

Ação popular. Patrimônio Público. Litisconsórcio necessário simples. Não integração do pólo passivo da ação por todos os envolvidos no ilícito. A distinção entre litisconsórcio necessário e litisconsórcio unitário deve alcançar as consequências jurídicas decorrentes da inobservância de um e de outro. Validade da relação processual, tal como formada. Ineficácia apenas em relação aqueles que não foram citados. Posicionamento consonante com a evolução processual e com o anteprojeto de CPC. Possibilidade de ajuizamento da ação de ressarcimento, a qualquer tempo, em face de outros corresponsáveis. Relevância do valor constitucional em proteção que não pode naufragar ante um formalismo exacerbado. Sucessivas prorrogações de contrato direto celebrado em situação de emergência. Ilegalidade. A prorrogação dependeria, não da permanência da situação emergencial em si, que justificou a contratação direta, mas da impossibilidade de realização da licitação no prazo legal, por caso fortuito ou força maior, estes motivados pela Administração. Dano ao erário que deve ser reparado.

Autos n° 0000056-63.2000.8.19.0055

Apelantes: Município de São Pedro da Aldeia e Carlindo José dos Santos Filho

Apelado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

“Calliditas non debet alicui prodesse et alteri nocere. A astúcia não deve aproveitar a um e ser nociva a outro”.

CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO

EGRÉGIO TRIBUNAL,
COLENDIA CÂMARA,
DOUTO PROCURADOR DE JUSTIÇA.

I – Relatório

Edmilson de Souza Bittencourt ingressou com ação popular em face do Município de São Pedro da Aldeia e do Prefeito Municipal Carlindo José dos Santos Filho.

Narra a inicial que, em 08 de fevereiro de 1999, o Município celebrou contrato administrativo em caráter de emergência, portanto, sem licitação, para prestação de serviços de coleta de lixo domiciliar e comercial, limpeza de ruas, praças e praias, e capinação de vias com a sociedade empresária Coletora Pioneira SC Ltda.

Aduz o autor-popular que tal contrato foi firmado para vigorar pelo prazo de 60 (sessenta) dias, no entanto, ultrapassou-se sobremaneira este limite, passando o mesmo a vigorar quase como um contrato sem prazo.

Assim, sustenta o demandante original que houve violação aos princípios que regem a Administração Pública, acoimando de ilegal a contratação, sendo lesiva aos cofres públicos, por falta de concorrência.

Postula, portanto, a procedência do pedido para, reconhecendo-se a ilegalidade, decretar-se a nulidade do contrato e condenar-se o 2º réu ao ressarcimento das perdas e danos ao erário público.

O cidadão-demandante, à fl. 109, ofereceu emenda à inicial para incluir no pólo passivo da relação processual a sociedade contratada Coletora Pioneira Ltda.

Às fls. 328, o autor-popular manifestou desistência em relação ao feito; no entanto, o Ministério Público assumiu o pólo ativo da ação às fls. 350/352.

Em impecável sentença, às fls. 1077/1112, o Douto Juízo julgou procedentes os pedidos, para declarar a nulidade das prorrogações do contrato de prestação de serviço em apreço, e condenar o réu Carlindo José dos Santos Filho a ressarcir os danos causados ao erário do Município de São Pedro da Aldeia.

Interposição de apelação pelo 1º réu às fls. 1137/1150 objetivando, em apertada síntese, a reforma da r. decisão de fls. 1129/1133, para que se exclua a multa por litigância de má-fé; e, a reforma da r. sentença de fls. 1077/1112, para que se declarem válidas as prorrogações do contrato administrativo firmado entre a municipalidade e a 3ª ré.

Interposição de apelação pelo 2º réu às fls. 1153/1180, alegando, em suma, que a presente ação popular encontra-se comprometida por paixões políticas e por uma falta geral de sensibilidade; que é nulo o processo, eis que não foi incluído no pólo passivo da demanda o Secretário Municipal de Obras e Meio Ambiente, devendo, por tal razão, ser o processo extinto sem a resolução do mérito; que não há nos autos prova do dolo na conduta do recorrente, descaracterizando a má-fé do administrador; que não há prova do enriquecimento ilícito do administrador, inexistindo, assim, dano ao erário; que, ao condenar o 2º réu a ressarcir o Município, estar-se-ia ensejando o seu enriquecimento ilícito; que a manutenção da sentença guerreada afronta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; que as sanções da lei nº

8.429/92 não são aplicáveis ao administrador inábil, pleiteando, ao final, a improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos, devem os mesmos ser recebidos por este Egrégio Tribunal de Justiça.

