



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **0002583-86.2020.8.26.0541**
 Classe - Assunto: **Ação Popular - Ato Lesivo ao Patrimônio Artístico, Estético, Histórico ou Turístico**
 Requerente: **Carlos da Silva Júnior**
 Requerido: **Ademir Maschio e outro**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **RAFAEL ALMEIDA MOREIRA DE SOUZA**

Vistos.

Trata-se de ação popular ajuizada por **CARLOS DA SILVA JÚNIOR** contra **ADEMIR MASCHIO** e **B&G TURISMO E LAZER LTDA.**, na qual objetiva a declaração de nulidade da Lei Municipal nº 4.060/2020, que autorizou a promessa de doação de dois imóveis de propriedade do Município de Santa Fé do Sul à sociedade empresária requerida.

Em sua petição inicial, o autor alegou, em suma, que a indigitada lei e a autorizada promessa de doação não foram precedidas de avaliação prévia e licitação, em violação aos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, 17 da Lei Federal nº 8.666/1993 e 91 da Lei Orgânica Municipal. Arguiu, também, que a promissária donatária foi recentemente constituída e com capital social insuficiente para execução do objeto da avença.

Com a exordial vieram os documentos de págs. 9/41.

Foi deferida tutela de urgência para suspender os efeitos concretos dos incisos II, III e IV do § 4º do art. 4º da lei adversada.

A requerida B&G Turismo e Lazer Ltda. apresentou contestação às págs. 125/136, em que sustentou a legalidade do ato atacado, aduzindo, de início, que a regra da licitação, prevista no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, não incidiria nas doações de bens públicos. Asseverou, ainda, que a norma do art. 17, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/1993, que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

dispensa a licitação de doação com encargo no caso de interesse público justificado, só se aplicaria à União, e que, ainda que assim não fosse, a análise do interesse público seria infensa ao controle judicial, por se situar dentro do juízo político da administração pública, além de estar justificado na espécie, uma vez que licitação anterior para alienação da área que doravante se promete à doação foi julgada deserta. Noutro giro, rebateu a alegação de ausência de avaliação dos imóveis alienáveis, posto que realizada no procedimento licitatório pretérito. Também objetou a arguição de ausência de prova de capital suficiente para realização do projeto, alegando que a promessa de doação foi feita com encargos delimitados, que o empreendimento gerará empregos e renda para a cidade e que há todo um cronograma a ser seguido. Por fim, teceu considerações sobre a ausência de ilegalidade e lesividade do ato impugnado, sustentando que o autor da ação agiu de má-fé.

Guarnekem a peça defensiva os documentos de págs. 137/248.

O requerido Ademir Maschio, por sua vez, ao contestar (págs. 255/272), suscitou, preliminarmente, a ausência de interesse de agir do autor, por não ter evidenciado o binômio ilegalidade-lesividade do ato adversado. Nessa linha, argumentou que a doação com encargos, além de escapar da regra constitucional da licitação, encontra amparo no art. 91, inciso I, da Lei Orgânica do Município de Santa Fé do Sul, que dispensa a licitação em tal hipótese, assim como na Lei Municipal nº 2.444/2007, que autoriza o Poder Executivo municipal, mediante prévia autorização legislativa, doar imóveis para exploração de turismo (art. 2º, inciso I e § 3º, c/c art. 4º, inciso V). Obtemperou, outrossim, que a existência de encargos a serem cumpridos pela promissária donatária e a existência de cláusula de reversão afastam a arguição de lesividade da promessa. De outro lado, a título de mérito, aduziu que o indigitado bem público foi avaliado quando da realização de licitação anterior, que, como já salientado pela correquerida, foi julgada deserta, o que justificaria doravante a dispensa da licitação diante do interesse público em fomentar o turismo na cidade, visto que o aludido imóvel, quando desapropriado por força do Decreto Municipal nº 3.482/2014, foi afetado como área de especial interesse turístico (art. 2º), nos termos do arts. 10, inciso IV, e 11, inciso IV, alínea "i", do Plano Diretor Municipal (Lei Complementar Municipal nº 111/2006).

