



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

Registro: 2019.0000554500

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1052700-78.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante QUAATRO PARTICIPAÇÕES S.A, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e CONSÓRCIO FM RODRIGUES/CLD.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ (Presidente) e RUBENS RIHL.

São Paulo, 16 de julho de 2019.

Vicente de Abreu Amadei
RELATOR
Assinatura Eletrônica



2

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

VOTO Nº 18.988

APELAÇÃO Nº 1052700-78.2017.8.26.0053

APELANTE: Quaatro Participações S/A.

APELADOS: Município de São Paulo e Consórcio FM Rodrigues/CLD (formado pelas empresas F. M. Rodrigues & Cia Ltda. e CLD Construtora, Laços Detetores e Eletrônica Ltda.).

APELAÇÃO – Licitação – Concorrência internacional para contratação da concessão administrativa da iluminação pública do Município de São Paulo – Exclusão de licitante (Consórcio Walks), em razão da extensão da sanção de inidoneidade aplicada pela CGU (a empresa Alumini) a uma pessoa jurídica integrante do Consórcio licitante (a empresa Quaatro), mediante desconsideração da personalidade jurídica – Atos administrativos de exclusão processados e julgados pela Comissão Especial de Licitação (CEL) – Exclusão por inidoneidade pela CEL e, depois, ratificada pelo Secretário Municipal – Vício formal na exclusão por inidoneidade: falta de processo administrativo específico, com observância ao contraditório e à ampla defesa, instaurado, processado e julgado por autoridade competente indicada pela Lei nº 12.846/2013 (arts. 8º e 14) – Ratificação da decisão da CEL pelo Secretário Municipal desprovida de força para convalidar a nulidade – Exclusão, ademais, do consórcio licitante, que resultou, para além da ofensa à legalidade, em grave afronta ao princípio da concorrência, frustrando a ampla competição, na medida em que remanesceu no certame apenas um outro consórcio licitante (Consórcio FM Rodrigues/CLD), de proposta menos vantajosa, em licitação internacional de grande impacto, longuíssima duração (vinte anos) e valiosíssima remuneração (estimada em cerca de 7 bilhões de reais) – Inadmissibilidade – Fatos supervenientes, que não se pode desprezar (art. 493 do CPC) e que já foram apontados e debatidos pelas partes – Desclassificação, na fase de habilitação que seguiu à abertura dos envelopes das propostas, por inidoneidade, na mesma linha causal de decisões antecedentes de exclusão ou a ela tendentes, no contexto da mesma questão pertinente à inidoneidade (já discutida no procedimento licitatório e em juízo), automaticamente contaminada –



3

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

Adjudicação ao consórcio que remanesceu como único licitante e contrato administrativo consequente, na mesma linha causal, igualmente contaminado – Contexto, ademais, revelador de tumultos e contradições decisórias, procedimento licitatório “tormentoso, prejudicando a sua credibilidade” (como se afirmou no âmbito do Tribunal de Contas do Município), com indícios sérios e concatenados de licitação desviada do rumo ordinário, com afronta aos princípios de legalidade e de concorrência, substancialmente frustrada por falta de competitividade, que apontam para a insubsistência do certame em seu todo, com necessidade de novo procedimento licitatório, abstração, até mesmo, à notícia de eventual corrupção que posteriormente veio à tona – Nulidades em cascata – Congruência com julgado anterior (Ap. MS 1000100-46.2018.8.26.0635 e 1030750-13.2017.8.26.0053) preservada – Necessidade, contudo, de se aguardar o trânsito em julgado para os atos executórios, bem como eventual modulação de efeitos e fixação de prazo para nova licitação, em respeito à determinação da Presidência do E. STJ na SS 3.078-SP – Sentença reformada para a procedência da demanda, com inversão dos encargos econômicos do processo. RECURSO PROVIDO.

Trata-se de ação declaratória c.c. nulidade de atos administrativos ajuizada por **Quatro Participações S/A** (empresa integrante do *Consórcio Walks*) contra o **Município de São Paulo**, anotando-se, ainda, que compareceu aos autos e também foi incluído no polo passivo o **Consórcio FM Rodrigues/CLD** (formado pelas empresas F. M. Rodrigues & Cia Ltda. e CLD Construtora, Laços Detetores e Eletrônica Ltda.) – (fls. 908/913 e 923).

A r. sentença (fls. 1140/1148) julgou improcedente a demanda, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e da verba honorária fixada em percentual mínimo sobre o valor da causa, conforme art. 85, §§ 3º e 4º, III, CPC.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 1166).