II – Mérito Recursal

1 – Intróito

Prefacialmente, cumpre repisar, por fundamental, que a ação popular é a garantia de nível constitucional que visa à proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente, sendo certo que, na espécie, o objeto se amolda, primeiro, na declaração de nulidade do contrato administrativo celebrado entre o Município de São Pedro da Aldeia e a sociedade empresária Coletora Pioneira Ltda, e, segundo, na condenação dos responsáveis em perdas e danos.

Neste diapasão, convém lembrar o irrefutável conceito lapidado pelo Prof. Hely Lopes Meirelles, segundo o qual *“a ação popular é o meio constitucional posto a disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos”* (in Mandado de segurança. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 121).

Em que pese haver dissensão doutrinária acerca da sua natureza jurídica, entendendo Hely Lopes Meirelles ser um **“instrumento de defesa da coletividade”**, não abarcando direitos individuais próprios, enquanto ensinam Alexandre de Moraes e José Afonso da Silva que o autor da ação popular pode demandar **“em nome próprio e na defesa de seu próprio direito”**, torna-se absolutamente irrelevante, seja qual for a posição a ser adotada, que o autor-cidadão seja adversário político do 2º réu, como alegado.

Primeiro, porque o fato de haver divergência nas idéias políticas entre autor-primário e réu não tornam legais e/ou legítimas as indevidas prorrogações do contrato administrativo em apreço, conforme vasta e equânime instrução probatória.

E, em um segundo plano, porém, não menos importante, porque a correta compreensão da questão depende de um exame preciso da causa trazida como fundamento da pretensão autoral, configurando digressão inútil perquirir dados alheios àquele estampado na inicial.

Ademais, assume o Ministério Público o pólo passivo da demanda (fls. 350/352) não por envolvimento ou preferência política, mas sim, pautado em seus deveres institucionais, em especial, na defesa da ordem jurídica e do regime democrático, ressaltando-se, por oportuno, que o *Parquet* constitui instituição Extra-Poder, conforme preceitua o insigne Hugo Nigro Mazzilli,

desvinculada de qualquer órgão que exerça parcela da soberania do Estado, o que lhe permite atuar de forma imparcial e independente, sem se arremeter pela fogueira das paixões politizadas da vida parlamentar.

A real questão que se pôs em xeque foi saber se as sucessivas prorrogações do contrato celebrado naquela situação de emergência encontravam amparo legal, ou se se tratavam de manifesta improbidade administrativa, o que, conforme a vasta instrução probatória, as alegações finais ministeriais (fls. 1017/1028) e a irrepreensível sentença (fls. 1077/1112), restou inexoravelmente procedente, merecendo ratificação mais adiante.

2 – Questão Preliminar

Posta esta premissa, passa-se à apreciação da preliminar aduzida pelo 2º réu, concernente à nulidade processual em razão da não formação do litisconsórcio passivo necessário, o que enseja uma percuciente análise.

De fato, trouxe o artigo 6º da lei 4.717/65, previsão de litisconsórcio passivo necessário, no qual devem constar todas *“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”*.

Contudo, o litisconsórcio necessário em apreço **não é unitário**, posto que a presente lide pode ser decidida de forma diversa para cada litisconsorte, tanto com relação ao conteúdo desconstitutivo da sentença, quanto ao seu conteúdo condenatório.

É o que professa o eminente doutrinador Ovídio A. Baptista da Silva, citado pelo não menos preclaro Cândido Rangel Dinamarco:

“(…) Nestes casos, a sentença poderá tratar, e normalmente trata, diversamente cada litisconsorte. A reunião deles numa única demanda decorre mais de uma opção do legislador do que propriamente das relações jurídicas materiais relativas a cada litisconsorte e destes em relação ao seu oponente na causa”. (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I. São Paulo: RT, 2000, p. 211, cf. Dinamarco, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1997, p. 330 – sem grifos no original).

Neste caso, a situação jurídica litigiosa não enseja tratamento uniforme, sendo perfeitamente possível que a decisão da lide seja de forma tal diferenciada para cada um dos colitigantes.

Todavia, não é incomum confundir-se litisconsórcio necessário com litisconsórcio unitário, inclusive, classificando este como espécie daquele, forjando reflexos indesejáveis nas consequências jurídicas decorrentes da inobservância de um e de outro.

Freddie Didier Jr. classifica tal visão como equivocada, e, utilizando-se dos sábios ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, afirma tratar-se de posição já superada, eis que “o processualista brasileiro moderno coloca corretamente em planos diversos os dois fenômenos, consciente de que são problemáticas distintas a da indispensabilidade da integração de todos os co-legitimados na relação processual (litisconsórcio necessário ou facultativo) e a do regime de tratamento dos litisconsortes no processo” (in Curso de Direito Processual Civil, vol. I. Bahia: Jus Podivm, 2011, p. 328. cf. Dinamarco, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 5ª Ed. São Paulo, Malheiros, 1997, p. 122).

