º, DA LEI 8.987/95.





I - O termo final do contrato de concessão de **serviço** público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual **indenização** referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados.

II - Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata **assunção** do **serviço** pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei nº 8.987/95 não faz qualquer ressalva acerca da necessidade de **indenização** prévia de tais bens.

III - Recurso especial improvido.

(STJ, REsp nº 1.059.137/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 29.10.2008).

Destarte, nenhuma “*premissa equivocada*” ou “*analogia in pejus*” pode ser atribuída à decisão que no caso em tela afastou o pagamento de indenização antecipada.

Melhor sorte não socorre a 1ª Embargante quando tenta correlacionar a anulação decretada à extinção da concessão na modalidade encampação, com o propósito de obter a indenização prévia, num movimento que bem pode ser denominado de “*analogia in melius*”.

Confira-se a argumentação esposada pela 1ª Embargante a esse respeito:

“Dessa forma, a extinção do contrato pela anulação, tal como se deu no presente caso, como consequência do vício no edital, mais se assemelha com o caso de encampação (artigo 35, II, da Lei 8987/95) e, se for realizada analogia diante da omissão da lei para a hipótese de anulação, esta deverá ser feita em relação à encampação”.

A encampação ou regaste, como vem expressamente disposto no





artigo 37 da Lei nº 8.987/1995, pressupõe para a sua consumação a presença de interesse público; é este o critério que baliza a descontinuidade do contrato de concessão por iniciativa unilateral do Poder Concedente, com pretensão dele mesmo retomar o serviço ou promover nova outorga. Daí que o texto legal, muito acertadamente, impõe o pagamento de indenização antecipada.

“Lei nº 8.987/1995:

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

Na demanda em discussão a anulação da licitação e do contrato de concessão se deu, em última instância, por interesse público, mas com uma conotação diversa daquela que vem inscrita no dispositivo legal acima transcrito, que é bem específica.

Em sua tenaz tentativa de obter o pagamento de indenização prévia alega a 1ª Embargante a existência de omissão no que tange ao disposto no parágrafo único do artigo 59 da Lei nº 8.666/1993:

“Art. 59.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.”

Repare-se que no dispositivo acima mencionado não se faz referência no sentido de que a indenização ali prevista seja a





antecipada.

É evidente que a indenização ali referida, na hipótese de nulidade, é aquela a ser discutida em via própria, “*locus*” processual onde será ela arbitrada, após ser fixada a responsabilidade “*de quem Ihe deu causa*”.

Por todo o exposto, não há se falar em “omissão” ou “premissa equivocada” porque a fundamentação do acórdão embargado negou o direito à indenização prévia.

O quarto é último tópico da irresignação recursal diz respeito a uma suposta obscuridade e está sintetizado no excerto que segue:

“É certo que, ao decidir pela anulação do procedimento licitatório, com a consequente anulação do contrato de concessão e assunção do serviço pelo Poder Público, o v. acórdão embargado incorreu em obscuridade, por não esclarecer de forma clara e precisa acerca da anulação, ou não, da questão referente à privatização da empresa CONERJ, isto é, da venda do controle acionário da CONERJ à ora Embargante, objeto da licitação em questão...

Isso porque, o v. acórdão embargado nada mencionou acerca das consequências advindas da eventual anulação da venda do controle acionário da CONERJ.

Data máxima vênua”, o v. Acórdão não dispôs sobre aspectos relevantes decorrentes da reestatização da Barcas S.A (antiga CONERJ), sobre a forma em que se dará o retorno da empresa à órbita do Estado.

Nada dispôs quanto aos efeitos nos contratos em vigor, das garantias prestadas pelo acionista em contratos de financiamento e na mão-de-obra utilizada na prestação dos serviços públicos, dentre outros.





O v. Acórdão – respeitosamente se destaca – deve se manifestar sobre as consequências naturais dessa reestatização da Barcas S.A (antiga CONERJ), sob pena de obscuridade”.

Como se vê, o intuito da 1ª Embargante é aclarar se a anulação decretada tem implicações na venda do controle acionário da CONERJ para a empresa BARCAS S.A, transferência essa realizada no bojo de um processo de privatização, ou seja, se a venda do controle acionário da CONERJ está anulada porque foi anulado o procedimento licitatório e o contrato de concessão.

Na fundamentação do aresto embargado sobejou que a anulação da licitação mantinha incólume o programa estadual de privatização, tanto que foi determinada a efetivação de novo certame:

“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”.

Assim é que, a rigor, não se pode falar em “reestatização da Barcas S.A”, como faz a 1ª Embargante.





A assunção do serviço pelo Poder Concedente é provisória e retornará à iniciativa privada.

Destarte, os Embargos de Declaração opostos pela empresa BARCAS S.A são acolhidos parcialmente, já que esclarecida a incidência da prescrição ao caso concreto e o seu marco inicial.

II - DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO 2º EMBARGANTE, ESTADO DO RIO DE JANEIRO - FLS. 2.604-EJUD.

O 2º/Embargante, tal qual o fez a 1ª Embargante, assevera que o acórdão recorrido se baseia em premissas equivocadas, o que teria dado oportunidade para que surgissem omissões e contradições.

Grife-se, nestes aclaratórios o tópico inicial das razões recursais também se refere à existência de contradição, por ter o acórdão promovido julgamento *extra petita*.

Nessa trilha, os argumentos em relação ao tópico do julgamento *extra petita* são, na sua essência, similar àqueles que foram expostos pela 1ª Embargante, de forma que se adota a fundamentação lá lançada e, mais uma vez, se repudia a sua alegação.