A autora, ora apelante, em seu recurso (fls. 1187/1215), pede



4

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

a reforma da r. sentença para a procedência da demanda, sustentando, em resumo, que: **a)** no julgamento do MS nº 1030750-13.2017.8.206.0053, que toca numa das causas de pedir deste feito, esta C. 1ª Câmara de Direito Público já destacou a não observância do procedimento regular para a desconsideração da personalidade e exclusão do certame por inidoneidade, não se admitindo, então, outra solução para este feito; **b)** a decisão da Comissão Especial de Licitação também não observou o Decreto Municipal nº 55.107/2014, e, portanto, é nula, tal como sua ratificação pelo Secretário da Secretaria de Serviços e Obras da municipalidade; **c)** a r. sentença não enfrentou os argumentos da autora, em forma individual para cada causa de pedir, e terminou confundindo a matéria, com desatenção à questão da competência administrativa e à impossibilidade de a municipalidade ampliar penalidade aplicada pela União, que também tornam ilegal o ato administrativo atacado; **d)** a questão em foco não é propriamente de implicação de retroatividade da Lei nº 12.846/13 ao desconsiderar a personalidade jurídica, mas sim a impossibilidade de se aplicar a Lei Anticorrupção ao caso, porque os eventos que ensejaram a aplicação da penalidade à *Alumini* ocorreram antes daquela lei (2008) e, portanto, o Secretário Municipal não pode invocar essa lei para fundamentar sua decisão; **e)** os procedimentos de desconsideração da personalidade jurídica não seguiram os trâmites legais nem foram exercidos pelas autoridades competentes; **f)** não vinga o argumento de aplicação autônoma da Lei Anticorrupção, pois a penalidade aplicada à *Alumini* é por fatos anteriores à sua aquisição pela recorrente e essa motivação não é dos atos administrativos, pois levantadas apenas em Juízo; **g)** o procedimento administrativo atacado não seguiu o devido processo legal e afrontou o contraditório e a ampla defesa, com manifesta inversão da ordem procedimental sancionatória; **e)** inexistem confusão patrimonial e



5

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

sucessão fraudulenta entre *Alumini/Quatro*, e não estão presentes os pressupostos para a desconsideração, destacando que para a hipótese de grupos econômicos não se aplica o art. 50 do Código Civil, bem como que, como *holding* pura a recorrente deve ser classificada, observando-se que a reestruturação financeira com exercício de opção de compra pela apelante, ficando com 99,9% do capital acionário, foi posterior aos supostos ilícitos imputados à *Alusa/Alumini*, enfatizando, por fim, diversas peculiaridades da relação entre as empresas, de gestão e de composição e controle societários, que levam à conclusão de impropriedade da tese de desconsideração da personalidade e da consequente ampliação da penalidade.

Processado o apelo, foi contrariado (fls. 1258/1283 e 1285/1313) e os autos subiram, com distribuição por prevenção, para esta C. 1ª Câmara de Direito Público.

É o relatório, em acréscimo ao anterior.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, é o caso de conhecer a apelação.

De saída, observo que Turma Especial desta Seção de Direito Público, em Conflito de Competência, já fixou a competência recursal desta C. 1ª Câmara de Direito Público, por prevenção (decorrente do MS nº 1020064-93.2016.8.26.0053), para os diversos feitos que envolvem o Procedimento Licitatório nº 2015-0-097.424-9 (Edital nº 01/SES/2015), a incluir, portanto, o presente.

Anote-se, ainda, em considerações preliminares, que o fundo das principais questões envolvendo a referida licitação — dentre elas o ponto da exclusão por inidoneidade do *Consórcio Walks*



6

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

pela desconsideração da personalidade jurídica, que terminou atingindo a autora, ora apelante, **Quatro Participações S/A** – já foi objeto de exame e decisão colegiada desta C. 1ª Câmara de Direito Público, nas Apelações nos Mandados de Segurança de nºs 1000100-46.2018.8.26.0635 e 1030750-13.2017.8.26.0053, reunidos e julgados em conjunto, em segundo grau de jurisdição, por conexão, economia processual e para evitar decisões conflitantes.

Assim, não há como evitar que muito do que lá já foi motivado e julgado tem, por congruência lógica, reflexo neste feito.

Não se vislumbra, contudo, nada obstante a fina sintonia desta demanda com a do MS nº 1030750-13.2017.8.206.0053, plena identidade de causas para autorizar a assertiva de litispendência ou coisa julgada.

