

AgInt na PETIÇÃO Nº 13209 - DF (2019/0386020-0)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : RADIO O-ATLANTICO COMUNICACOES FM LTDA
ADVOGADOS : FLÁVIO SPEROTTO - SC021404
ROMULO DIEHL VOLACO - SC024143
JACKSON KALFELS - SC044021
AGRAVADO : RÁDIO CIDADE MAR AZUL FM LTDA
ADVOGADOS : PEDRO HENRIQUE MENEZES NAVES E OUTRO(S) -
DF016233
DANIEL FONSÊCA ROLLER - DF017568
NILSON VITAL NAVES - DF032979

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCESSÃO DE RÁDIODIFUSÃO. ANULAÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO DA VENCEDORA. TUTELA PROVISÓRIA. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. PRESSUPOSTOS. PRESENÇA.

1. No Superior Tribunal de Justiça, a tutela provisória de urgência é cabível apenas para atribuir efeito suspensivo ou, eventualmente, para antecipar a tutela em recursos ou ações originárias de competência desta Corte, devendo haver a satisfação simultânea de dois requisitos, quais sejam, a verossimilhança das alegações – *fumus boni iuris*, consubstanciada na elevada probabilidade de êxito do recurso interposto ou da ação – e o perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte – *periculum in mora*.

2. Caso em que o Tribunal Regional manteve sentença para declarar a nulidade de procedimento administrativo de concessão de radiodifusão, oriundo do Ministério das Comunicações, e, por consequência, desclassificar a vencedora do certame (ora agravada), por haver deixado de apresentar certidões exigidas no edital, na fase de habilitação.

3. Embora o juízo de admissibilidade proferido pelo Tribunal *a quo* não vincule esta Corte Superior, há probabilidade de êxito do recurso especial quanto à violação do art. 1.022 do CPC/2015, visto que a falta de pronunciamento específico sobre os argumentos apresentados no apelo da parte recorrente constitui circunstância que, caso reconhecida por ocasião do julgamento do recurso especial, permitirá o exame do mérito recursal, nos termos do prequestionamento ficto do art. 1.025 do mesmo diploma.

4. A nulidade pronunciada no aresto recorrido por mácula aos

princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório não necessitou do ingresso em matéria fático-probatória ou do perflustrar do edital do certame. Assim, a postulação deduzida no especial da parte agravada, em princípio, não esbarra nos óbices insertos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

5. Caraterizado o *periculum in mora* no dano jurídico grave de difícil ou incerta reparação advindo do cumprimento provisório da sentença, posto que a medida "poderá, de fato, acarretar a paralisação das atividades da emissora, que foi declarada vencedora no certame, quando há possibilidade de modificação da decisão ou pelo menos de declaração de nulidade do acórdão proferido em embargos de declaração", como anotado na decisão agravada.

6. Agravo interno desprovido

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 15 de junho de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Gurgel de Faria
Relator

AgInt na PETIÇÃO Nº 13.209 - DF (2019/0386020-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto pela RÁDIO O-ATLÂNTICO COMUNICAÇÕES FM LTDA. contra decisão da Presidência desta Corte que, reconsiderando *decisum* anterior, deferiu pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (e-STJ fls. 1.180/1.181).

Sustenta a parte agravante que descabe falar em probabilidade do direito almejado "na mera admissão de recurso especial", pois o juízo de admissibilidade efetuado pelo TRF não vincula o juízo *ad quem* (STJ).

Aduz, ainda, que não há a suposta afronta ao art. 1.022 do CPC/2015, "uma vez que o TRF1 decidiu, cristalinamente", a temática trazida, qual seja, a "violação do art. 3º da Lei Federal 8.666/1993 e do art. 2º da Lei Federal 9.784/1999."

Aponta inexistir perigo de dano, mas má-fé e comportamento contraditório da parte agravada (*venire contra factum proprium*) que alega surpresa com a decisão que determinou o cumprimento provisório da sentença, quando a impugnou na origem.

Em seguida, passa discorrer sobre o mérito do recurso especial da parte agravada, defendendo que: a) "não há nenhum excesso de formalismo ou violação do princípio da razoabilidade por parte do Tribunal *a quo*, mas correta hermenêutica à *mens legis* do art. 3º da Lei 8.666/93 e art. 2º da Lei 9.784/99, uma vez que" a irregularidade constatada no procedimento licitatório configura vício "insanável, que inclusive feriu o princípio da isonomia entre os licitantes e da legalidade, observando-se que o edital tem peso de lei", e b) há incidência das Súmulas 5 e 7 desta Corte ao caso.

