



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**Processo:** 1.0024.08.151440-8/003  
**Relator:** Des.(a) Maurício Soares  
**Relator do Acórdão:** Des.(a) Maurício Soares  
**Data do Julgamento:** 30/09/2022  
**Data da Publicação:** 07/10/2022

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO POPULAR - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO EDITAL DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - NÃO CONHECIMENTO DA REMESSA - ART. 19, DA LEI N. 4.717/65 - PRELIMINARES - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - PERDA DO OBJETO - VÍCIO ULTRA PETITA - REJEITADAS - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO - ACOLHIDA - ART. 485, INCISO VI, DO CPC - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO - NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO EM RELAÇÃO À RESPONSABILIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO - PREJUDICADAS - EXIGÊNCIA RESTRITIVA CONSTANTE NO EDITAL - COMPROMETIMENTO DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME - FAVORECIMENTO DA EMPRESA VENCEDORA EVIDENCIADO - LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADA - VÍCIOS INSTRANSPONÍVEIS - ART. 4º, DA LEI N. 4.717/65 - NULIDADE DO CERTAME E DO CONTRATO FIRMADO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - DECOTE DA DETERMINAÇÃO DE REMESSA DE CÓPIA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO.

- À luz do disposto no art. 19, da Lei n. 4.717/65, a sentença que julga procedente a ação popular não está sujeita à remessa necessária.

- Evidenciado na exordial que o feito tem por objeto a proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa deve ser rechaçada a preliminar suscitada de inadequação da via eleita.

- O encerramento do procedimento licitatório, cujo edital é impugnado no presente feito, com a consequente homologação e adjudicação do objeto, não enseja a perda superveniente do interesse de agir, uma vez que tal fato não convalida eventual nulidade do instrumento convocatório, que pode e deve ser declarada na ação popular, se for o caso, com a consequente desconstituição de seus efeitos.

- A anulação do processo licitatório e do contrato firmado não configuram vício ultra petita, mas sim decorrência lógica do reconhecimento da invalidade do edital em razão do comprometimento da competitividade, o que encontra amparo no art. 4º, inciso III, alínea "b", da Lei n. 4.717/65.

- Diante da inexistência de previsão legal que atribua responsabilidade ao Presidente da Comissão de Licitação pela elaboração do edital do certame, bem como da ausência de individualização na exordial de eventual conduta daquele que se subsuma a qualquer das hipóteses descritas no caput, do art. 6º, da Lei n. 4.717/65, impõe-se o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva, com a consequente extinção do processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, inciso VI, do CPC, em relação ao primeiro apelante.

- Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do Presidente da Comissão de Licitação, restaram prejudicadas as preliminares por ele suscitadas de litisconsórcio passivo necessário dos demais membros da Comissão de Licitação e de nulidade da sentença por falta de fundamentação em relação à sua responsabilização pessoal.

- A ação popular consubstancia-se no procedimento competente para o anseio de anulação ou declaração de nulidade de ato que se demonstre lesivo ao patrimônio público ou a entidade da qual o Estado participe, considerados, para tanto, os atos incongruentes aos princípios que regem a Administração Pública ou que se apresentem em confronto direto com as normas legais que disciplinem sua prática, culminando em notório prejuízo ao erário ou ultraje a bens e valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade.

- Não é pressuposto para o ajuizamento da ação popular a existência de prejuízo financeiro, mas apenas a lesividade do ato impugnado, de forma ampla, já que tal remédio constitucional tem por objetivo também proteger o interesse público intangível, tal como a moralidade administrativa.

- A existência de exigência restritiva no instrumento convocatório, que compromete a competitividade do certame, viola os princípios norteadores do procedimento licitatório, notadamente os da isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa, e configura vício intransponível, que macula todo o certame, sendo, portanto, imperiosa a desconstituição dos efeitos gerados.

- O art. 4º, inciso III, alínea "b", da Lei n. 8.666/93 preconiza que é nulo o contrato firmado pela Administração Pública para a prestação de serviço público quando no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo.

- Constatado que não houve descumprimento da medida liminar, deve ser decotada a determinação constante da sentença de remessa de cópia dos autos ao Ministério Público.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0024.08.151440-8/003 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - REMETENTE:



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DA COMARCA DE BELO HORIZONTE - 1º APELANTE: PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE POLÍTICAS URBANAS DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - 2º APELANTE: VITAL ENGENHARIA AMBIENTAL S/A - 3º APELANTE: MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - APELADO(A)(S): ENIO NORONHA RAFFIN - INTERESSADO(S): PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE, SECRETÁRIO MUNICIPAL DE POLÍTICAS URBANAS DE BELO HORIZONTE

## A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NÃO CONHECER DA REMESSA NECESSÁRIA, DAR PROVIMENTO AO PRIMERIO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO E AO TERCEIRO.

DES. MAURÍCIO SOARES  
RELATOR

DES. MAURÍCIO SOARES (RELATOR)

## V O T O

Trata-se de remessa necessária e apelações cíveis interpostas pelo Presidente da Comissão de Licitação da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas do Município de Belo Horizonte, ora primeiro apelante, pela Vital Engenharia Ambiental S.A., ora segunda apelante, e pelo Município de Belo Horizonte, ora terceiro apelante, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação popular movida por Ênio Noronha Raffin em desfavor dos apelantes, do Prefeito de Belo Horizonte e do Secretário de Políticas Urbanas do Município de Belo Horizonte.

A sentença de f. 689/705, integrada pela decisão dos embargos de declaração de f. 760/762-v, rejeitou as preliminares suscitadas pelos réus e julgou procedente o pedido inicial para: (i) anular a licitação SMURB-001/2007 e o contrato administrativo que foi firmado para a coleta de lixo do Município de Belo Horizonte com a empresa Vital Engenharia Ambiental S.A. e (ii) condenar o ex-Prefeito de Belo Horizonte, Fernando Damata Pimentel; o ex-Secretário de Políticas Públicas Urbanas do Município de Belo Horizonte, Murilo de Campos Valadares; o Presidente da Comissão de Licitação da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas do Município de Belo Horizonte, Gustavo Alexandre Magalhães e a empresa Vital Engenharia Ambiental S.A. ao pagamento de perdas e danos, apurando-se o valor a ser restituído aos cofres públicos na fase executiva, nos termos do art. 11 e 14, da Lei n. 4.717/65.

Condenou os réus, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios a serem arbitrados na fase de liquidação, com fulcro no art. 85, § 4º, inciso II, do CPC, ressalvando a isenção do Município em relação às custas processuais, nos termos do art. 10, inciso I, da Lei estadual n. 14.939/03.