Com efeito, nesta ação declaratória, rito ordinário, a pretensão é para anular as decisões que estenderam à autora (*Quatro*) a declaração de inidoneidade da *Alumini* feita pela CGU, por diversos fundamentos, observando-se que, a princípio, a demanda voltava-se contra a inidoneidade prévia à habilitação, e, depois, passou a concentrar-se na inidoneidade que ensejou a desclassificação da proposta.

Naquele MS nº 1030750-13.2017.8.26.0053, o ato coator foi o afastamento sumário da empresa *Quatro* da licitação e a exclusão imediata do *Consórcio Walks*, por inidoneidade (reflexiva da inidoneidade da empresa *Alumini Engenharia S/A*), anterior à habilitação, também considerando a inversão de fases; tudo, enfim, para assegurar-lhe a sua presença na licitação, com sequência segundo as fases previstas no Edital (primeiro as propostas, depois as habilitações).



7

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

Sem dúvida, são feitos paralelos atrelados a um fundo litigioso comum, um cognitivo em rito ordinário, outro mandamental, com certo espaço de interseção e nítida interferência do resultado de um feito no outro, sem, contudo, justificar a extinção sem resolução do mérito deste feito, ante a ausência de plena identidade das demandas, considerando, sobretudo, a extensão de fundamentação jurídica e de *causa petendi*.

Melhor, pois, dar sequência ao exame de fundo desta causa, sem desprezar, naturalmente, a congruência lógica com o que está colenda 1ª Câmara de Direito Público já decidiu no julgamento das Apelações nos Mandados de Segurança de nºs 1000100-46.2018.8.26.0635 e 1030750-13.2017.8.26.0053.

Antes do ingresso no mérito, outrossim, é preciso destacar que o fato de a licitação ter sido ultimada, com adjudicação e formalização do contrato administrativo com o **Consórcio FM Rodrigues/CLD** não induz a perda superveniente de objeto desta ação.

Com efeito, em razão de decisões liminares e provisórias proferidas em outros feitos, foram abertas as propostas naquela licitação, verificou-se que a do *Consórcio Walks* era a de menor valor, mas, depois, ele foi desclassificado, e o *Consórcio FM Rodrigues*, como único licitante, terminou vencedor do certame e assinou o contrato de concessão com a municipalidade paulistana (decisão da CEL publicada no DOC de 09/02/2018).

Outrossim, após denúncias de corrupção, noticiadas supervenientemente na imprensa, envolvendo esta licitação e o seu vencedor, a respeito de matérias diversas, foi instaurada sindicância para apuração e o contrato de concessão foi, administrativamente,



8

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

suspenso parcialmente, conservado apenas os serviços de manutenção da iluminação pública da cidade, para evitar um colapso no sistema.

Assim, embora esses fatos supervenientes não sejam desprezíveis, eles não configuram perda ulterior do interesse de agir ou perda de objeto deste feito, tal como não configurou para os dois mandados de segurança, como já foi decidido nas apelações daqueles *mandamus*, e cujos fundamentos também valem para cá:

“A uma, porque o término da licitação e a assinatura do contrato administrativo consequente, por si, não conduz a perda ulterior do interesse de agir de ação ajuizada anteriormente, ainda pendente de solução final, questionando a validade do procedimento licitatório em atos que são de extrema relevância e que se encontram na linha causal do resultado do certame e, portanto, do contrato firmado.

A duas, porque o contrato administrativo em foco não está exaurido, observando cuidar-se de contrato de duração, com prazo de vinte anos.

A três, porque a licitação foi decidida, no limite, em razão da desclassificação da proposta do Consórcio Walks, por sua inidoneidade afirmada no processo licitatório; discussão de inidoneidade, ademais, apontadas nos dois feitos, dentre as causas articuladas no contexto até mesmo de alegada má-fé da Comissão de Licitação, tendente a sua exclusão do certame.

Enfim, não fosse a exclusão da impetrante, por inabilitação ou por inidoneidade, e considerando que a proposta dela era a mais vantajosa (pelo critério do menor preço), a licitação não terminaria com adjudicação para o Consórcio FM Rodrigues nem haveria o contrato administrativo da PPP firmado com ele.

Nada adianta, assim, invocar a teoria do ato jurídico perfeito, os princípios da segurança jurídica, da confiabilidade e da boa-fé, nem, ainda, o das consequências práticas em caso de anulação, pois, se nula for a licitação por ilegalidade em atos essenciais e na linha etiológica da homologação do certame, da adjudicação e da contratação administrativa consequentes, contaminados estarão, igualmente, esses atos, a incluir o negócio jurídico, que perde sua principal base jurídica de sustentação, ou seja, o procedimento licitatório regular e probó.