Requer, ao final, a reconsideração do *decisum* recorrido ou, caso assim não se entenda, seja submetido o presente agravo interno à apreciação da Turma.

Impugnação apresentada às e-STJ fls. 1.218/1.233.

É o relatório.

AgInt na PETIÇÃO Nº 13.209 - DF (2019/0386020-0)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : RADIO O-ATLANTICO COMUNICACOES FM LTDA
ADVOGADOS : FLÁVIO SPEROTTO - SC021404
ROMULO DIEHL VOLACO - SC024143
JACKSON KALFELS - SC044021
AGRAVADO : RÁDIO CIDADE MAR AZUL FM LTDA
ADVOGADOS : PEDRO HENRIQUE MENEZES NAVES E OUTRO(S) -
DF016233
DANIEL FONSÊCA ROLLER - DF017568
NILSON VITAL NAVES - DF032979

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCESSÃO DE RÁDIODIFUSÃO. ANULAÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO DA VENCEDORA. TUTELA PROVISÓRIA. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. PRESSUPOSTOS. PRESENÇA.

1. No Superior Tribunal de Justiça, a tutela provisória de urgência é cabível apenas para atribuir efeito suspensivo ou, eventualmente, para antecipar a tutela em recursos ou ações originárias de competência desta Corte, devendo haver a satisfação simultânea de dois requisitos, quais sejam, a verossimilhança das alegações – *fumus boni iuris*, consubstanciada na elevada probabilidade de êxito do recurso interposto ou da ação – e o perigo de lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte – *periculum in mora*.

2. Caso em que o Tribunal Regional manteve sentença para declarar a nulidade de procedimento administrativo de concessão de radiodifusão, oriundo do Ministério das Comunicações, e, por consequência, desclassificar a vencedora do certame (ora agravada), por haver deixado de apresentar certidões exigidas no edital, na fase de habilitação.

3. Embora o juízo de admissibilidade proferido pelo Tribunal *a quo* não vincule esta Corte Superior, há probabilidade de êxito do recurso especial quanto à violação do art. 1.022 do CPC/2015, visto que a falta de pronunciamento específico sobre os argumentos apresentados no apelo da parte recorrente constitui circunstância que, caso reconhecida por ocasião do julgamento do recurso especial, permitirá o exame do mérito recursal, nos termos do prequestionamento ficto do art. 1.025 do mesmo diploma.

4. A nulidade pronunciada no aresto recorrido por mácula aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório não necessitou do ingresso em matéria fático-probatória ou do perflustrar do edital do certame. Assim, a postulação deduzida no especial da parte agravada, em princípio, não esbarra nos óbices insertos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

Superior Tribunal de Justiça

5. Caraterizado o *periculum in mora* no dano jurídico grave de difícil ou incerta reparação advindo do cumprimento provisório da sentença, posto que a medida "poderá, de fato, acarretar a paralisação das atividades da emissora, que foi declarada vencedora no certame, quando há possibilidade de modificação da decisão ou pelo menos de declaração de nulidade do acórdão proferido em embargos de declaração", como anotado na decisão agravada.
6. Agravo interno desprovido

VOTO

Antes de examinar a presença dos requisitos do pleito de urgência, convém anotar que o apelo especial interposto pela parte agravada impugna acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal que manteve sentença para declarar a nulidade de procedimento administrativo de concessão de radiodifusão, oriundo do Ministério das Comunicações, e, por consequência, desclassificar a vencedora do certame (ora agravada), por haver deixado de apresentar certidões exigidas no edital.

Eis a ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO E. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO SOB O PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. LICITAÇÃO, EDITAL DE CONCORRÊNCIA N. 102/2000. OBJETO: OUTORGA DE PERMISSÃO PARA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO SONORA EM FREQUÊNCIA MODULADA. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS NA FASE DE HABILITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO EDITAL. ILEGALIDADE. SENTENÇA ANULATÓRIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DESDE A FASE DE HABILITAÇÃO, CONFIRMAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Deixando a empresa declarada vencedora de cumprir exigências Constantes do Edital de Concorrência Pública n. 102/200, consistentes na apresentação de certidões cíveis e criminais de nada consta, comprovação da atividade econômica, nos últimos cinco (5) anos, demonstrações financeiras, exigências essas que foram observadas pelas demais, licitantes, deveria ter sido ela considerada inabilitada por esse motivo.

2. Ocorrência, assim, de ilegalidade na decisão da Comissão de Licitação, que classificou a sua proposta, vindo a receber os documentos em data posterior, tendo em vista que, pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, não tendo o Edital sido impugnado previamente, na via administrativa, devem os licitantes a ele se submeter, atendendo a todas as suas exigências.