Do lado dos insignes doutrinadores, entende este órgão do *Parquet* que a questão em apreço não está totalmente superada, em especial, quanto à consequência jurídica e/ou sanção pela inobservância de cada um dos institutos litisconsorciais.

O cerne da questão, neste passo, diz respeito à divisibilidade da relação jurídica material, e a possibilidade de julgamentos diversos para os litisconsortes.

Cediço que, em se tratando de demanda envolvendo litisconsórcio passivo unitário (necessário ou facultativo), este quando não observado, deve ensejar a anulação da relação processual, já que o provimento jurisdicional de mérito, nestas hipóteses, tem que regular de modo uniforme a situação jurídica dos litisconsortes, não se admitindo, para eles, julgamentos diversos.

Para aclarar o raciocínio, é o que ocorre nas ações envolvendo bens imóveis de um casal. A falta de um dos cônjuges no processo acarreta a sua nulidade, eis que se trata de uma única relação jurídica, materialmente indivisível (art. 10 e §§, CPC).

Entretanto, os aplicadores do direito têm atribuído também ao litisconsórcio passivo necessário simples a sanção de nulidade, ante a sua inobservância, o que, a nosso sentir, configura rematado equívoco.

O referido instituto comporta julgamentos diversos para os colitigantes, eis que, apesar de se discutir apenas uma única relação jurídica, **esta é divisível**, não infringindo, portanto, a segurança jurídica, caso obtenham provimentos jurisdicionais de méritos diversos, inclusive, em processos autônomos, *ratio essendi* da norma processual.

Nesta esteira, mostra-se totalmente desarrazoada a decretação da nulidade, absurdo que clama aos céus, de um processo que julga apenas um dos litisconsortes passivos necessários, visto ser plenamente possível que o litisconsorte não integrante da lide seja julgado em processo autônomo, obtendo, inclusive, provimento jurisdicional diverso, sem ensejar decisões conflitantes.

No caso em apreço, latente a existência de litisconsórcio passivo necessário simples; desta forma, o provimento jurisdicional de mérito a ser dado para o 2º réu, o prefeito municipal Carlindo José dos Santos filho, pode ser diverso daquele a ser atribuído ao seu secretário de obras e meio ambiente, porquanto difere o grau de responsabilidade de cada um na gestão da coisa pública. A mera possibilidade de a decisão ser diferente já descaracteriza a unitariedade do litisconsórcio.

Oportuno trazer à baila que os presentes autos acumulam dez anos de instrução, com a produção de inúmeras provas inafastáveis à resolução da lide, apontando todas para a responsabilidade do 2º réu, ressaltando-se tratar-se de ação popular que tem como escopo a latente ocorrência de fraude em procedimento licitatório, constituindo, por conseguinte, uma verdadeira transgressão anular todo um trabalho jurídico que visou coibir a má administração e enaltecer os valores constitucionais.

Vale lembrar que, apesar de prescrever (na linguagem da melhor doutrina, decair) a ação popular em cinco anos, a pretensão veiculada nestes autos pode ser exercida em desfavor do secretário municipal de obras e meio ambiente por outras vias, a qualquer tempo, jamais se esquecendo que a reparação ao patrimônio público é imprescritível (art. 37, § 5º, CR).

Por fim, indelével a pergunta: caso este Egrégio Tribunal anule toda a instrução realizada, determinando-se a inclusão do litisconsorte passivo para contestar, produzir e contraditar provas, e, chegando-se, ao final, à apuração da sua não culpa, estar-se-á atendendo a segurança jurídica? Com a anulação de toda uma instrução válida e eficaz? *Data venia*, não pode ser assim...

Encontramo-nos em uma fase evolutiva do direito processual, chamando-a alguns de neoprocessualismo, outros, de formalismo-valorativo, mas, todos, com fundamento nos mesmos pilares, destacando-se, por sua pertinência, a transformação da hermenêutica jurídica.

A atividade jurisdicional tem reconhecido o seu papel criativo e normativo, de modo que, segundo Fredie Didier Jr., “a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada em casos semelhantes (...) estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre texto e norma, sendo essa o produto da interpretação daquela” (in Curso de Direito Processual Civil, vol. I. Bahia: Jus Podivm, 2011, p. 28).

Destarte, não pode o aplicador do direito estabelecer como norma o texto legal literal do artigo 47 do CPC. A função jurisdicional, em seu modelo constitucional moderno, deve extrair das entrelinhas a *mens legis*, de modo que se profira uma decisão justa, segundo os ditames da razão prática,

liberdade, moral e ética, efetivando o instrumento processual, na melhor aceção de Kant.