Logo, a prestação jurisdicional deduzida na demanda dos dois mandados de segurança não é inútil, nem desnecessária, mas conserva proveito para a impetrante, na medida em que, atacando atos da licitação relacionados à sua exclusão do certame (que a impetrante reputa ilegais, ilícitos e até mesmo desviados da probidade, da



9

Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1ª Câmara de Direito Público

impessoalidade e do fim maior da licitação: assegurar a concorrência pública), em situação na qual – caso assegurada a presença dela na licitação (dado, então, o Consórcio Walks por habilitado e idôneo) –, ela (impetrante) poderia ser a vencedora, estaria, então, automaticamente contaminados a adjudicação da licitação ao Consórcio FM Rodrigues e o contrato administrativo consequente.

Presente, pois, nada obstante o referido contrato já firmado, o interesse de agir avaliado sob o aspecto da utilidade e da necessidade da prestação jurisdicional.

Aliás, neste sentido, há várias decisões do E. STJ (AgInt no RMS 52.178/AM, rel. Min. Og Fernandes, j. 20/04/2017; REsp 1643492/AM, rel. Min. Herman Benjamin, j. 14/03/2017; MS 12.892/DF, rel. Min. Humberto Martins, j. 26/02/2014; REsp 1278809/MS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 03/09/2013).”

Agora, então, avança-se no mérito desta causa, e, também aqui, para boa compreensão dos fatos, é oportuna uma breve retrospectiva, aproveitando, para tanto, novamente, daquele mesmo julgado anterior nesta 1ª Câmara de Direito Público:

“A licitação em questão foi aberta com o Edital da Concorrência Internacional nº 01/SES/2015 (Procedimento Administrativo nº 2015-0-097.424-9), do tipo menor valor da contraprestação mensal máxima a ser paga pelo Poder Concedente, relacionada à Parceria Público-Privada (PPP), na modalidade de concessão administrativa para modernização, otimização, expansão, operação, manutenção e controle remoto e em tempo real da infraestrutura da rede de iluminação pública do Município de São Paulo, destacando-se o prazo da concessão administrativa de 20 (vinte) anos, prorrogáveis na forma da lei e do respectivo contrato, bem como o valor estimado do contrato em R\$ 7.238.400.000,00 (sete bilhões, duzentos e trinta e oito milhões e quatrocentos mil reais).

Apresentaram-se, então, três interessados: Consórcio FM Rodrigues/CLD, Consórcio Walks e Consórcio Ecobraslux (fls. 176/177).

O Consórcio Ecobraslux foi inabilitado em razão de irregularidades na apresentação da garantia, questionou em juízo sua exclusão do certame, mas não colheu sucesso (cf. Ap. nº 1019606-76.2016.8.26.0053, rel. Desª Isabel Cogan, j. 06/06/2018).

Ficaram, então, no certame, apenas o Consórcio FM Rodrigues/CLD e o Consórcio Walks.

*Em dois pontos, então, concentraram-se os esforços de excluir o Consórcio Walks do referido certame: **a)** um deles, por sua inidoneidade, na medida em que uma das empresas que o integra é a Quatro Participações S.A., que pode sofrer a contaminação da inidoneidade da empresa Alumini Engenharia S/A (em recuperação judicial), declarada*



Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1ª Câmara de Direito Público

10

pela CGU, por extensão e desconsideração de personalidade jurídica; b) outro, por sua inabilitação, decorrente de impropriedades da apólice de seguro-garantia que prestou para garantir sua proposta.

Isso, então, gerou densa discussão, em várias esferas, e diversos feitos judiciais, a incluir os que estão em exame.”

A presente lide é específica àquele ponto em que se discute a questão da inidoneidade, por extensão e desconsideração de personalidade jurídica, e, portanto, nele fica limitada a solução de fundo do apelo em julgamento.

É certo que a empresa *Quatro Participações S.A.* integra o *Consórcio Walks*, licitante da concorrência internacional para concessão da PPP de iluminação pública da cidade de São Paulo, e que remanesceu como único concorrente do outro licitante, o *Consórcio FM Rodrigues*.