À aludida contestação foram colacionados os documentos de págs. 273/367.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

O Município de Santa Fé do Sul habilitou-se no feito, abstendo-se de contestar o pedido, nos termos preconizados no art. 6º, § 3º, da Lei Federal nº 4.717/1965 (págs. 368/371).

Réplicas às págs. 373/380 e 387/395.

Por fim, o Ministério Público ofertou seu parecer às págs. 411/418, opinando pela procedência do pedido.

É o relato necessário.

FUNDAMENTO e DECIDO.

De início, rejeito a preliminar agitada pelo requerido Ademir Maschio, uma vez que a cognição acerca da legalidade e da lesividade do ato que se pretende anular é matéria de mérito, que compõe o próprio objeto litigioso do processo.

Para adequação da ação popular, nos termos do art. 1º da Lei Federal nº 4.717/1965, suficiente que o autor afirme na petição inicial a existência de ilegalidade e de lesividade do ato impugnado, pois a análise do interesse de agir é feita à luz das afirmações do demandante contidas *in status assertionis* em sua postulação.

Como ensina LUIZ GUILHERME MARINONI¹, *"o que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito"*.

No caso, conforme relatado, o requerente alegou que o ato normativo atacado não foi precedido de avaliação prévia e licitação, em violação ao ordenamento jurídico, o que, somado à ausência de prova de capacidade financeira da promissária donatária requerida, teria o condão de causar lesão o patrimônio público municipal.

¹ **Teoria Geral do Processo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 173.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

É o que basta para a configuração do interesse de agir.

Ademais, como será adiante discutido, o Supremo Tribunal Federal consolidou tese no sentido de que *"não é condição para o cabimento da ação popular a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, dado que o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material, moral, cultural ou histórico do Estado ou de entidade de que ele participe"* (Tema 836²).

Ultrapassada a questão preliminar, passo ao julgamento antecipado do pedido, nos termos do art. 355, inciso I, do Código de Processo Civil, uma vez que a questão controvertida é exclusivamente de direito e os documentos juntados aos autos são suficientes para formação do convencimento judicial, de sorte que é desnecessária a produção de outras provas.

Insurge-se o demandante contra a Lei Municipal nº 4.060, sancionada no dia 9 de dezembro de 2020, que autorizou o Município de Santa Fé do Sul a prometer à doação dois imóveis de sua propriedade à sociedade empresária B&G Turismo e Lazer Ltda.

A arguição central do autor e encampada pelo Ministério Público é de que o ato combatido violou a regra constitucional da obrigatoriedade da licitação, prevista no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e, em especial, o art. 17, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/1993, que também estipula a obrigatoriedade da licitação para a doação com encargo de bem público, salvo interesse público devidamente justificado, o que não teria ocorrido na espécie.

Aqui, desde logo, cumpre afastar a alegação dos requeridos de que a doação estaria fora do âmbito de incidência da norma constitucional.

O art. 37, inciso XXI, da Carta Magna preceitua que, ressalvados os casos especificados na legislação, as alienações de bens públicos, isto é toda transferência de propriedade para terceiros, serão contratadas mediante processo de licitação pública.

² ARE 824.781 – RG, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, j. em 27/8/2015.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Portanto, a doação, enquanto modalidade de transferência patrimonial, como regra, não escapa da obrigatoriedade da licitação.

O mesmo se diga em relação à promessa de doação, que nada mais é do que um contrato preliminar, em que o Poder Público se compromete a transferir bem de seu patrimônio a outrem, a título de mera liberalidade, ainda que condicionada ao cumprimento de certos encargos, como na espécie, sujeitando-se, inclusive, à execução forçada, nos termos do art. 463, *caput*, do Código Civil.