Submeteu o feito à remessa necessária, com fulcro no art. 496, do CPC.

Determinou a remessa de cópia dos autos para o Ministério Público para apuração de eventual crime de improbidade, diante do descumprimento da medida liminar concedida pelo e. TJMG.

O Presidente da Comissão de Licitação da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas do Município de Belo Horizonte alega, em suas razões recursais de f. 765/796, preliminarmente, a: (i) sua ilegitimidade passiva; (ii) nulidade da sentença por ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário, com a integração à lide dos demais membros da Comissão Especial de Licitação e (iii) nulidade da sentença por falta de fundamentação no que tange à sua responsabilização pessoal.

No mérito defende a: (i) inexistência de dano; (ii) ausência denexo causal entre a fonte do dano ao erário identificado na sentença e conduta comissiva ou omissiva a ele atribuída; (iii) falta de elemento subjetivo para sua condenação ao ressarcimento ao erário, em razão da inexistência de dolo ou culpa (iv) legalidade do edital de licitação.

Pugna pelo provimento do recurso para acolher a preliminar suscitada de ilegitimidade passiva e extinguir o processo em relação ao ora recorrente, subsidiariamente, para acolher a preliminar de nulidade do feito por ausência de formação do litisconsórcio passivo necessário, anulando todo o processo e determinando o retorno dos autos à primeira instância, ou, ainda, a cassação da sentença por falta de fundamentação dada a ausência de fundamentos quanto à sua responsabilização pessoal.

Na eventualidade de superadas as preliminares suscitadas, requer, o provimento do recurso para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido inicial.

Preparo às f. 794/796.

A segunda recorrente, Vital Engenharia Ambiental S.A. alega, em suas razões recursais de f. 818/902, preliminarmente, a nulidade da sentença por vício ultra petita, sob o fundamento de que a sentença anulou a licitação e o contrato de concessão sem que tenha sido formulado pedido na exordial nesse sentido, bem como acolheu concomitantemente o pedido principal e o subsidiário, embora o principal, de anulação do edital, tenha perdido o objeto.

No mérito, discorre sobre a: (i) inexistência de direcionamento do procedimento licitatório; (ii) ausência de violação a decisão judicial; (iii) regularidade do edital; (iv) constatação pelo TCE de que não houve dano ao erário; (v) lesividade advinda da anulação do contrato, posto que colocará o Município em situação precária e de instabilidade no que diz respeito a destinação ambiental adequada de seus resíduos, além de demandar a realização de novo e dispendioso certame, em prejuízo ao erário; (vi) necessidade de observância do prazo decadencial previsto no art. 54, da Lei n. 9784/99 e (vii) aplicação da teoria do fato consumado.

Pugna pelo provimento do recurso para reconhecer a nulidade da sentença por vício ultra petita na parte em que anulou a licitação e o contrato de concessão firmado decotando-a, bem como para reformar a sentença para julgar improcedente o pedido, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais, bem como para tornar sem efeito a determinação de remessa de cópia dos autos ao Ministério Público.

Preparo às f. 1.782/1.783.

O Município de Belo Horizonte, ora terceiro apelante, em suas razões recursais de f. 1.785/1.797, alega, preliminarmente, a: (i) perda superveniente do objeto e (ii) inexistência de direito difuso tutelado pelo autor da ação.

No mérito argui a: (i) inexistência de fundamento para a anulação do contrato, uma vez que a lesividade residiria em eventual sobrepreço contratual, fato não apontado na r. sentença; (ii) legalidade das cláusulas do edital e (iii) ausência de violação do princípio da impessoalidade e de favorecimento da empresa vencedora no certame.

Pugna pelo provimento do recurso para acolher as preliminares suscitadas, julgando extinto o processo, subsidiariamente, para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido inicial.

Dispensado o preparo, com fulcro no art. 1.007, § 1º, do CPC.

Apesar de regularmente intimado, o apelado não apresentou contrarrazões, conforme certificado à f. 1.806-v.

A douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer às f. 1.857/1863-v manifestando-se pelo acolhimento da preliminar de nulidade do feito por ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário, com o consequente retorno dos autos à origem para emenda à inicial e regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

Não conheço da remessa necessária, posto que não configurada a hipótese descrita no art. 19, da Lei n. 4.717/65, que por se tratar de norma específica prevalece sobre o disposto no art. 496, do CPC.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos voluntários.

## PRELIMINARES

### Inadequação da via eleita

Assevera o terceiro apelante que o autor utilizou a presente ação para persecução de interesses individuais e não de direito difuso, posto que o recurso administrativo apresentado pela licitante SARPI Sistemas Ambientais Comércio Ltda., única empresa inabilitada no certame, contém *ipsis literis* a mesma argumentação deduzida na exordial, o que evidencia que as petições foram redigidas pela mesma pessoa, com intuito de seguir interesse individual econômico da supracitada empresa.

Ressalta que os dois primeiros parágrafos do item I da petição inicial foram dirigidos tão somente à propaganda pessoal do autor, indagando "o que teria levado o apelado a carrear seu livro (fl. 307) aos autos".

Pois bem.

Como cediço, é imprescindível ao cabimento da ação popular, a existência de suposta ilegalidade ou lesividade insurgidas de um dado ato administrativo, incorrendo-se, pois, na sua imperativa existência fática, assim como na premissa de que, daquele, emergjam efeitos reais, culminando na patente impossibilidade de sua insurgência em face de conjecturas em abstrato.

Sobre o tema, colha-se a precisa lição de Hely Lopes Meirelles:

Dentre os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público pode estar até mesmo a lei de efeitos concretos, isto é, aquela que já traz em si as consequências imediatas de sua atuação - como a que desapropria bens, a que concede isenções, a que desmembra ou cria Município, a que fixa limites territoriais, e outras dessa espécie. Tais leis só o são em sentido formal, visto que materialmente se equiparam aos atos administrativos, e, por isso mesmo, são atacáveis por ação popular ou por mandado de segurança,

conforme o direito ou interesse por elas lesado, mas é incabível a ação popular contra a lei em tese. (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editora, 36ª edição, 2014, p.191)

Consigne-se, nesse viés, por derradeiro, a probabilidade do cabimento da ação popular em caráter preventivo, consoante Hely Lopes Meirelles continua a lecionar, em sua obra Mandado de Segurança e Ações Constitucionais:

Como meio preventivo de lesão ao patrimônio público, a ação popular poderá ser ajuizada antes da consumação dos efeitos lesivos do ato.