É incontroverso que a empresa *Alumini Engenharia S/A* — em recuperação judicial — foi declarada inidônea pela CGU, bem como que a Comissão Especial de Licitação da *Prefeitura Municipal de São Paulo* estendeu os efeitos da inidoneidade da *Alumini Engenharia S/A* para a *Quatro Participações S.A.*, afastando-a do certame e, por consequência, excluindo o *Consórcio Walks* da licitação, que ficou com apenas um concorrente, o *Consórcio FM Rodrigues*.

Inquestionável, ainda, que o tal ato administrativo de exclusão ocorreu antes da abertura das propostas e da fase de habilitação, mas, em razão de decisão liminar (especialmente a do MS 1030750-13.2017.8.26.0053), determinou-se a abertura da proposta do *Consórcio Walks* na sessão de julgamento, sem anular o ato de exclusão e sem habilitá-lo no certame.

Outrossim, ainda se verificou que, antes da abertura dos



11

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

envelopes, também houve a exclusão do *Consórcio Walks* em razão da deficiência da garantia apresentada (inicialmente aceita, mas após o recurso do *Consórcio FM Rodrigues* rejeitada) — o que igualmente desaguava em apenas um concorrente, o *Consórcio FM Rodrigues*, no certame —, mas, em outra medida liminar (especialmente a do MS 1000100-46.2018.8.26.0635), sustou-se o efeito daquela exclusão, para que fosse aberto o envelope do *Consórcio Walks* (sem exame do fundo da questão referente a essa habilitação).

Assim, então, foram abertos os envelopes e as propostas, a proposta do *Consórcio Walks* tinha um preço melhor do que a do *Consórcio FM Rodrigues*, mas o referido *Consórcio Walks* foi desclassificado, em virtude da inidoneidade da *Alumini Engenharia S/A* estendida para a *Quatro Participações S.A.* e, daí, o *Consórcio FM Rodrigues*, como único licitante, venceu o certame e assinou o contrato de concessão com a *Prefeitura Municipal de São Paulo*.

A extensão dos efeitos da inidoneidade da *Alumini Engenharia S/A* para a *Quatro Participações S.A.* — uma das causas de exclusão do *Consórcio Walks* da licitação, antes da abertura das propostas, e, após, reavivada para a desclassificação da proposta dela, que foi aberta —, é o centro da discussão deste feito.

E o questionamento da legalidade, ou não disso, passa por diversos fundamentos jurídicos, a começar pelos aspectos procedimentais, que, dentre outras questões extrínsecas, envolve a competência administrativa para operar a desconsideração da personalidade jurídica e estender os efeitos da inidoneidade da *Alumini* (inidoneidade originária ou direta) para a *Quatro* (inidoneidade reflexiva u indireta) da empresa *Quatro* e, daí, desaguar, por consequência automática, na questão da juridicidade, ou não, do afastamento do *Consórcio Walks* do certame e dos atos jurídicos que



12

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

vieram na sequência lógica.

Ora, nesse passo do exame, verifica-se que não houve um processo administrativo específico para declaração de inidoneidade da *Quatro Participações S.A.*, com trâmite e decisão segundo as exigências da Lei nº 12.846/2013.

De fato, a inidoneidade reflexiva foi declarada pela Comissão Especial de Licitação, no curso do procedimento licitatório, como incidente desse procedimento, ratificada posteriormente pelo Secretário Municipal de Serviços e Obras (decisão da CEL publicada no DOC de 08/07/2017, p. 86) e, depois, na fase de habilitação, confirmada essa exclusão, pela própria Comissão (decisão da CEL publicada no DOC de 09/02/2018, p. 139/140).

E, para que esta inidoneidade fosse declarada, foi necessária a desconsideração da personalidade jurídica da *Quatro Participações S.A.* e da *Alumini Engenharia S/A.*

Assim, conforme entendimento anterior já expresso no julgamento daqueles *mandamus* (Ap. MS nºs 1000100-46.2018.8.26.0635 e 1030750-13.2017.8.26.0053), esse procedimento contém nulidade insanável por ofensa à literalidade da Lei nº 12.846/2013, a Lei Anticorrupção, valendo para cá o que lá já se afirmou e ora se transcreve:

“Deveras, tal lei dispõe sobre a sanção de inidoneidade e sobre desconsideração da personalidade jurídica, feitas pela Administração, em razão de atos lesivo à Administração Pública. Contudo, essa mesma lei estabelece a competência para aplicar esta sanção, com eventual desconsideração da personalidade jurídica e a necessidade de um processo administrativo específico para tanto, com observação de contraditório e ampla defesa.