Por estas razões é que entende este órgão do *Parquet* constituir verdadeiro excesso de formalismo cuidar os institutos do litisconsórcio unitário e do litisconsórcio necessário simples com as mesmas conseqüências jurídicas, dando-se, assim, interpretação cega ao artigo 47 do CPC.

Tanto isso é verdade que o novo Código de Processo Civil, cuja expectativa de promulgação tem sido festejada e alardeada, contém uma disciplina muito melhor sobre a matéria, mais técnica, mais sistemática, convergindo com o posicionamento acima sustentado, *verbis*:

“Art. 103. Nos casos de litisconsórcio necessário, se não figurar no processo algum dos litisconsortes, o juiz ordenará a respectiva citação, dentro do prazo que fixar, sob pena de ser proferida sentença sem resolução de mérito.

Parágrafo único. A sentença definitiva, quando proferida sem integração do contraditório, nos termos deste artigo, será:

I – nula, se a decisão deveria ter sido uniforme em relação a uma das partes e a todas as pessoas que, como seus litisconsortes, deveriam ter integrado o contraditório;

II – ineficaz apenas para os que não foram citados, nos outros casos”.

Em resumo, no caso, **“a sentença definitiva proferida sem integração do contraditório será ineficaz apenas para os que não foram citados”**, argumento irretorquível!!

Não obstante, o Poder Constituinte Originário preocupou-se em estabelecer um novo modelo político-constitucional na Magna Carta de 1988, de modo a coibir os arbítrios e devaneios outrora transformados em verdadeiros costumes, inderrogáveis e cogentes, pelos administradores públicos.

Para tanto, esculpiu inúmeras e enérgicas normas de direito público, ressaltando-se, por sua pertinência, o *caput* e o §4º do artigo 37, em que, no primeiro dispositivo, postula os princípios basilares de uma administração proba e ética, e, no segundo, apresenta **verdadeira guilhotina da lei para aqueles que preferem os interesses particulares em detrimento da coisa pública.**

Neste particular, soa, no mínimo, inconstitucional anular dez anos de instrução que culminaram em condenação precisa e irrefutável de um administrador que extirpou não só as normas legais de licitação, como também o sistema constitucional administrativo, em prejuízo de uma coletividade absolutamente vulnerável aos arbítrios dos seus administradores, eis que se constata mera irregularidade processual, plenamente sanável.

Aliás, a exorbitante quantidade de requisitos estabelecida pela Lei 4.717/65, para que o autor-popular possa exercer apenas parcela soberana do seu poder, acaba por abolir a possibilidade de participação do cidadão na fiscalização dos seus eleitos, estilhaçando por completo os pilares constitucionais mais sólidos que tivemos.

Mas, não é só.

Ao avocar a aplicação do artigo 6º da lei 4.717/65, o réu Carlindo José dos Santos Filho, em suas razões recursais, afirma que teve sobre seus ombros recaídas as sanções pela conduta praticada, **em tese**, por dois.

Entretanto, qualquer parte, inclusive o réu, pode postular, a qualquer momento da instrução, a inclusão de indivíduo que não integrou originariamente a lide, seja este indivíduo um terceiro interessado, seja um litisconsorte.

Destaque-se que, caso o prefeito municipal tivesse indicado o seu secretário de obras e meio ambiente para integrar a lide em litisconsórcio passivo, poderiam, inclusive, promover a comunhão de defesas, eis que se trata de um cargo de confiança do chefe do poder executivo.

Todavia, não o fez, por óbvio, sabendo que a falta de um litisconsorte na ação popular, poderia, em tese, anular toda a instrução, o que o escusaria, mais uma vez, das sanções inerentes à sua má administração.

Ocorre que, conforme já dito, o novo modelo político-constitucional não admite mais, em sua melhor essência, os arbítrios e devaneios dos administradores públicos, sendo certo que, *in casu*, foram mais de dez anos de uma efetiva instrução que culminou, inexoravelmente, na apuração de ilegalidade na administração da coisa pública, e, decretar-se a nulidade de toda esta construção jurídica, seria prestigiar a má-fé do réu, ao quedar-se inerte, conhecendo a possibilidade de litisconsórcio em seu favor, diga-se de passagem...

Ademais, os princípios gerais do direito, que podem ser entendidos como o direito vigente na consciência comum de um povo, sendo certo que a hermenêutica deontológica das normas jurídicas confere aplicabilidade obrigatória aos princípios da lealdade e cooperação processuais, por serem razões legítimas de uma sociedade pluralista, exsurgidas de lições pretorianas do direito, são verdadeiros corolários à vedação de obtenção de vantagem auferida pelo exercício da própria torpeza.