(...)

Na ampla acepção administrativa, ato é a lei, o decreto, a resolução, a portaria, o contrato e demais manifestações gerais ou especiais, de efeitos concretos, do Poder Público e dos entes com funções públicas delegadas ou equiparadas. Ato lesivo, portanto, é toda manifestação de vontade da Administração danosa aos bens e interesses da comunidade. Esse dano pode ser potencial ou efetivo. Assim sendo, não é necessário que se aguarde a conversão do ato em fato administrativo lesivo para intentar a ação. (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editora, 36ª edição, 2014, p.186)

No caso em apreço, depreende-se da exordial que o autor da ação popular é claro ao apontar ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa, consistente na existência de cláusulas ilegais e inconstitucionais no edital impugnado, que teria sido elaborado de forma direcionada para o favorecimento da empresa Vital Engenharia Ambiental Ltda. no certame, em patente violação aos princípios da isonomia e da competitividade que regem o procedimento licitatório.

Conclui-se, portanto, que os argumentos trazidos pelo terceiro recorrente, por si só, não são suficientes para desvirtuar a natureza do presente feito, que tem por objeto a declaração de nulidade de ato administrativo, com vistas à proteção do interesse público, pelo que rejeito a preliminar suscitada.

#### Perda superveniente do objeto

Atesta o ente público que o apelado limitou-se a pleitear a declaração de nulidade do edital, não podendo ser subentendido que tal pleito ampara a nulidade do contrato, pelo que, diante da homologação e adjudicação do objeto da licitação impõe-se o reconhecimento da perda superveniente do objeto da ação popular, com a consequente extinção do feito, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC.

Da leitura da exordial verifica-se que foi formulado pedido de declaração de nulidade do edital do procedimento licitatório, sob o fundamento de que este seria lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa, por padecer de inconstitucionalidades, ilegalidades e violar princípios administrativos.

Com efeito, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que a superveniente homologação do procedimento licitatório e adjudicação de seu objeto ao vencedor não importa na perda do objeto da ação interposta para impugnar ato naquele praticado, uma vez que eventual nulidade existente no certame contamina a adjudicação e a posterior celebração do contrato.

Assim, embora o processo licitatório SMURB-001/2007, cujo edital é impugnado no presente feito, já tenha se encerrado, tal fato não convalida eventual nulidade do instrumento convocatório, que pode e deve ser declarada nesta demanda, se for o caso, não havendo que se falar em inutilidade ou desnecessidade do feito.

Nesse contexto, possui o requerente interesse de agir quanto ao pedido de declaração de nulidade do ato apontado como lesivo, exercido por meio da presente ação popular.

Deste modo, rejeito a preliminar suscitada.

#### Nulidade da sentença por vício ultra petita

Narra o segundo apelante que o autor pugnou na exordial pela declaração de nulidade do edital e, subsidiariamente, na hipótese de não ser deferida a liminar e de se operar a contratação no curso da lide, que fossem apuradas eventuais responsabilidades.

Informa que como em 18/09/2008 houve a homologação e adjudicação do objeto da licitação, restou configurada a perda superveniente do interesse de agir em relação ao pedido principal, estando pendente de apreciação judicial, portanto, apenas o pleito subsidiário.

Não obstante, a r. sentença anulou o certame e o contrato administrativo, em patente vício ultra petita, pelo que se impõe o reconhecimento da sua nulidade, com a consequente extinção sem julgamento do mérito do pleito de invalidação formulado pelo apelado na exordial.

Pois bem.

No caso em apreço verifica-se que foram formulados dois pedidos na exordial, um de natureza

declaratória e um de natureza condenatória, consistindo o primeiro na declaração de nulidade do edital do processo licitatório e o segundo na condenação dos réus, de forma solidária, ao pagamento de perdas e danos ao erário.

Com efeito, é viável a pretensão de ressarcimento de valores quando o ato apontado tenha causado efetivo prejuízo ao erário, porém, tal pedido não pode ser apresentado de forma isolada, como pretensão principal e única da lide, já que a ação popular é uma demanda eminentemente desconstitutiva ou constitutiva negativa, por meio da qual se busca a anulação ou nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, tendo natureza condenatória secundária, apenas no caso de dano concreto.

Nesse sentido é a previsão do art. 11, da Lei n. 4.717/65, o qual revela que a sentença de procedência da ação popular precipuamente decretará a invalidade do ato lesivo impugnado, e se for o caso condenará os responsáveis por sua prática em persas e danos. Confira-se:

Art. 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

Portanto, o pedido de condenação dos agentes ao ressarcimento de danos causados ao erário, sem o corresponde pleito de invalidade do ato lesivo, não pode subsistir.

In casu, conquanto o autor tenha utilizando no momento de formulação dos pedidos a expressão "subsidiariamente", o que define se um pedido é subsidiário, alternativo ou sucessivo é a sua natureza e não a terminologia utilizada pelo autor, sendo evidente no caso em apreço que o pleito de condenação ao pagamento de perdas e danos somente é possível se invalidado o ato impugnado, tratando-se aquele, portanto, de pedido sucessivo e não subsidiário.

O autor foi claro ao consignar no pedido "v.b" (f. 35) que na hipótese de não ser deferido o pedido liminar e sobrevindo a contratação pugnava pela apuração das responsabilidades e conseqüente condenação dos réus a perdas e danos, não havendo qualquer óbice à cumulação dos pleitos declaratório e condenatório, conforme realizado nos autos.

Prossequindo, conforme já esclarecido na análise da preliminar anterior não há que se falar em perda superveniente do interesse de agir em relação ao pedido declaratório, pelo que passo à análise do suposto vício ultra petita.

Segundo o princípio da congruência o magistrado está adstrito aos limites propostos pelas partes, não podendo decidir aquém, além ou fora da controvérsia instaurada na lide, sob pena de macular o decisum de vício citra, ultra ou extra petita, respectivamente.

Acerca do tema os artigos 141 e 492, ambos do CPC estabelecem:

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

Da leitura da r. sentença constata-se que o MM. Juízo a quo decidiu exatamente sobre os pedidos formulados pelo autor, não havendo que se falar em violação ao princípio da congruência. E diferentemente do que pretende fazer crer a segunda apelante, nota-se que o magistrado reconheceu a existência das irregularidades descritas na inicial, consignando entendimento no sentido de que as ilegalidades existentes no edital maculam o procedimento licitatório sendo imperiosa a desconstituição dos efeitos gerados.