Confira-se os seguintes dispositivos:

Art. 8º. A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de



Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1ª Câmara de Direito Público

13

pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

§ 1º. *A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.*

(...).

Art. 14. *A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.*

Ora, aplicados estes dispositivos ao caso concreto, pode-se chegar à conclusão de que ainda que houvesse justa causa para a desconsideração da personalidade jurídica e extensão da inidoneidade da Alumini Engenharia S.A. para a Quatro Participações S.A., isso deveria ter sido feito mediante um processo administrativo específico, assegurados o contraditório e ampla defesa, instaurado de ofício ou por provocação, pela autoridade máxima de órgão do Poder Executivo local, ou mediante delegação, mas não pela Comissão Especial de Licitação (sem delegação para tanto), no curso do procedimento licitatório, com decisão pela própria Comissão e posteriormente submetida à ratificação pelo Secretário, como ocorreu.

Estender sanção de inidoneidade de pessoa jurídica (art. 14 da Lei nº 12.846/2013) exige processo administrativo próprio de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica suscetível de punição por reflexo dessa sanção, instaurado, processado e julgado pela autoridade máxima do órgão ou da entidade de Poder (art. 8º da Lei nº 12.846/2013) e, como se sabe, normas que encerram feição censória ou punitiva, quer de direito substancial, quer de direito adjetivo, devem ser interpretadas restritivamente.

Afirmar, então, que a ratificação pelo Secretário, no caso, convalidaria a nulidade por vício de atribuição nesta esfera sancionatória não é correto: (i) a uma, porque, embora o Secretário seja autoridade hierárquica superior à Comissão Especial de Licitação atrelada à sua Pasta, ele não é, no Poder Executivo Municipal, a autoridade máxima; (ii) a duas, porque, ainda que se interprete a norma em forma mais ampla, considerando que a autoridade máxima a que reporta o art. 8º, caput, da Lei nº 12.846/2013, seja, na Administração Direta, a do órgão, e, portanto, suficiente a autoridade do Secretário Municipal, a ratificação da decisão teria força apenas para convalidar o julgamento nulo, se regular fosse todo o processo, desde sua instauração, o que não ocorreu, e, portanto, ela não tem energia jurídica para convalidar o vício de instauração e de processamento, não se olvidando que a lei é clara no sentido de reservar a atribuição à



Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1ª Câmara de Direito Público

14

autoridade máxima para “a instauração e o julgamento” (não apenas para o julgamento); (iii) a três, porque, em sede de indicação de atribuição administrativa especial (competência específica designada por lei) para a totalidade do processo administrativo punitivo ou restritivo de direitos (no caso, o de apuração de responsabilidade censória, no qual se inclui o de extensão de sanção de inidoneidade por desconconsideração de personalidade), da instauração ao julgamento, o vício que se instala é absoluto, insuscetível de convalidação, pois, a rigor, o que se fere é o princípio do “juiz natural” em sua totalidade – na competência para instalar, processar e julgar (abrir e conduzir o feito do começo ao fim) –, e, como se sabe, também em processo administrativo censório, isso não é desprezível (STJ, MS 13.250/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. 05/12/2008, DJe 02/02/2009).

Logo, houve ilegalidade nos atos administrativos que resultaram na exclusão do Consórcio Walks do certame, por inidoneidade, quer ao tempo da primeira decisão que descon siderou a personalidade jurídica da empresa Quaatro para lhe estender a sanção da empresa Alumini, na fase anterior à abertura dos envelopes e das propostas (decisões publicadas no DOC de 08/07/2017 e 25/07/2017), quer ao tempo da decisão final que confirmou tal exclusão por inidoneidade e a desclassificou após a abertura dos envelopes e propostas, com julgamento terminativo na fase da habilitação e da adjudicação do objeto da licitação (decisão publicada no DOC de 09/02/2018).”

Suficiente, então, o vício procedimental apontado, a partir de seu primeiro elemento procedimental, que diz respeito à autoridade administrativa competente para instaurar e processar o feito, que resulta na nulidade insanável apontada, desnecessário o exame dos demais argumentos de ataque à decisão e ao ato administrativo.