Extraí-se, pois, que argüir a nulidade do processo, apenas e tão somente em momento apto a gerar benefício próprio, em detrimento de dez anos em silêncio, é deturpar os princípios gerais norteadores, consagrando, por conseguinte, aqueles que se beneficiam da própria torpeza.

O entendimento de que esta mera irregularidade processual, sanável, gera a nulidade de toda a instrução, enaltece a má-fé. Este entendimento arde tão profundamente como brasas jogadas aos olhos do mais fervoroso aplicador da justiça.

Contudo, caso os Nobres Desembargadores atuantes neste Egrégio Tribunal pretendam ir de encontro à atual fase da evolução do direito processual, ao novo modelo político-constitucional e, até mesmo, aos princípios gerais do direito, adotando, destarte, a posição do formalismo excessivo, devemos considerar, pois, que o direito de ingresso do litisconsorte faltante já decaiu.

Gize-se que o artigo 21 da lei 4.717/65 estabelece que prescreve, em cinco anos, o direito de interpor ação popular. Entretanto, é cediço na doutrina e na jurisprudência que este prazo, na verdade, é decadencial, uma vez que, além de tratar-se de direito potestativo, a sentença que acolhe o pedido da ação popular é condenatória e constitutiva, e, em se tratando de sentença com natureza constitutiva, não se incide a prescrição, mais sim a decadência.

Antepostos os esclarecimentos quanto ao instituto aplicável ao caso sob análise, é de bom alvitre reconhecer que, caso se determine a nulidade da presente ação popular, determinando-se a inclusão do litisconsorte faltante, a fim de que conteste, produza e contradite provas, esta restará absoluta e absurdamente infrutífera, eis que decaiu o direito de ajuizar-se ação popular contra o mesmo.

Registre-se, por oportuno, que tal entendimento, sedimentado na jurisprudência deste Egrégio Tribunal, não visa contemplar a impunidade dos litisconsortes não incluídos na lide, em detrimento dos demais, eis que poder-se-á apurar a sua responsabilidade por outros instrumentos processuais, como a ação civil pública, considerando ser imprescritível a reparação do patrimônio público.

Por simetria de raciocínio, este Egrégio Tribunal somente robustece o entendimento deste órgão do *Parquet* ao afirmar que, em sendo o litisconsórcio passivo, necessário e simples, ainda que recomendável o julgamento de todos os réus em um único processo, não representa obrigatoriedade de fazê-lo, eis que os movimentos jurisdicionais de mérito podem ser (e, neste caso, serão) diferentes.

Apenas para aclarar o até aqui exposto, imperioso colacionar jurisprudência da Colenda Vigésima Câmara Cível:

“AÇÃO POPULAR. DECADÊNCIA. CRITÉRIO CIENTÍFICO. AÇÃO CONSTITUTIVA. TEORIA DO PROFESSOR AGNELO AMORIM.

1. Os únicos direitos para os quais podem ser fixados prazos de decadência são os direitos potestativos.

2. As ações ligadas ao instituto da decadência são as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei.

3. A sentença que acolhe o pedido em Ação Popular é constitutiva e condenatória, visto que esconstitui o ato tido por ilegal e, em razão da lesividade constatada, que é requisito da ação popular, profere condenação.

4. Tratando-se de sentença de natureza constitutiva, é decadencial o prazo de cinco anos estabelecido no artigo 21 da Lei n. 4.717/65.

5. Precedentes. REsp 258.122-PR, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 27.02.2007.

6. Por força do disposto no artigo 6º da Lei n. 4.717/65, há litisconsórcio passivo necessário, uma vez que a demanda é 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.

7. Como a sentença pode afetar de forma diversa a esfera jurídica dos litisconsortes necessário, a hipótese é de litisconsórcio simples e não de unitário, afastando o instituto da solidariedade.

8. Se o primeiro apelante foi citado depois de transcorridos 18 anos da prática do ato, operou-se o instituto da decadência, impondo o provimento do primeiro recurso, para julgar extinto o pedido em face de Alair Francisco Correa.

9. A decadência, instituto de ordem pública e cogente, pode ser conhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição.

10. Em reexame necessário é imperioso reconhecer a decadência em face do réu Otime Cardoso dos Santos que foi citado depois de decorridos 28 (vinte e oito) anos da prática do ato impugnado.

11. Provimento do primeiro recurso, para reconhecer a decadência, julgar extinta a Ação Popular em face de Alair Francisco Correa.

12. Desprovimento do segundo recurso.

13. Modificação da sentença em reexame necessário para, reconhecendo a decadência, julgar extinto o pedido em face de Otime Cardoso dos Santos." (TJ/RJ, 20ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0000075-32.1985.8.19.0011, rel. Des. Letícia Sardas, j. em 03.02.2010) (sem grifos no original).