O mesmo se diga em relação à alegação de prescrição e à alegação de prévia indenização, ambas, por sinal, lá repelidas.

Entretanto, deve ser corrigido o erro material contido no acórdão embargado, materializado na assertiva que nele constou às fls. 2.492-





ejud//fls. 2.521 dos autos:

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

Tal parecer foi confeccionado pela Fundação COPPETEC e não pelo *expert* do Juízo, como consistido na passagem acima, merecendo, pois, ser corrigida a afirmação supra.

Aponta ainda o 2º Apelante o que seria mais um erro material a ser corrigido, sendo certo que, garante, após feita a devida correção, deixaria meridianamente claro que “*não há, na presente ação, pedido de nulidade da licitação e tampouco do Contrato de Concessão*”. (fls. 2.604//fls. 2524 dos autos).

Para tanto, indica que houve equívoco na fundamentação do acórdão embargado, na medida em que ali se teria afirmado, equivocadamente, que a magistrada sentenciante julgara extinto o processo, sem resolução do mérito, por falta de interesse de agir, ante a patente generalidade, em relação tanto ao pedido relacionado no item “b” quanto no item “e” da petição inicial (itens de mérito do pedido inicial).

Assim se pediu na petição inicial nesses dois itens:

“b) seja declarada a nulidade de todos os instrumentos delegatórios outorgados pelo Estado do Rio de Janeiro à empresa-ré sem observância do procedimento licitatório previsto em lei, declarando-se incidentalmente, a inconstitucionalidade do Decreto nº 28.177/2002”.





“e) seja o Estado do Rio de Janeiro inibido de delegar os serviços públicos de transportes coletivo aquaviário sem a observância do prévio procedimento licitatório (concorrência pública).

Na parte dispositiva da sentença recorrida a magistrada *a quo* registrou como se segue:

“(iii) em relação aos pleitos de inibição do Estado do Rio de Janeiro em conceder serviços de transporte coletivo aquaviário sem licitação...”

Ora, indubitável que os pleitos de inibição acima referidos abrangem o que foi pedido no item “b” e no item “e”, pois no dispositivo acima não faz diferenciação se seria essa inibição apenas em relação ao item “b”, como sustenta o 1º Embargante.

Tanto assim o é que foi transcrito na fundamentação do acórdão embargado o teor do item “a” do pedido liminar constante da inicial, exatamente para não deixar margem para qualquer dúvida de que os pedidos inibitórios abarcam o que foi pedido nos itens de mérito “b” e “e”.

Mais uma vez se transcreve o teor do item “a” do pedido liminar:

“Liminarmente, a título de antecipação dos efeitos da tutela, após cumprido o art. 2º da Lei nº 8.437/92, seja determinado ao Estado do Rio de Janeiro que:

a) 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.

Vale dizer, a magistrada sentenciante enxergou a presença de generalidade tanto no pedido de inibição formulado no item “b” quanto no item “e”, e por isso mesmo julgou extinto sem resolução do mérito esses dois pleitos de inibição, diante da manifesta generalidade que ambos continham.

Destarte, o pedido da letra “b” da petição inicial não foi julgado improcedente como imagina o 2º Embargante.

Assim sendo, não existe nenhum “erro material” nessa questão e cai por terra o verdadeiro propósito do 1º Embargante, afirmado como se segue:

“35 – Se de um lado, o acórdão embargado entendeu que tal pedido fora julgado extinto sem apreciação do mérito, de outro, acabou por afastar, meritoriamente, o intuito do MP de reforma da sentença quanto a este tópico, ao concluir, a respeito deste pedido da letra “b”, que não haveria qualquer ilegalidade nas delegações posteriores ao Contrato de Concessão (fls. 2524/2525) 8, a reforçar o entendimento no sentido de que esta questão não se relaciona nem com o Contrato de Concessão e tampouco com “as nulidades ínsitas à licitação” (fls. 2525)”:

Desfralda ainda o 2º Embargante questão que se revelaria em sua opinião uma omissão: “*determinar que a Ré, Barcas S.A e seus sucessores, continuem na prestação de serviços até a posse do novo concessionário*”.

A bem da verdade não se está à frente de “omissão”, mas de





puro inconformismo com o resultado do julgamento.

Desse modo, se a decisão recorrida adotou um viés que não atende ao posicionamento do Embargante, o caminho a ser trilhado não é a utilização dos aclaratórios, mas sim os recursos cabíveis às instâncias superiores.

Sendo assim, os Embargos de Declaração opostos pelo 2º Embargante merecem ser acolhidos apenas para se corrigir o erro material por ele apontado, quanto à equivocada afirmação de que o Relatório da Fundação COPPETEC foi elaborado pela Perito do Juízo.

Após o exame de todos os tópicos recursais suscitados por ambos os Embargantes, exsurge um cenário em que se expandiu a discussão em relação ao acórdão embargado, como por exemplo na questão da prescrição do direito de ação para decretar a nulidade da licitação e do contrato de concessão; em que se refutou contra-argumentos típicos de serem dirigidos às Cortes Superiores; em que se corrigiu erro material.

Sendo assim, dá-se parcial provimento a ambos os Embargos opostos.

Certo é que o provimento parcial elimina contradições e supre omissões, porém, não concede aos Embargos opostos efeitos infringentes, isto é, não resulta em qualquer modificação no resultado do julgamento.

Ante e exposto, na forma da fundamentação, Voto no sentido de DAR PROVIMENTO parcial tanto aos Embargos de Declaração opostos





pelo 1ª Embargante quanto aqueles opostos pelo 2º Embargante.

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2017.

JACQUELINE LIMA MONTENEGRO
Desembargadora Relatora