Conforme preconiza o art. 4º, inciso III, alínea "b", citado pelo MM. Juiz na fundamentação do decisum, é nulo o contrato firmado pela Administração Pública para a prestação de serviço público quando no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo.

Destarte, a anulação da licitação e do contrato administrativo firmado nada mais é do que decorrência lógica do reconhecimento da existência de vícios intransponíveis no edital, que tornam o certame e o contrato firmado em decorrência deste ilegais.

Com tais considerações, rejeito a preliminar em comento.

Ilegitimidade passiva do primeiro apelante

Argumenta o Presidente da Comissão de Licitação que as ilegalidade apontadas na r. sentença e que teriam levado à nulidade da licitação dizem respeito à elaboração do edital, da qual não participou, tendo sua atuação se limitado à condução do processo de licitação à luz do referido edital, nos termos do art. 6º, inciso XVI, da Lei n. 8.666/93.

Destaca que não há na petição inicial qualquer alegação de que a comissão de licitação teria, de

maneira ilegal, deixado de aplicar as regras do edital, de modo a prejudicar a competitividade da licitação, e sim que a licitação foi formatada para prejudicar a competitividade.

Afirma, ainda, que não houve descumprimento de decisão judicial, uma vez que a decisão liminar que determinou a suspensão do certame, em sede de agravo de instrumento, foi proferida em 21/06/2009, quase um ano após o fim da licitação e da consequente dissolução da comissão de licitação, o que ocorreu em 18/09/2008.

Pois bem.

O caput, do art. 6º, da Lei n. 4.717/65 dispõe sobre os legitimados a figurarem no polo passivo da ação popular, in verbis:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. (...) (Destaquei)

Da detida análise dos autos verifica-se que embora o autor tenha incluído o primeiro apelante no polo passivo da ação popular, não dedicou uma linha sequer a apontar qual seria a correlação entre este e as supostas ilegalidades e inconstitucionalidades existentes no edital impugnado.

Com efeito, o art. 51, caput, da Lei n. 8.666/93 traz as atribuições da Comissão Permanente de Licitação, dentre as quais não está elencada a elaboração de instrumento convocatório.

Neste ponto, registre-se por oportuno, que a responsabilidade prevista no § 3º do supracitado artigo, diz respeito aos atos praticados pela Comissão de Licitação, não podendo, portanto, ser aplicado no presente caso, já que não há subsunção do fato à norma.

Ademais, o art. 40, § 1º, da Lei n. 8.666/93 preconiza que a autoridade competente deverá assinar o edital, o que por si só, enseja a responsabilização daquela pelas cláusulas constantes neste, ainda que não o tenha redigido. E, no caso em apreço, o "Aviso de Concorrência - Parceria Público-Privada na Modalidade Concessão Administrativa - Processo Administrativo n. 01.089205.07.10" (f. 121/122), bem como o "Edital de Concorrência - Parceria Público-Privada na Modalidade Concessão Administrativa - Processo Administrativo n. 01.089205.07.10" (f. 123/156), foram assinados pelo Secretário Municipal de Políticas Urbanas em 18/03/2008.

Portanto, diante da inexistência previsão legal que atribua responsabilidade ao Presidente da Comissão de Licitação pela elaboração do edital do certame, bem como da ausência de individualização na exordial de eventual conduta daquele que se subsuma a qualquer das hipóteses descritas no caput, do art. 6º, da Lei n. 4.717/65, impõe-se o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada, para extinguir o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, inciso VI, do CPC, em relação ao primeiro apelante.

Nulidade do processo por ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário

Diante do reconhecimento da ilegitimidade passiva do Presidente da Comissão de Licitação restou prejudicada a análise da preliminar de litisconsórcio passivo necessário dos demais membros da Comissão de Licitação.

Nulidade da sentença por falta de fundamentos que levariam à responsabilização pessoal do primeiro apelante

Diante do reconhecimento da ilegitimidade passiva do primeiro recorrente restou prejudicada a análise de tal preliminar.

## MÉRITO

Na espécie, o autor ajuizou ação popular com pedido liminar em 31/07/08, tendo por objeto a anulação do Edital n. 001/2007 - SMURBE do procedimento licitatório, na modalidade concorrência, promovido pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, por meio da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas, para a contratação de Parceria Público-Privada, na forma de Concessão Administrativa, tendo por escopo a prestação do serviço público de disposição final em aterro sanitário e tratamento dos resíduos sólidos provenientes da limpeza urbana do Município de Belo Horizonte, sob o argumento de que o instrumento convocatório contém cláusulas ilegais e inconstitucionais, e foi expedido de forma direcionada para favorecer a empresa Vital Engenharia Ambiental Ltda. no certame.

O pedido liminar de suspensão do certame foi indeferido pelo MM. Juiz, sendo tal decisão posteriormente reformada por esta c. 3ª Câmara Cível, nos autos do agravo de instrumento n. 1.0024.08.151440-8/001, julgado em 25/06/2009.

Ocorre que, quando deferida a medida liminar nesta instância recursal, o procedimento licitatório já

havia se encerrado, posto que homologado e adjudicado o objeto em 18/09/08, com a respectiva celebração do contrato de concessão em 25/11/08.

Após o regular processamento do presente feito o MM. Juiz julgou procedente o pedido, sob o fundamento de que as inúmeras irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nos autos da Representação n. 747.024 "caracterizam o dano ao erário, posto que a igualdade de condições a todos os concorrentes, permite a competitividade entre os interessados, e é imprescindível na licitação, e abarca os princípios da impessoalidade e moralidade, a serem observados de forma cogente pelo administrador público", aplicando o disposto no art. 4º, inciso III, alínea "b", da Lei n. 8.666/93 para anular o certame e o contrato firmado, além de condenar os réus ao pagamento de perdas e danos.

Cinge-se a controvérsia ora posta em exame pela segunda e pelo terceiro recorrente na verificação do acerto da sentença hostilizada.

Pois bem.

Estabelece o artigo 1º, da Lei n. 4.717/65, em seu caput e § 1º:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Ainda sobre o objeto da ação popular, preconiza, igualmente, o artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Da apreciação articulada da dicção dos dispositivos supratranscritos infere-se que a ação constitucional, nomeada ação popular, consubstancia-se no procedimento competente para o anseio de anulação ou declaração de nulidade de ato que se demonstre lesivo ao patrimônio público ou, ainda, àquele pertencente a entidade que possua participação do Estado, considerados, para tanto, os atos incongruentes aos princípios que regem a Administração Pública ou em confronto direto com as normas legais que disciplinem sua prática, culminando em notório prejuízo ao erário ou ultraje a bens e valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade.