3. Sentença confirmada.

4. Apelações desprovidas.

5. Remessa oficial, tida por interposta, desprovida.

O apelo especial da agravada foi interposto com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional e aponta violação do art. 1.022 do CPC/2015 e do art. 3º da Lei 8.666/1993, tendo sido admitido pelo seguinte fundamento (e-STJ fls. 1.100/1.101):

A sentença de fls. 695/705 julgou procedente o pedido para declarar a nulidade do processo administrativo de concessão de radiofusão n. 53.74.0000949/2000, oriundo do Ministério das Comunicações, desde a ata, inclusive, de habilitação dos proponentes.

Opostos embargos de declaração, eles foram rejeitados (fls. 736/737).

Rádio Cidade Mar Azul FM Ltda. apresentou recurso de apelação a alegar, em síntese: 1) a inexistência de prejuízo à Administração, o que teria o condão de afastar a declaração de nulidade do procedimento licitatório; 2) cumprimento dos requisitos do certame; e 3) consolidação de situação fática.

(...).

Rádio Cidade Mar Azul FM Ltda. opôs embargos de declaração a alegar i) a inexistência de vício no procedimento licitatório; ii) a ausência de prejuízo à Administração; iii) consolidação da situação fática, com mais de quinze anos de concessão; iv) a perda de objeto da ação em razão de nova concessão de radiofusão à ora recorrente, mediante novo procedimento administrativo fato superveniente, a fim de que tais temas fossem objeto de pronunciamento pela

Superior Tribunal de Justiça

Turma. A União também apresentou os embargos declaratórios de fls. 867/8710. A Sexta Turma rejeitou aludidos declaratórios (fls. 8871891).

De fato, **verifica-se que a ora recorrente vem, desde a interposição do seu recurso e apelação, apontando duas questões que não foram objeto de apreciação e que entende devem ser examinadas para o regular deslinde da causa**, sem que houvesse qualquer manifestação desta Corte sobre elas, quais sejam, a inexistência de vício no procedimento licitatório, a ausência de prejuízo à Administração e a consolidação da situação fática, com mais de quinze anos de concessão.

Em face do exposto, admito o recurso especial sob o fundamento de violação ao art. 1.022 do CPC. (Grifos acrescidos).

Embora o juízo de admissibilidade proferido pelo Tribunal *a quo* não vincule esta Corte Superior, há probabilidade de êxito do recurso especial quanto à violação do art. 1.022 do CPC/2015, visto que a falta de pronunciamento específico sobre os argumentos relevantes para o deslinde da controvérsia, dantes arguidos no apelo da parte recorrente, constitui circunstância que, caso reconhecida por ocasião do julgamento do recurso especial, permitirá o exame do mérito recursal, nos termos do prequestionamento ficto do art. 1.025 do mesmo diploma.

A esse respeito:

AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL TEMPESTIVO. AJUIZAMENTO DE MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DE PROCESSO CIVIL. PROCESSAMENTO, NA ORIGEM, QUE SEGUIU O RITO DOS PROCEDIMENTOS CÍVEIS, COM COLABORAÇÃO EFETIVA DO AGRAVANTE E DA SERVENTIA JUDICIAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA. NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. CONTROVÉRSIA QUE, A DESPEITO DE TER SIDO DEBATIDA EM ÓRGÃO JULGADOR CÍVEL, OSTENTA NATUREZA PENAL. COMPETÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. PRESSUPOSTOS PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO VERIFICADOS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. O ajuizamento de medida cautelar inominada, ainda que com o propósito de suspender cautelar criminal, atrai a aplicação das regras de direito processual civil, inclusive a que prevê prazo em dobro para o Ministério Público, ante a inexistência de dispositivo no Código de Processo Penal regulando a matéria.
2. Se todo o processamento do feito, na origem, seguiu o rito dos procedimentos cíveis - embora a matéria de fundo tenha índole penal - tendo o agravante, inclusive, colaborado e laborado nesse sentido, com a participação efetiva da serventia (certificando a tempestividade do recurso), eventual conclusão pela intempestividade do recurso especial interposto pelo Ministério Público local (ao fundamento de que o prazo recursal é de natureza penal) vulneraria o princípio da boa-fé objetiva (art. 5º do CPC), aplicável a todos os sujeitos processuais, materializado no brocardo *nemo potest venire contra factum proprium*.
3. O prazo recursal, enquanto o feito tramitou na origem, deve ser considerado como de índole cível, circunstância que firma a tempestividade do recurso especial, notadamente porque o órgão ministerial, além de ter interposto o recurso no prazo de 30 dias (15 dias contados em dobro), logrou demonstrar a suspensão do prazo recursal no período compreendido entre 17 e 19/4/2019, mediante petição protocolizada em data anterior ao recurso.
4. Não há vício na distribuição do pedido de tutela provisória no âmbito da Terceira Seção desta Corte, pois, se os acórdãos impugnados mantiveram decisão monocrática que suspendeu os efeitos de decisão cautelar criminal, a controvérsia é eminentemente penal.
5. A concessão de efeito suspensivo a recurso exige a presença, concomitante, de