Também merece rechaço o argumento de que a regra do art. 17, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/1993, que dispensa a licitação de doação com encargo no caso de interesse público justificado, só se aplicaria à União.

É consabido que o art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal atribuiu à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de contratação e licitação para toda Administração Pública da própria União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei Federal nº 8.666/1993, vigente à época do ato ora impugnado, veio cumprir esse papel e destinou seção específica para tratar das alienações de bens públicos móveis e imóveis (arts. 17 a 19).

Todas as regras estipuladas no referido diploma com caráter de generalidade devem ser tidas como normas gerais, dentre as quais aquelas que, para as alienações de bens públicos, exigem prévia avaliação, autorização legislativa, realização de concorrência e justificação de prévio interesse público.

Nesse sentido, ensina MARÇAL JUSTEN FILHO³:

São normas gerais aquelas que dispõem sobre a contratação

³ **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 382.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

direta e sem licitação, tal como as normas pertinentes à formalização e ao regime jurídico dos contratos e atos administrativos. Assim cabe aos Estados, Distrito Federal e Municípios a autonomia para dispor sobre doação de seus bens. Mas o regime jurídico da doação, as hipóteses de contratação direta (sem licitação) e as regras de forma da contratação seguem o disposto nas normas gerais editadas pela União.

Daqui se segue a consideração de que padece do vício da inconstitucionalidade formal o art. 91, inciso I, da Lei Orgânica do Município de Santa Fé do Sul, evocado pelos requeridos, que simplesmente dispensa a licitação nos casos de doação de imóveis públicos do referido município.

As hipóteses de dispensa de licitação, para qualquer modalidade de alienação de bem público, vêm disciplinadas *numerus clausus* nos arts. 17 e 24 da Lei Federal nº 8.666/1993, e agora nos arts. 75 e 76 da Lei Federal nº 14.133/2021.

A criação de novas situações de dispensa licitatória além daquelas já estabelecidas na legislação federal viola a competência privativa da União, estampada no citado art. 22, inciso XXVII, da Carta Maior.

Percorrendo essa mesma trilha de entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo já declarou inconstitucionais diversas normas municipais, que, extrapolando a competência local, dispensou a licitação para alienação de bens públicos em casos não previstos na lei federal de regência.

Para ilustrar, cito os seguintes precedentes:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei 7.345, de 05 de abril de 2018, do Município de Mogi das Cruzes, que desafetou bem imóvel urbano tornando-o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

dominial e na mesma lei autorizou a outorga do direito real de seu uso para pessoa jurídica de direito privado (SESC) (...) CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO DE BEM IMÓVEL MUNICIPAL – Edição da Lei impugnada fundada em hipótese de dispensa de licitação contida na Lei Orgânica do Município, sem nenhuma correspondência com a Lei Geral de Licitações (8.666/93) – Competência para legislar sobre normas gerais de licitação que é privativa da União (artigo 22, inciso XXVII, da CF) – Dispensa que somente seria cabível na hipótese de doação de bem imóvel sob prévia justificativa do interesse público (artigo 17, § 4º, da Lei Federal 8.666/93) – Circunstância em que apesar de suprida a participação popular no projeto (artigo 180 da CE) e do potencial desenvolvimento sociocultural advindo com uma unidade do SESC instalada no centro urbano do Município, a concessão de uso do imóvel não pode prescindir de processo licitatório, sob pena de vulnerar os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade (artigos 111, 117 e 144 da C.E.) (...) Ação julgada procedente (ADI 2182544-92.2018.8.26.0000; Relator Des. JACOB VALENTE, Órgão Especial, j. em 12/06/2019).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 6.685, de 11-12-2007, do Município de Marília, que 'desafeta o imóvel medindo 3.962m², localizado anexo ao Jardim Aeroporto, objeto da matrícula nº 13.332, do 2º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos, recebido em doação pura e simples pela Prefeitura Municipal de Marília de Miguel Angel Mendoza Claros e de Mirtes Bernardina de Souza Mendoza Claros. Autoriza a Prefeitura a outorgar escritura pública de reversão de doação desse imóvel em favor dos doadores. Dá outras providências'. Preliminar Norma de efeito concreto – Inocorrência – Lei que não se limita a autorizar o Poder