Ademais, não é pressuposto para o ajuizamento da ação popular a existência de prejuízo financeiro, mas apenas a lesividade do ato impugnado, de forma ampla, já que tal remédio constitucional tem por objetivo também proteger o interesse público intangível, tal como a moralidade administrativa.

Coligindo o vasto acervo documental que instruiu o feito verifica-se que o certame regido pelo Edital n. 001/2007 - SMURB foi suspenso diversas vezes por decisões do TCEMG, da Administração Pública e deste e. TJMG, desde a publicação da sua primeira versão em julho de 2007, em razão da existência de uma série de irregularidades no instrumento convocatório, constatadas pelo órgão técnico do Tribunal de Contas, que se perpetuaram apesar da promoção de alterações pela Administração.

A primeira suspensão foi determinada em 02/10/07 nos autos da Representação n. 739.342, em razão da constatação pela Unidade Técnica do TCEMG (Diretoria de Análise Formal de Contas/Diretoria de Auditoria Externa) de irregularidades na versão inicial do certame, na forma de credenciamento.

Em 18/12/07 foi autorizado pelo TCEMG o prosseguimento do certame, após a publicação de nova versão do edital com as alterações pertinentes apontadas pelo órgão técnico, sendo determinado, ainda, que fosse incluída cláusula "no sentido de facultar ao credenciado desistir da assinatura do contrato, caso seja do seu interesse" e recomendada a "realização de estudos que assegurem a preservação ao princípio da economicidade, levando em conta fórmula paramétrica, na hipótese em que a tonelagem depositada por credenciamento ultrapassasse o montante total estipulado de 3.178 toneladas/dia prevista no Edital". Outrossim, foi salientado que se o ente público decidisse revogar o edital deveria comunicar tal fato ao Tribunal de Contas, ficando advertido de que na hipótese de abertura de novo procedimento com o mesmo objeto deveria encaminhar cópia do edital deste, devidamente publicado, sob pena de sanção.

No dia 07/02/2008 foi publicado no Diário Oficial do Município - DOM a suspensão administrativa do Processo de Credenciamento n. 001/2007.

Após a promoção de novas alterações no instrumento convocatório, foi publicada sua terceira versão em 20/03/08, desta vez na modalidade concorrência, o que ensejou nova determinação de suspensão do certame, em 07/05/08, nos autos do Mandado de Segurança n. 0024.08.073141-7 e, em 14/05/08, nos autos da Representação n. 747.024.

A determinação de suspensão exarada na Representação n. 747.024 baseou-se na manifestação da Unidade Técnica do TCEMG - DAE/DAC (f. 1.271/1.307), que analisou o novo edital como um todo, considerando os apontamentos efetuados na exordial da representação e nas decisões emanadas nos autos da Representação n. 739.342 e concluiu pela existência de falhas que comprometem a regularidade da licitação, in verbis:

"(...)

#### 4 - Conclusão

Os apontamentos aqui registrados permitem concluir que os estudos apresentados para a licitação não demonstraram ser consistentes e suficientes para embasar uma contratação de interesse público relevante, envolvendo valores vultosos, longo prazo contratual e expressivo impacto ambiental.

Além das inconsistências na própria elaboração do edital e anexos, a modelagem utilizada não atende aos requisitos necessários para contratação de uma parceria público-privada, conforme previsto na legislação específica, principalmente no que concerne às diretrizes de eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade, transparência dos procedimentos, repartição objetiva de riscos entre as partes e sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas do projeto.

Apesar de se tratar de contratação de serviço essencial, que atualmente está amparada por contrato emergencial, que precisa de solução urgente por parte da Administração Pública Municipal, entende este Órgão Técnico, s.m.j., que a alteração pontual de itens editalícios não será suficiente para que a Administração firme contrato que irá atender ao interesse público, uma vez que as falhas verificadas estão relacionadas com a modelagem da contratação ora proposta."

O Município de Belo Horizonte, em 23/06/08, impetrou o Mandado de Segurança n. 1.0000.08.477460-3/000 com pedido liminar de suspensão da decisão do TCEMG exarada na Representação n. 747.024, o que foi deferido em 02/07/08.

Também foi interposto pelo ente público, na referida data, pedido de Suspensão Liminar em MS n. 1.0000.08.477461-1/000, concedido em 22/07/08, no qual foi determinada a suspensão dos efeitos da medida liminar exarada nos autos do mandamus n. 0024.08.073141-7.

Em 16/07/08 foi elaborado novo relatório pela Unidade Técnica do TCEMG (f. 598/656), manifestando-se pela necessidade de manutenção da suspensão do certame, diante da persistência de irregularidades que comprometem a competitividade do certame, in verbis:

O procedimento licitatório foi concluído em 18/09/08, com sua homologação e adjudicação do objeto à empresa vencedora e a consequente celebração do contrato de concessão em 25/11/08.

Defendem os apelantes a inexistência de vícios no edital.

Ocorre que, o conjunto probatório que compõe a presente demanda, especialmente o relatório técnico elaborado pelo TCEMG (f. 598/656), restou evidenciada a existência de exigências demasiadamente restritivas no Edital n. 001/2007, desde a sua primeira versão, notadamente a insuficiência do prazo para apresentação da Licença Ambiental de Operação - LO, que foi mantida apesar das alterações promovidas nas versões posteriores.

Ademais, foram destacadas pela Unidade Técnica do TCEMG as seguintes irregularidades: (i) ausência de motivação para alteração da modalidade da licitação de credenciamento para concorrência, bem como a ausência de realização de nova consulta pública após a referida alteração; (ii) inconsistências nos estudos de viabilidade realizados, não tendo sido realizado novo estudo após as alterações promovidas no edital; (iii) dúvida razoável se o valor das propostas engloba ou não o custo do transporte; (iv) ausência de razoabilidade na exclusividade da destinação dos resíduos à uma única empresa e (v) ausência de parâmetro preciso a fim de avaliar a exequibilidade das propostas apresentadas.

Diante da importância das considerações constantes no relatório técnico elaborado pelo TCEMG (f. 598/656) para solução da controvérsia em análise, peço vênias para colacionar os seguintes trechos que detalham melhor os vícios supracitados:





# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

(...)