Neste passo, seria inexorável reconhecer-se, em sede subsidiária, a decadência do direito de ação popular contra o secretário municipal de obras e meio ambiente, tornando inócua a decretação da nulidade da sentença, razão pela qual pugna o Ministério Público, em sede preliminar, por sua manutenção, *in totum*.

Ultrapassada a preliminar deduzida, forçoso reconhecer que, no mérito, não assiste razão aos apelantes.

3 - Mérito da causa

A real questão que se impõe é saber se as sucessivas prorrogações do contrato celebrado naquela situação de emergência encontram amparo legal.

A resposta negativa se impõe.

A lei é peremptória, cogente e inderrogável, ao estipular o “prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos”, “vedada a prorrogação dos respectivos contratos”, sendo certo, *in casu*, que o contrato de emergência, prorrogado por diversos termos aditivos, vigorou por tempo muito superior aquele, por mais de 01 (um) ano, conforme até mesmo confessou o então Secretário de Obras, em depoimento judicial (fl. 1012/1014).

Alguns doutrinadores, como Jessé Torres e Marçal Justen Filho, admitem a prorrogação do prazo na hipótese; no entanto, ainda que assim se entenda, não podemos enxergar essa possibilidade, salvo se embasada e devidamente motivada em caso fortuito ou de força maior.

Isto é: a prorrogação dependeria não da permanência da situação emergencial em si, que justificou a contratação direta, mas da impossibilidade de realização da licitação naquele prazo, por caso fortuito ou força maior.

Aquele prazo de 180 (cento e oitenta dias) constitui, no fundo, um “prazo de respiro” para que o Administrador elimine a situação de risco imediata e se ajuste a regra geral, providenciando a concorrência, sob pena de se esboroar ao chão, como um prédio implodido e derruído, todo o sistema jurídico atinente aos contratos administrativos.

O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir, conforme dispõe o Código Civil, se caracterizando ambos como fatos imprevisíveis.

Nesta linha de raciocínio, para se isentar da responsabilidade civil e administrativa, o Administrador teria de provar que não realizou a licitação por fatos imprevisíveis, impossíveis de evitar ou impedir.

Porém, o que se extrai dos autos é justamente o contrário. O procedimento licitatório não se ultimou por dificuldades criadas no âmbito interno da própria Edilidade, senão vejamos.

Acentuou a Corte de Contas, por meio de seus agentes de fiscalização, após minuciosa análise da questão, que, “devemos informar ainda que as prorrogações dos atos emergenciais de dispensas, verificados no decorrer de nossa inspeção, tiveram origem em falhas de procedimentos internos que impediram a realização da licitação. Tais falhas ocorreram no âmbito da Secretaria Municipal de Obras, cujo titular sugeriu que fosse adjudicado

emergencialmente os serviços à firma especializada Coletora Pioneira, permanecendo lá, ao que consta, até a presente data" (fl. 338).

Este relatório de inspeção pontuou, ainda, que o trabalho "aponta todo o tempo para fuga do princípio norteador do proceder do Administrador Público, qual seja, a licitação. A exceção a dispensa em caráter emergencial, portanto, transitória, por falhas internas, que, no nosso sentir, são inadmissíveis, perdeu a transitoriedade e se instalou permanentemente, ao que nos consta, ao longo de praticamente todo o exercício de 1999, excedendo em muito o prazo legal" (fl. 341).

Havemos de concordar com os termos irrefutáveis do sobredito relatório, pois o Secretário de Obras, admitindo falhas primárias suas, propôs à época o cancelamento da concorrência, reivindicando melhor adequação de seu objeto, no que foi acompanhado pelo Prefeito, que determinou fosse adiada *sine die* a referida licitação (DORJ do dia 14/05/1999), restando cabalmente evidenciada, pela simples leitura daquele, a ocorrência de uma atabalhoada série de enganos propositalis, com o único fito de frustrar o certame então em andamento.

Outro relatório expedido pelo Tribunal de Contas rebate eventual argumento em sentido oposto, aduzindo que "não há em nossos arquivos ocorrência de licitação da Prefeitura Municipal de São Pedro da Aldeia suspensa por determinação desta Corte de Contas" (fl. 377).

Mas, não é só.

A prova pericial também versa no mesmo sentido. Afirmou o *expert* que "inicialmente, o prazo do contrato firmado em 08 de fevereiro de 1999 entre as partes era de 60 (sessenta) dias; todavia, foram feitos diversos termos de ajustes que acarretaram na prática a prorrogação do referido contrato até 31 de maio de 2000", "valendo ressaltar que os serviços foram prorrogados até o dia 10/10/2000, apesar de não ter sido firmado mais nenhum termo de ajuste" (fls. 428/429).