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Executivo Municipal de Marília a alienar bem imóvel específico – Fê-lo sem a realização de licitação – Neste aspecto, o ato normativo é dotado de abstração e generalidade e continua a produzir efeitos, não ensejando sua prejudicialidade. Mérito I – Transferência de domínio de bem imóvel público a terceiros – Necessidade de prévia licitação pública – Exigência do art. 117 da CE/89 – Decorrência lógica dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da igualdade e do interesse público, previstos no art. 111, da CE/89 – Inconstitucionalidade – Ocorrência. II – Usurpação de competência – Licitação e contratação pública – Instituição de hipótese de dispensa de licitação – Competência concorrente – Questão que envolve interesse nacional, regional e local – Competência legislativa da União para estabelecer normas gerais e dos Estados e Municípios para suplementar a legislação federal, no que couber – Legislação suplementar que deve apenas complementar, suprir as diretrizes gerais instituídas pela União – Art. 22, XXVI, e art. 24, § 1º da CF/88 – Inconstitucionalidade – Ocorrência. Preliminar afastada. Inconstitucionalidade reconhecida – Ação procedente (ADI 2080706-72.2019.8.26.0000, Rel. Desembargador CARLOS BUENO, Órgão Especial, j. em 21/08/2019).

Desse modo, é até possível a doação de imóvel de domínio municipal aos particulares, desde que se revele o atendimento a *“interesse público devidamente justificado”* (art. 17, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993) e que haja *“autorização legislativa”* (inciso I) e *“avaliação prévia e licitação”* (inciso I); ademais, versando-se sobre doação com encargo - caso dos autos -, imprescindível é que conste no instrumento de doação *“os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão”*, somente *“sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado”* (§ 4º).

Vertendo os olhos para o caso concreto, verifico, de saída, que não houve

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

sequer avaliação prévia dos bens prometidos à doação.

Arguem os requeridos que os imóveis foram sim avaliados e juntaram, como prova, os laudos de págs. 145/150 e 289/293.

Como se vê nos aludidos documentos, porém, as avaliações são datadas de março de 2014 e foram realizadas quando se buscou vender os aludidos bens públicos, à época mediante prévio procedimento licitatório, que, ao final, foi julgado deserto.

A avaliação prévia evidentemente deve ser contemporânea à alienação que se pretende realizar; absolutamente imprestável para tanto o empréstimo de laudos antigos, com mais de sete anos, diante da possibilidade de valoração do bem alienável pelo fenômeno inflacionário, pela especulação imobiliária local ou mesmo por acessões ou benfeitorias.

Impende registrar, nesse ponto, que o fato da licitação anterior ter sido julgada deserta não justifica, por si só, a dispensa da licitação, como querem fazer crer os requeridos.

O art. 24, inciso V, da Lei Federal nº 8.666/1993 dispõe que, nessa hipótese, é dispensável a licitação se, ***"esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas"***.

Vê-se que, para a dispensa da licitação em tais situações, imperioso que se demonstre a inviabilidade da repetição do certame e a potencialidade de eventual prejuízo à Administração se ocorresse nova licitação.

Além disso, para haver a dispensa, é indispensável que, na contratação direta, se mantenham as mesmas condições básicas preestabelecidas, fixadas anteriormente no instrumento convocatório.

Analisando os documentos e as alegações lançadas pela parte demandada, observo que nenhum desses requisitos foram preenchidos no caso.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

De fato, não ficou demonstrada a inviabilidade de nova licitação, muito menos a possibilidade de prejuízo à Administração Pública caso esta se realizasse.