Prosseguindo, alegam os recorrentes que não houve direcionamento do certame, não havendo que se falar em favorecimento da empresa Vital Engenharia Ambiental, tampouco em violação do princípio da impessoalidade.

Conforme narrado pela Unidade Técnica do TCEMG no relatório supracitado (f. 605/607), o problema de destinação dos resíduos sólidos de Belo Horizonte vem se arrastando desde 2002, quando uma licitação para concessão do aterro sanitário foi revogada, passando pelas tentativas de ampliação da Licença de Operação da CTRS BR-040 junto a FEAM e a celebração de um Protocolo de Intenções com o Município de Esmeraldas com vistas à assinatura de futuro convênio de cooperação, através do qual, os dois municípios somariam esforços para a construção de aterro público no território deste último, que pudesse ser utilizado por ambos.

Em 10/11/06 foi iniciado procedimento de Chamamento Público para o recebimento de propostas técnicas ofertando alternativas para o tratamento e/ou disposição final dos resíduos gerados na Capital Mineira.

Conquanto o Município defenda a urgência da escolha de empresa para a prestação do serviço público, decorrente do final da vida útil do aterro da BR-040, o que supostamente impediria a estruturação de uma licitação para permitir que empresas que não tem condições de atender a esta necessidade de imediato possam se organizar para uma futura prestação de serviços, tal argumento não se sustenta, uma vez que o ente público tinha plena ciência do problema relativo à destinação de lixo há anos, não tendo promovido um planejamento de médio/longo prazo para solucionar a questão.

À época do Chamamento Público, no final de 2006, só havia duas empresas potencialmente aptas a iniciar, num curto prazo, a prestação dos serviços de destinação final dos resíduos sólidos do Município de Belo Horizonte, a Vital Engenharia Ambiental S.A., que já dispunha de aterro com Licença Ambiental de Operação, e a Veja Ambiental Engenharia S.A., que precisaria de prazo para a obtenção de licença para o recebimento de resíduos domiciliares até 2008 e diante do esgotamento da capacidade do CTRS-BR040 optou-se pela contratação emergencial da Vital, cujo contrato foi celebrado em 06/07/07, com validade de 180 dias.

Some-se a isto o curioso fato de que apesar do vultoso investimento realizado pela segunda apelante, no período de novembro de 2005 a junho de 2007, de cerca de 26 milhões de reais no aterro sanitário, até firmar o primeiro contrato com o Município de Belo Horizonte, em julho de 2007, tinha firmado contratos com outros municípios e empresas que utilizavam somente 6% da capacidade total do empreendimento (f. 607/608).

O órgão técnico destacou ainda que "depreende-se, pelos documentos anexados aos autos, que a única empresa capaz de vencer a Concorrência em tela, hoje, com a apresentação imediata da Licença de Operação é a Vital Engenharia Ambiental S.A., atualmente contratada por dispensa de licitação", reiterando seu entendimento de que "as empresas só fazem grandes desembolsos diante da realidade eminente de uma contratação, haja vista os grandes riscos envolvidos".

Desta forma, considerando que o Município de Belo Horizonte tinha plena ciência, desde 2006, quando realizou o Chamamento Público, de que a única empresa que possuía a Licença Ambiental de Operação - LO, a insuficiência de prazo no Edital n. 001/2007 para que outros licitantes possam apresentar tal licença viola flagrantemente os princípios norteadores do procedimento licitatório, notadamente os da isonomia, impessoalidade e moralidade administrativa, comprometendo a competitividade do certame.

Quanto à alegação de que outras licitantes teriam passado da fase de habilitação para a fase de apresentação de propostas, o que, em tese, afastaria o favorecimento da segunda apelante, esclareço que para fins de habilitação não foi exigida a apresentação de Licença de Operação, devendo esta ser apresentada somente no momento da contratação. E conforme exaustivamente explicado no relatório técnico do TCEMG, a única empresa que possuía à época da habilitação LO era a Vital Engenharia Ambiental S.A., e o lapso temporal entre a publicação do edital e a celebração do contrato de concessão não possibilitava que empresas interessadas pudessem providenciar a referida licença, cujo prazo mínimo para liberação era de 12 meses, conforme constatado nos autos da Representação n. 739.342.

Sustentam os recorrentes que não há prova de prejuízo a erário, pelo que não há que se falar em nulidade do certame e do contrato.

Conquanto o r. acórdão da Representação n. 747.024, extinta em 05/07/17, em razão da prescrição da pretensão punitiva do TCEMG, tenha consignado "a ausência de indícios de irregularidades passíveis de dano ao erário, conforme relatório técnico à fl. 854/856 dos autos 747.024", elaborado pela Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, esclareço que, a existência de prejuízo financeiro não é pressuposto para o ajuizamento da ação popular, mas apenas a lesividade do ato impugnado, de forma ampla, já que tal remédio constitucional tem por objetivo também proteger o interesse público intangível, tal como a moralidade administrativa.

O STF inclusive reconheceu a repercussão geral da matéria no ARE n. 824.781/MT, asseverando o entendimento da Corte no sentido de ser cabível a ação popular, ainda que não reste comprovado o prejuízo material aos cofres públicos, por visar tal instrumento a defesa também do patrimônio moral, cultural e histórico. Confira-se:

Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa. Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que é condição da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida. 1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A decisão objurgada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem

como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico. 3. Agravo e recurso extraordinário providos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência. (STF - ARE 824781 RG/MT, Tribunal Pleno, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe 08/10/2015)

Portanto, a ausência de indícios de dano material ao erário atestada pela Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia - CFOSE (f. 658) não é argumento hábil a afastar a lesividade do ato impugnado.

Com efeito, a ausência de competitividade do certame, decorrente das exigências restritivas previstas no instrumento convocatório e do favorecimento de uma das licitantes, configura vício intransponível que macula todo o certame, sendo, portanto, imperiosa a desconstituição dos efeitos gerados.

Nesse sentido, o art. 4º, inciso III, alínea "b", da Lei n. 8.666/93 preconiza que é nulo o contrato firmado pela Administração Pública para a prestação de serviço público quando no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo.

Quanto à alegação de decadência, o art. 54, da Lei n. 9.784/99 prevê que:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Da leitura do citado dispositivo depreende-se que este se refere às hipóteses em que o Estado revoga seus próprios atos, diante do seu poder de autotutela.

Não sendo tal dispositivo aplicável ao caso em exame, uma vez que não há que se falar em exercício do poder de autotutela, mas sim na inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Ademais, o referido dispositivo não se aplica aos atos administrativos flagrantemente inconstitucionais, como ocorre na hipótese em análise, que o ato impugnado viola flagrantemente os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa (art. 37, CF/88).