É bem verdade - e não poderia ser de outra forma - que o perito não ingressou no mérito da licitude das prorrogações contratuais. Porém, a roborar o exposto, averbou que "independentemente das questões jurídicas assinaladas no laudo da inspetoria do egrégio Tribunal de Constas apontarem claramente para a dilatação ilegal do prazo para contratação dos serviços de emergência por parte do órgão público em questão", entendia importante levar em consideração aspectos relacionados a execução dos importantes serviços à população.

O Município, pinçando uma frase solta nos autos, procura imputar a não realização da licitação às exigências formuladas pelo Tribunal de Contas, vendo nela, como que um fato imprevisível a justificar sua omissão, um caso fortuito materializado em uma decisão datada de abril de 2000, onde aquela

Corte houve por bem “adiar a presente concorrência pelo prazo necessário ao cumprimento da diligência e decisão definitiva desta Corte, etc.” (fl. 637).

Data venia. Essa decisão do Tribunal de Contas só confirma que o Município e seu representante legal são os responsáveis pelos ilícitos decorrentes daquele contrato indevidamente prorrogado, porque o adiamento se deu por deficiências e vícios ligados ao edital do procedimento instaurado por ele próprio Município, que recalcitou em obedecer.

Aliás, considerando a gravidade e a importância dos serviços de limpeza pública, contínuos por natureza, não é crível que a Administração Municipal não tenha conseguido realizar e ultimar a licitação, como se viu, durante um período superior a 01 (um) ano... Afigura-se até ingênuo atribuir tal omissão ao Tribunal de Contas, por decisão tomada mais de um ano após a contratação direta!

Além disso, o Município não se desincumbiu de seu ônus de comprovar o fato impeditivo do direito levado à Juízo pelo autor, mas que pertence a toda coletividade; não ofereceu qualquer contraprova de que a licitação não ocorreu, sem culpa sua, por caso fortuito ou de força maior.

Patente, assim, o vício do objeto, vício este consistente na sucessiva prorrogação ilegal do contrato vergastado, mostrando-se clara a lesão ao patrimônio público, pois, silogisticamente, a Lei da Ação Popular preceitua que “são nulos os atos lesivos ao patrimônio público por ilegalidade do objeto”, o que “ocorre quando o resultado importa em violação de lei” (arts. 2º, alínea c c/c § único, alínea c).

Tem havido controvérsia a respeito da necessidade, ou não, de comprovar-se a lesividade do ato, além de sua ilegalidade. Tanto a Constituição como a Lei 4717/65 aludem à anulação de atos *lesivos*, mas o diploma regulador inclui hipóteses em que, sem embargo da ilegalidade, não há propriamente lesividade.

Contudo, partilhamos do pensamento do insigne José dos Santos Carvalho Filho, pois, “se o legislador considerou passíveis de ação popular atos nulos e anuláveis, ao mesmo em que se preocupou em proceder à enumeração de várias hipóteses consideradas como de nulidade (art. 4º), com certeza as reputou sempre concreta e presumivelmente lesivas, seja material seja moralmente”.

Não há saída. O caso se amolda, com justeza, como um terno feito sob medida pelo melhor dos alfaiates, ao preceito legal abstrato, de modo que se consideram nulas de pleno direito todas as prorrogações contratuais, por termo aditivo ou ato que o valha, subsequentes ao tempo ali previsto (art. 24, IV da Lei 8666/93 c/c art. 2º, alínea c c/c § único, alínea c da Lei 4717).

Por consequência disso, o então Prefeito Municipal, como órgão máximo da Administração e diretor de toda atividade administrativa, deverá reparar as perdas e danos decorrentes da ilegalidade e lesividade praticadas, devendo restituir aos cofres públicos toda importância paga, ou a ser paga, a partir daquele termo legal *ad quem*, algo a ser definido em liquidação.

No mais, o próprio Município, Exas., acabou por confessar o ato ilegal, ressaltando a “debilidade do contrato em tela, pactuado com a empresa Coletora Pioneira, dada a flagrante inobservância dos requisitos indelévels para validação de qualquer ato administrativo”.

Nem se olvide, ainda, que dispensar indevidamente procedimento licitatório, frustrando a sua ocorrência, constitui ato de improbidade apto a gerar dano ao erário, sendo certo que, nesta modalidade de improbidade, não há a necessidade de prova do dolo direto do administrador, bastando restar comprovada a sua culpa:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no Art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; (sem grifos no original).