elementos que evidenciem a probabilidade de êxito do recurso interposto (*fumus boni juris*) e a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente de eventual demora na solução da causa (*periculum in mora*). 6. No caso, há risco de dano irreparável ao bem jurídico tutelado pela norma penal (arts. 38, caput, e 54, caput, da Lei n. 9.605/1998), evidenciado por meio das circunstâncias referenciadas pelo Magistrado, notadamente a supressão de APP e a destruição de nascentes causadas pelo empreendimento.

7. Também há probabilidade de êxito do recurso especial, pois há indícios de omissão reiterada no julgamento efetivado na Corte de origem (violação do art. 1.022 do CPC), circunstância que, caso reconhecida no julgamento do recurso especial, viabilizará o exame do recurso no que se refere à tese principal (violação dos arts. 42, 43 e 62, todos do CPC, e do art. 282 do CPP) - na forma do art. 1.025 do Código de Processo Civil (prequestionamento ficto) - que, do mesmo modo, também ostenta possibilidade de êxito, ante os elementos dos autos que dão conta, em princípio, de que a Corte de origem tratou de questão penal como se cível fosse.

8. Agravo regimental improvido.

(AgRg no TP 2.183/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 12/09/2019) (Grifos acrescidos).

Convém ressaltar que a postulação deduzida no especial, em princípio, não esbarra nos óbices insertos nas Súmulas 5 e 7 do STJ, pois o aresto recorrido constatou mácula aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, pela impossibilidade de regularização posterior da habilitação do licitante, após o encerramento daquela fase, sem o ingresso em matéria fático-probatória ou mediante o perflustrar do edital do certame (e-STJ fls. 925/930).

De outro lado, como anotado na decisão agravada, o cumprimento provisório da sentença de nulidade do processo administrativo de concessão de radiodifusão, determinado na origem (e-STJ fls. 1.166/1.168), "poderá, de fato, acarretar a paralisação das atividades da emissora, que foi declarada vencedora no certame, quando há possibilidade de modificação da decisão ou pelo menos de declaração de nulidade do acórdão proferido em embargos de declaração" (e-STJ fl. 1.181).

A concedente (União), inclusive, concordou com a impossibilidade de cumprimento imediato do comando sentencial, diante o risco de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação manifesto na irreversibilidade fática decorrente da anulação do procedimento administrativo em discussão, dado que também foi considerado no *decisum* impugnado (e-STJ fl. 1.181).

Por último, deixo de aplicar a sanção prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 por não vislumbrar caráter manifestamente inadmissível ou improcedente no manejo do presente recurso.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt na Pet 13.209 / DF
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2019/0386020-0

Número de Origem:

00085300320064013400 85300320064013400 125060030503 200634000086409 10078487420194013400
200634000062115

Sessão Virtual de 09/06/2020 a 15/06/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

AUTUAÇÃO

REQUERENTE : RÁDIO CIDADE MAR AZUL FM LTDA

ADVOGADOS : PEDRO HENRIQUE MENEZES NAVES E OUTRO(S) - DF016233

DANIEL FONSÊCA ROLLER - DF017568

NILSON VITAL NAVES - DF032979

REQUERIDO : RADIO O-ATLANTICO COMUNICACOES FM LTDA

ADVOGADOS : FLÁVIO SPEROTTO - SC021404

ROMULO DIEHL VOLACO - SC024143

JACKSON KALFELS - SC044021

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
SERVIÇOS - CONCESSÃO / PERMISSÃO / AUTORIZAÇÃO - RADIODIFUSÃO

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : RADIO O-ATLANTICO COMUNICACOES FM LTDA

ADVOGADOS : FLÁVIO SPEROTTO - SC021404

ROMULO DIEHL VOLACO - SC024143

JACKSON KALFELS - SC044021

AGRAVADO : RÁDIO CIDADE MAR AZUL FM LTDA

ADVOGADOS : PEDRO HENRIQUE MENEZES NAVES E OUTRO(S) - DF016233

DANIEL FONSÊCA ROLLER - DF017568

NILSON VITAL NAVES - DF032979

TERMO

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 15 de junho de 2020