Nesse sentido já se manifestou o c. STF:

**AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DECISÃO QUE DETERMINA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ QUE PROMOVA O DESLIGAMENTO DE SERVIDORES IRREGULARMENTE ADMITIDOS SEM CONCURSO PÚBLICO APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. APLICAÇÃO DIRETA DO ART. 37, CAPUT, E INCISO II, DA CF/88. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE EM SITUAÇÕES FLAGRANTEMENTE INCONSTITUCIONAIS. RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. O concurso público é elemento nuclear da formação de vínculos estatutários efetivos com a Administração, em quaisquer níveis.

2. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de cargo na Administração Pública sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. (Precedente: MS nº 28.297/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ de 29/4/11).

. Agravo regimental não provido.

(STF, MS 30014 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013) (grifo nosso).

Relativamente ao pleito de aplicação da Teoria do Fato Consumado, embora se admita a utilização desta em casos excepcionais, no caso em apreço, é inadmissível o seu emprego, posto que o interesse particular da segunda apelante, na manutenção dos efeitos de ato eivado de nulidade do qual é beneficiária, não pode se sobrepor ao interesse público de dar cumprimento ao dispositivo constitucional que impõe a observância dos princípios da moralidade e da impessoalidade à administração pública.

Conquanto a situação irregular venha se perpetuando no tempo, a nulidade do edital em razão do comprometimento da competitividade e direcionamento do certame é um vício que não pode ser convalidado e contamina todos os atos dele derivados.

Assim, diante da lesividade do ato impugnado à moralidade administrativa e considerando que o certame já foi encerrado, com a contratação da empresa vencedora do certame, impõe-se o reconhecimento da nulidade do edital e a desconstituição do procedimento licitatório e do contrato firmado, como realizado pelo MM. Juiz.

Por fim, no que diz respeito à determinação de remessa de cópia dos autos para o Ministério Público para apuração de eventual crime de improbidade, fundada em suposto descumprimento da medida liminar concedida por este e. TJMG, da detida análise dos autos verifica-se que assiste razão ao segundo apelante.

Isso porque, contrariamente ao consignado na sentença, não houve o descumprimento da decisão liminar exarada nos autos do agravo de instrumento n. 1.0024.08.151440-8/001, posto que esta foi

proferida após o encerramento do certame, devendo, portanto, tal determinação ser decotada da sentença.

Isso posto, DOU PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Presidente da Comissão de Licitação, extinguindo o feito sem resolução do mérito em relação a este, com fulcro no art. 485, inciso VI, do CPC.

Custas recursais pelo apelado, isento de pagamento, com fulcro no art. 5º, inciso LXXIII, da CF/88.

DOU PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO, apenas para decotar a determinação de remessa de cópia dos autos ao Ministério Público.

Custas recursais pela apelada.

NEGO PROVIMENTO AO TERCEIRO RECURSO.

Custas recursais pelo apelado, isento de pagamento, com fulcro no art. 10, da Lei n. 14.939/03.

É como voto.

ECURSO.

DESA. ALBERGARIA COSTA

- Reexame Necessário

Não conheço o reexame necessário, eis que na ação popular há regramento próprio dispondo que a remessa de ofício se faz em favor do autor (art.19, Lei nº 4.717/65).

- Recursos de Apelação

Conheço os primeiro, segundo e terceiro recursos de apelação, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

Questões Preliminares

Inadequação da via eleita

A Constituição Federal outorgou ao cidadão a prerrogativa de promover a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa através da ação popular, dispondo seu art. 5º, LXXIII que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (...);".

No caso concreto, questionada a ilegalidade do edital impugnado e apontada a lesividade do ato, não há que se falar em inadequação da via eleita.

Rejeito a preliminar.

Perda superveniente de objeto e julgamento ultra petita

A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido inicial para anular a licitação regida pelo Edital nº 001/2007, bem como o contrato administrativo firmado entre Vital Engenharia Ambiental S/A. e o Município de Belo Horizonte para a prestação do serviço de disposição e tratamento de resíduos sólidos, condenado os requeridos ao pagamento de perdas e danos.

Embora tenha o autor popular requerido apenas a declaração de nulidade do edital, é certo que todos os atos subsequentes praticados em decorrência do instrumento nulo estão igualmente viciados, entre eles a homologação do resultado, a adjudicação do objeto licitado e a celebração do contrato administrativo.

Isso ocorre pela própria "natureza do procedimento licitatório, em que nenhum ato pode ser isolado em si mesmo e nem se sustenta por si próprio ou isoladamente" (Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed, p.567 e 681).

Exatamente por isso, não viola o princípio da congruência a sentença que reconhece a nulidade do edital e, por consequência, do contrato administrativo decorrente, simplesmente porque o instrumento nulo é incapaz de produzir efeitos válidos no mundo jurídico.

Pelos mesmos motivos, não há que se falar em perda de objeto ou ausência superveniente do interesse

de agir, pois a conclusão do processo de licitação não suprime a necessidade e utilidade do provimento judicial, para o fim de ver reconhecida a sua nulidade.

Isso posto, rejeito igualmente estas preliminares.

Ilegitimidade passiva e litisconsórcio passivo necessário

Alega-se a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário do Presidente da Comissão de Licitação da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas do Município de Belo Horizonte e dos demais membros da comissão de licitação.

Com efeito, por força do artigo 47 do CPC/73, então vigente, há litisconsórcio necessário quando a lide tiver de ser decidida de forma uniforme para todas as partes, seja por disposição de lei, seja em razão da natureza da relação jurídica em litígio. E o artigo 51, §3º da Lei nº 8.666/93 é expresso ao consignar que "os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão".

Este raciocínio, de fato, induziria à nulidade do processo por ausência de citação dos litisconsortes necessários, não estivesse o Magistrado adstrito aos limites objetivos da pretensão, o que se faz por força do princípio da congruência.

Isso porque o pedido inicial do autor popular consistiu na declaração de nulidade do Edital nº 001/2007, "diante da enxurrada de inconstitucionalidades e ilegalidades que o maculam como um todo", e da lesividade que esses vícios trazem aos princípios da Administração (fls.35).