Assaz demonstrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, em casos tais, há a aplicabilidade da referida norma, reconhecendo-se a improbidade do administrador por sua imprudência, negligência ou imperícia:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO SOCIAL E DO INTERESSE PÚBLICO. ATOS DE IMPROBIDADE. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO. ART. 10 DA LIA. CULPA OU DOLO. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar “em julgamento fora ou além do pedido quando o julgador, em face da relevância da questão social e do interesse público, sujeita, na condenação do responsável por atos de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, às penas cominadas por lei, como é a hipótese dos autos” (REsp 324.282/MT).

2. **É imprescindível o elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa. No caso específico do art. 10 da Lei**

8.429/92, o dano ao erário admite, para a sua consumação, tanto o dolo quanto a culpa.

3. A desconstituição do julgado pela ausência do elemento subjetivo na conduta ímproba não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento de análise próprio das instâncias ordinárias e vedado a este Tribunal Superior, a teor da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido. (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1125634 / MA, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 16.12.2010) (Sem grifos no original).

E a culpa, senão o dolo do administrador, ficou inafastavelmente comprovada pela instrução, e, como bem ressalta o Douto Juiz Sentenciante, “todos os erros na elaboração das minutas dos editais eram percebidos pela Administração Pública local às vésperas da data marcada para realização da licitação” (fl. 1095).

Aliás, vale destacar alguns trechos da incólume sentença, no tocante ao cronograma das sucessivas frustrações ao procedimento licitatório:

“Em **19 de março de 1999** publicou-se o edital de tomada de preços nº 01/99, com previsão de realização do certame em 06 de abril de 1999, ou seja, a **apenas dois dias do término do contrato emergencial** com a Ré Coletora Pioneira.

Com uma simples análise em relação ao dia designado para realização da licitação na modalidade de tomada de preços, é possível constatar-se que a Urbe não conseguiria realizar a nova contratação antes do término do prazo da avença anterior (...)

Foi publicado no diário oficial de 29 de março de 1999 o cancelamento da tomada de preços nº 01/99 que se realizaria em 06 de abril do mesmo ano, sem que houvesse qualquer determinação expressa da Corte de Contas (...)

A partir de então resolveu o Município organizar licitação pela modalidade da concorrência pública nº 01/99, com previsão para realização do certame em 17 de maio de 1999.

(...) novo cancelamento foi realizado pelo Prefeito de São Pedro da Aldeia, conforme publicação no diário oficial do dia 14 de maio de 1999, novamente sem observância dos requisitos do artigo 49 da lei 8.666/93.

(...)

Foi previsto então o dia 28 de maio de 1999 para efetivação da concorrência pública nº 02/99 (...)

Contudo, em 16 de junho de 1999, foi publicado cancelamento da concorrência nº 02/99, por 'conveniência administrativa'

(...)

O absurdo foi tanto que até o dia 09 de julho de 2003 o Tribunal de Contas do Rio de Janeiro não tinha notícia de realização de licitação no Município de São Pedro da Aldeia para execução de serviços de limpeza pública, vide documento de fl. 377 expedido por aquela Corte Estadual” (sem grifos no original).

As inúmeras e incriveis falhas cometidas em todos os procedimentos para a realização da licitação, relatadas detidamente (fls. 334/343) pelo Tribunal de Contas, não passam de mera coincidência? Ou, de apenas (apenas?!) incompetência do administrador público? *Concessa venia...* trata-se do mais primoroso exemplo de dolo na administração da coisa pública.

Salutar, assim como destacado na r. sentença, transcrever parte das conclusões da Inspeção do TCE:

“(...) E é de maneira similar que ao concluirmos nosso relatório, posicionaremos-nos diante dos fatos dispostos neste tópico que aponta todo o tempo para fuga do princípio norteador do Administrador Público, qual seja, a Licitação. A exceção a dispensa em caráter emergencial, portanto transitório por “falhas” internas, que no nosso sentir são inadmissíveis perdeu a transitoriedade e se instalou permanentemente, e ao que nos consta ao longo de praticamente todo o exercício de 1999, excedendo em muito o prazo legal (...)” (fl. 341).

E mais: o Tribunal de Contas, ao determinar o adiamento em relação ao quarto procedimento licitatório da Urbe, após já ter ocorrido o cancelamento de ofício (pelo Município) de três outras licitações, fê-lo por constatar erro idêntico àqueles já percebidos nos editais anteriores.

Negar-se a punir um administrador público que pratica conduta tão perniciosa, é o mesmo que pisotear os princípios talhados no artigo 37 da Carta Magna.

É negar que vivemos, atualmente, em um Estado Democrático de Direito.

III — Requerimento

Por todas as razões acima expendidas, pugna o Ministério Público pelo desprovinimento dos recursos, mantendo-se inabalável a sentença ora guerreada.

São Pedro da Aldeia, 16 de fevereiro de 2011.

Tulio Caiban Bruno

Promotor de Justiça