Ademais, tal nulidade forçosamente repercute, por consequência natural, na invalidade da exclusão do *Consórcio Walks*, exclusão essa, em licitação internacional de grande impacto, longa duração (20 anos) e expressivo valor (estimado em cerca de 7 bilhões de reais), cercada, também como já apontado no julgado anterior dos *mandamus* (Ap. MS n°s 1000100-46.2018.8.26.0635 e 1030750-13.2017.8.26.0053), de “*boa dose de prejuízo de sua credibilidade*”, pois terminou “*automaticamente destinada à adjudicação a um único licitante (Consórcio FM Rodrigues/CDL), em grave frustração ao norte maior da competição e da concorrência que a*



Poder Judiciário 15

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

licitação busca promover, e, assim, com sério risco de lesão ao erário”, i. é, “alijados os outros dois concorrentes (Consórcios Ecobraslux e Walks) e reduzida, drasticamente, a licitação à escolha da Administração Pública em apenas um partícipe (Consórcio FM Rodrigues/CDL) – que, aliás, não apresentou a proposta de melhor preço –, não há garantia de que o resultado dessas exclusões e da adjudicação consequente ao único partícipe remanescente não resultaram em situação adversa ao interesse público, em contratação, inclusive economicamente, tão sensível para a cidade”.

Enfim, a ilegalidade e a nulidade mencionadas, terminaram elevadas com o resultado de licitação em favor de um concorrente, *“ao arrepio, inclusive, do espírito maior da licitação (a concorrência), não se pode comungar, sobretudo em sede de PPP-Iluminação pública, com longuíssima duração e valiosíssima remuneração”.*

Quadro, pois, ilegal e contrário ao princípio da competitividade, *“em concorrência internacional de enorme valor e interesse público, que se deixou prosseguir somente com um concorrente no certame”.*

Forçoso, assim, o provimento do apelo e a procedência da demanda, mas nesse passo, também não se pode desconsiderar os fatos supervenientes atrelados à solução da causa (art. 493 do CPC), por reflexo automático e necessário ao ato nulo. São, enfim, os efeitos em cascata da nulidade reconhecida.

Em outras palavras, porque o ato administrativo de exclusão de concorrente do certame foi decisivo no resultado do procedimento licitatório, *“ele teve o efeito de macular toda a licitação e a contratação subsequente, gerando, por afronta que vai do princípio*



Poder Judiciário 16

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

da legalidade ao princípio da concorrência, nulidade de pleno direito em cascata”.

Daí, portanto, e, também como já se afirmou naquele julgado anterior, atento ao conjunto “*relevador de tumultos e contradições decisórias, procedimento licitatório 'tormentoso, prejudicando a sua credibilidade'* (como se afirmou no âmbito do Tribunal de Contas do Município), com indícios sérios e concatenados de licitação desviada da sadia lealdade no trata das coisas públicas, com afronta, enfim, aos princípios de legalidade e de concorrência, substancialmente frustrada por falta de competitividade, apontam para a insubsistência da licitação em seu todo, com necessidade de novo procedimento licitatório, abstração, até mesmo, à notícia de corrupção” e ao resultado de sua investigação.

Essa “*projeção da invalidação da licitação no contrato firmado também não contraria o art. 59 da Lei de Licitações, nem o artigo 21 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro*”.

Repita-se que a “*anulação projetada ao contrato, a rigor, não causa maior prejuízo à sua manutenção, bastando notar que o contrato é de longuíssima duração (20 anos, com possível prorrogação) e de elevadíssimo valor, encontrando-se em fase inicial de sua execução (que, aliás, administrativamente, foi suspensa na maior parte do contratado). Neste caso de confusa licitação e densa contratação, os valores espirituais, fortemente arranhados, da moralidade e da legalidade prevalecem em relação à análise material e econômica das consequências da invalidação do negócio. E, nesse passo, nem se diga que eventual indenização à contratada, por efeito da anulação, deva inibir a invalidação, até porque o Consórcio FM Rodrigues/CDL, ao contratar, bem sabia da pendência dos diversos feitos judiciais em*



17

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

trâmite e que poderiam contaminar, em cascata, os atos futuros, a incluir o contrato que firmou; logo, ele assumiu os riscos da contratação contaminada e, daí, para além do pagamento pelos serviços efetivamente prestados, tudo também indica que indenização alguma lhe será devida”. Logo, como foi com profundidade ponderado e analisado naquele outro feito correlato ao presente, com respeito aos “entendimentos diversos, inclusive o do parecer da Prof. Maria Sylvia Zanelli di Pietro, o do parecer do Prof. Ronaldo Alves de Andrade e o do parecer técnico de análise econômica do Prof. Manuel Enriquez Garcia, bem como os documentos agregados aos tais pareceres e ao primeiro memorial do Consórcio FM Rodrigues/CLD, o que neles consta, a incluir os argumentos jurídicos e técnicos deduzidos não vencem, a meu ver, os fundamentos expostos”.