Como causa de pedir, alegou "fortes indícios de direcionamento da concorrência para beneficiar a contratação da empresa privada Vital" (fls.03); que "uma série de exigências contidas no Edital se tipificam como atos ilegais" (fls.07); que "estas cláusulas ilegais acabam por culminar em lesão à moralidade administrativa" (fls.07); que "da forma como está redigido, o Edital inibe a participação de diversas proponentes" (fls.08); que o prazo de 90 dias para obtenção da Licença de Operação (item XV.3, alínea "d" do Edital) é "superlativamente exíguo e ilegal para tal finalidade" (fls.10); que o edital não prevê outro mecanismo para suprir a apresentação das licenças ambientais, cujo processo é extremamente moroso (fls.14); que a "exigência editalícia afeta à obtenção de uma Licença de Operação relativa à capacidade do aterro em receber resíduos por 5 anos trouxe ilícita limitação à disputa" (fls.21); que o "edital, como está elaborado, prejudicará as receitas do Município de Belo Horizonte" (fls.31).

Note-se que o pedido inicial e a causa de pedir da ação popular apontaram para a existência de vícios nas próprias cláusulas do edital de licitação, mas não indicaram qualquer atuação ilegal do Presidente da Comissão de Licitação na condução do certame.

Segundo o artigo 6º, XVI da Lei nº 8.666/93, a Comissão de Licitação tem "a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes", mas não tem participação na elaboração do instrumento de convocação - in casu, a cargo do próprio Município de Belo Horizonte e da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas (fls.63).

Dessa forma, se não foi apontada qualquer conduta ilegal da Comissão de Licitação - cuja atividade, a propósito, deve estar rigorosamente atrelada aos "critérios objetivos definidos no edital ou convite" (arts. 44 e 45, Lei nº 8.666/93) - não há que se falar em legitimação passiva do seu Presidente e tampouco em litisconsórcio necessário com os demais membros da Comissão.

Isso posto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva para extinguir o processo relativamente ao Presidente da Comissão de Licitação, nos moldes do artigo 485, VI do CPC/15. Por consequência, fica prejudicada a preliminar de litisconsórcio passivo necessário.

- Questões de Mérito

No mérito, resta perquirir acerca da ilegalidade e lesividade do edital questionado pelo autor popular.

Neste sentido, o artigo 4º, III, "b" da Lei nº 4.717/65 prescreve que serão nulos os atos ou contratos

celebrados, quando "no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;"

No caso concreto, observa-se que o edital nº 001/2007 possui cláusulas que foram expressamente reconhecidas pelo Tribunal de Contas do Estado - TCE como transgressoras da competição, uma vez que somente uma empresa licitante estaria apta a atender às disposições editalícias.

Veja-se, por exemplo, o que disse o TCE quanto aos itens do instrumento de convocação que trataram do prazo para a apresentação das licenças ambientais, inclusive desrespeitando parecer anterior já exarado por aquele mesmo órgão:

"Assim, não se observou no novo edital, dispositivo que assegurasse um prazo não inferior a doze meses, entre a publicação do edital e a contratação suficiente para aquisição de tal licença, com já exarado em decisão desta Corte."

Adiante, o TCE confirma que "as dificuldades relativas à obtenção de licenças ambientais têm impacto considerável na competitividade do certame (...)"

Com efeito, os itens XV.1 e XV.3 do edital do certame, ao preverem que a "Licença de Operação" fosse apresentada no exíguo prazo de 90 (noventa dias), a contar do resultado final da licitação, alijou da concorrência todos aqueles interessados que não dispunham do documento, em especial porque o prazo legal para sua obtenção, segundo o então vigente Decreto n.º 44.844/2008, que fixava as normas de licenciamento ambiental no Estado de Minas Gerais, era de 6 (seis) a 12 (doze) meses.

Ora, a igualdade de condições dos concorrentes, garantida constitucionalmente, permite a competitividade entre os interessados, imprescindível na licitação, e abarca os princípios da impessoalidade e moralidade, a serem observados de forma cogente pelo administrador público.

Sob esse prisma, não há dúvida de que o edital da licitação levada a efeito pela Prefeitura de Belo Horizonte implicou discriminação injustificada dos interessados - e não por acaso a empresa Vital Engenharia Ambiental S/A, que já prestava os serviços para o Município através de contratação emergencial, sagrou-se a vencedora do certame, exatamente conforme antevisto pelo autor popular.

Essa narrativa dos fatos, aliada às tantas outras irregularidades expostas pelo Órgão Técnico do TCE (fls.598/656) e detalhadas na decisão liminar da Representação nº 747024 (fls.583/585) - não compartilhamento dos lucros da utilização do aterro sanitário por outros municípios; alteração da modalidade de licitação de credenciamento para concorrência sem justificção; ausência de regras claras para aferição da proposta mais vantajosa; inconsistência do valor estimado da contratação; ausência de repartição de riscos; estabelecimento irregular de reequilíbrio econômico financeiro do contrato; etc - confirmam a irregularidade do certame, motivo suficiente para que seja reconhecida sua nulidade, "na defesa do patrimônio público" e, por consequência, anulada a contratação da empresa vencedora.

Veja-se que o acolhimento do pedido inicial da ação popular não contraria a decisão final proferida pelo TCE na aludida Representação nº 747024 (fls.595/597), em que foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, sem a análise pormenorizada dos vícios contidos no edital do certame.

Tampouco é prejudicial à economia, à saúde ou à ordem pública. Afinal, presume-se que a verdadeira competitividade no âmbito do certame possibilitará a apresentação de um maior número de propostas, sagrando-se vencedora aquela que realmente - e legalmente - for a mais vantajosa para a Administração.

Além disso, não haverá o risco de interrupção na prestação do serviço essencial de coleta dos resíduos sólidos, pois a empresa Vital Engenharia Ambiental S/A. poderá continuar a prestar o serviço em caráter emergencial, até que sanadas as irregularidades e promovida nova licitação.

Por último, realmente deve ser decotada da sentença a determinação de remessa dos autos ao Ministério Público, uma vez que o certame foi suspenso por este Colegiado em 25/06/2009 (fls.468), ao passo que a homologação e adjudicação do objeto licitado ocorreu em 16/09/2008 (fls.488).

Com tais considerações, ACOMPANHO o eminente Relator para DAR PROVIMENTO ao primeiro recurso de apelação; DAR PARCIAL PROVIMENTO ao segundo recurso de apelação e NEGAR PROVIMENTO ao terceiro recurso de apelação.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

É como voto.

DES. JAIR VARÃO - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "NÃO CONHECERAM DA REMESSA NECESSÁRIA, DERAM PROVIMENTO AO PRIMERIO RECURSO, PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO E NEGARAM PROVIMENTO AO TERCEIRO"