E o que mais chama a atenção é a escolha da modalidade de alienação: a doação, em vez da venda, como previsto na licitação pretérita (págs. 169/182).

Nessa moldura, é de se ter em conta que o interesse público exigido pelo art. 17, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993 deve justificar não só a alienação do bem como a própria forma de alienação, haja vista, sobretudo, os princípios da eficiência e da economicidade, previstos respectivamente nos arts. 37, *caput*, e 70, *caput*, da Constituição Federal.

Isso porque, dentre as diversas opções jurídicas de realizar uma finalidade social de um bem público, como o fomento ao turismo por exemplo, a alienação é a mais onerosa, pois possui maior grau de definitividade, podendo, pelo menos em tese, ceder lugar a outros instrumentos jurídicos, como a concessão de direito real de uso ou a parceria público-privada.

Por essa perspectiva, falando especificamente sobre a doação, pondera JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁴, ao resgatar as lições de HELY LOPES MEIRELLES, que, *"embora não haja proibição constitucional para a doação de bens públicos, a Administração deve substituí-la pela concessão de direito real de uso, instituto pelo qual não há perda patrimonial no domínio estatal"*.

A propósito, a própria Lei Orgânica do Município de Santa Fé do Sul, em seu art. 92, *caput*, preconiza que o *"Município, preferentemente à venda ou doação de seus bens imóveis, outorgará concessão de direito real de uso, mediante prévia autorização legislativa e licitação"*.

Além do mais, dentre as formas de alienação, a doação, ainda que com encargos, figura opção menos econômica do que uma compra e venda por exemplo.

⁴ **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1.276.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Se o interesse da Administração é a realização de um encargo por meio de transferência de domínio, a venda do imóvel com imposição de uma condição suspensiva ou resolutiva pode ser instrumento que realize igualmente a finalidade proposta, com ganho de economicidade.

Pelo que se extrai do § 1º do art. 4º da Lei Municipal nº 4.060/2020, a promissária donatária teria que cumprir os seguintes encargos:

- I - Instalação de um empreendimento turístico e hoteleiro, voltados para o lazer, prestação de serviços de hospedagem, eventos e outras atividades desde que visem o fomento ao turismo local;**
- II - Fomentar a geração de empregos, com a exigência de geração de no mínimo 300 empregos diretos e indiretos;**
- III - Promover o desenvolvimento turístico com valor agregado ao Município, com investimento mínimo na área de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)**
- IV - Atender a demanda do mercado por este tipo de empreendimento na região.**

Diante desse quadro, é de se indagar: se a promissária donatária compromete-se a promover um empreendimento com investimento mínimo de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), não teria ela condições de comprar os imóveis? Por que então doá-los?

Outrossim, o interesse público deve justificar a própria dispensa da licitação nos casos de doação com encargo, conforme preceitua o já referido § 4º do art. 17 da Lei Federal nº 8.666/1993.

O interesse público aqui está diretamente relacionado à natureza do encargo, de maneira a aferir se, no caso concreto, a concorrência era exigível ou não.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Em outras palavras, se mais de uma pessoa pode cumprir o encargo, deverá haver competição; caso exista apenas uma pessoa capaz de desincumbi-lo, a licitação será inexigível por impossibilidade fática de competição.

O exemplo vem do escólio de MARÇAL JUSTEN FILHO⁵:

Assim, por exemplo, poderá ser do interesse estatal a construção de um certo edifício em determinada área. Poderá surgir como solução promover uma doação de imóvel com encargo para o donatário promover a edificação. Essa é uma hipótese em que a doação deverá ser antecedida de licitação, sob pena de infringência do princípio da isonomia. Em outras hipóteses, porém, o encargo assumirá relevância de outra natureza. A doação poderá ter em vista a situação do donatário ou sua atividade de interesse social. Nesse caso, não caberá a licitação. Assim, por exemplo, uma entidade assistencial poderá receber doação de bens gravada com determinados encargos. A situação se subsumiria à alínea *a* do inc. II, mesmo existindo o encargo.