Por consequência, a procedência desta demanda é para declarar a ilegalidade e a nulidade das decisões da Comissão Especial de Licitação e pela Secretaria de Serviços e Obras do Município de São Paulo que estendeu à autora (*Quatro*) a declaração de inidoneidade aplicada à empresa *Alumini*, inicialmente de modo prévio à habilitação, e, depois, pela desclassificação da proposta do *Consórcio Walks* que se operou, invalidando, assim, os atos administrativos de exclusão desse consórcio (calcado nessa inidoneidade) da licitação em questão, e, por consequência lógica necessária, como efeito cascata da invalidação, decretar a nulidade da adjudicação do objeto do certame ao *Consórcio FM Rodrigues/CDL* e do contrato administrativo respectivo.

Aliás, é preciso ponderar, atento à linha causal e contaminante das nulidades dos atos próprios da licitação, projetados, necessariamente, à adjudicação e contratação, bem como considerando o rumo e pé em que a situação jurídica foi



Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1ª Câmara de Direito Público

18

envolta, com o término de uma *“licitação fortemente contaminada (a ponto de qualificá-la como uma farsa, sempre direcionando-a apenas a um licitante)”* - (ED 1030750-13.2017.8.26.0053/50002 e 1000100-46.2018.8.26.0635/50002, j. 26.02.2019), outra solução não se vislumbra possível, salvo a promoção de novo processo licitatório, em molde a ser definido pela municipalidade (aliás, *“com todos envelopes já abertos e já findo todo o certame, não há como voltar ao passo vencido, retomando o processo licitatório, para se evitar a assertiva de que a totalidade daquela licitação está prejudicada”* - ED 1030750-13.2017.8.26.0053/50002 e 1000100-46.2018.8.26.0635/50002, j. 26.02.2019).

Tudo, ainda, dever-se-ia, desde já, fazer com modulação de efeitos dessa invalidação em cascata, para se atender as consequências práticas deletérias ao interesse público (art. 20 da LINDB), a impor manter-se provisoriamente o tal contrato de concessão assinado, com restrição de seu objeto aos serviços de manutenção da iluminação pública, até que se faça novo procedimento licitatório regular – similar, ou não, no todo ou com segregação de serviços (segundo, por exemplo, a urgência administrativa de alguns de seus itens, para se preservar a iluminação pública existente sem colapso do sistema) –, conforme as exigências de infraestrutura de iluminação da cidade, o bem maior da lei e dos princípios que norteiam a Administração Pública, bem como os imperativos para evitar a quebra de continuidade na prestação de serviço público essencial, na esfera da contratação de concessão da iluminação pública e da execução do respectivo contrato, em determinado prazo.

Contudo e, porque o E. STJ, por sua Presidência, em decisão monocrática de 15/04/2019, deferiu *“pedido de suspensão para sustar os efeitos do acórdão da 1ª Câmara de Direito Público do TJSP nas Apelações nos Mandados de Segurança n. 1030750-13.2017.8.26.0053 e 1000100-46.2018.8.26.0635, bem*



Poder Judiciário 19

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
1ª Câmara de Direito Público

como para suspender os efeitos da decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 2074935-50.2018.8.26.0000 (SS nº 3.078-SP), o melhor é aguardar-se o trânsito em julgado desta decisão, para sua futura execução, sem determinação antecipada alguma, inclusive em sede de modulação de efeitos e de prazo para novo procedimento licitatório, que ficam diferidos para exame e específica definição ao tempo do cumprimento da sentença, evitando-se, com isso, colidir com a referida decisão da Presidência do E. STJ.

Com isso, fica respeitada a congruência deste julgado ao anterior (Ap. MS nºs 1000100-46.2018.8.26.0635 e 1030750-13.2017.8.26.0053), com a nota, em acréscimo, de que a execução deve aguardar o trânsito em julgado.

Pelo exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para reformar a r. sentença e decretar a procedência da demanda, nos termos e para os fins retro, invertendo os encargos econômicos do processo e, assim, condenando os réus ao pagamento das despesas processuais e da verba honorária fixada em percentual mínimo sobre o valor da causa, conforme art. 85, §§ 3º e 4º, III, CPC, e, agora, com majoração de 2% (dois por cento) pelo acréscimo da fase recursal (art. 85, § 11, do CPC), dando, enfim, por prequestionados todos os artigos de lei referidos pelas partes nesta fase recursal.

VICENTE DE ABREU AMADEI

Relator