In casu, a princípio, os encargos declinados na lei autorizadora podem perfeitamente ser cumpridos por qualquer pessoa jurídica do ramo hoteleiro e turístico que tenha capacidade econômica e financeira para o empreendimento proposto.

A competição, portanto, era plenamente possível; logo, exigível era a licitação.

Toda a defesa de mérito dos requeridos é construída em torno da ideia de que o interesse público estaria justificado na situação vertente, uma vez que as áreas que se busca doar já estão afetadas à construção de um empreendimento turístico e que a obra, em si, gerará empregos e, uma vez concluída, incrementará o turismo da cidade, com isso trazendo mais renda e

⁵ Ob. cit., p. 397.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

empregos.

É, inclusive, a justificativa exposta em mensagem enviada pelo então Prefeito de Santa Fé do Sul, ora requerido, à Câmara Municipal, dando conta de que a promessa de doação dos imóveis pertencentes à municipalidade *"permitirá a instalação de um gigante empreendimento turístico neste Município, além da sedimentação de nossa Estância como uma referência no turismo nacional, a geração de emprego e renda na região e o consequente desenvolvimento econômico do Município"* (pág. 36).

Todavia, o fomento do turismo regional e a consequente geração de empregos e aumento da arrecadação tributária não são suficientes, por si sós, para justificar a doação de imóveis pertencentes ao Poder Público sem prévia licitação.

Fosse assim, toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, que pretendesse instalar no Município um empreendimento turístico poderia ser beneficiada com a doação de um imóvel, a critério subjetivo do gestor, em franca violação aos princípios da impessoalidade, isonomia, moralidade e eficiência administrativas.

O interesse público que justifica a dispensa da licitação deve ser específico e concreto, não genérico, como o apresentado pela municipalidade no caso.

Adotando a mesma *ratio*, assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo ao julgar caso similar ao dos autos, envolvendo a doação onerosa de imóveis públicos a sociedade empresária, sem o procedimento licitatório prévio:

APELAÇÃO – AÇÃO POPULAR – Vício na doação de bens públicos – Lei Municipal nº 4653/97 ("Dispõe sobre a autorização ao Poder Executivo para alienar imóveis públicos para os fins que especifica, dando ainda outras providências"), que autorizou a doação onerosa de imóveis públicos à pessoa jurídica de direito privado – Teses de desvio de finalidade do processo administrativo e legislativo que culminaram com a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

doação do bem, além do não cumprimento dos encargos previstos – Pretensão à reversão dos bens doados ao patrimônio público municipal, nos termos da Lei Municipal nº 4653/97 (...) **MÉRITO** – Imóveis públicos doados à pessoa jurídica de direito privado, com o objetivo de atender ao interesse público e ao desenvolvimento econômico local – Hipótese regida pelo artigo 17, caput, inciso I, alínea 'b' e §4º, da Lei Federal nº 8666/93 – Restrição à doação de imóveis (alínea 'b') que colhe apenas a União Federal, em prestígio ao pacto federal – "Interpretação conforme dada ao art. 17, I, 'b' (doação de bem imóvel) e art. 17, II, 'b' (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas" (STF, MC na ADIN nº 9273/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.11.93) – Viabilidade jurídica de que os demais entes federados (Estado e Município) possam doar imóveis públicos, desde que obtemperadas as normas gerais do artigo 17, caput e §4º, da Lei Federal nº 8666/93. - Inexistência de legislação local que discipline de forma clara e objetiva as hipóteses legais de dispensa de licitação ou, no caso, a própria doação – Posto que possível a doação de imóveis públicos à pessoa jurídica de direito privado para atender ao interesse público no desenvolvimento econômico, certo é que a dispensa de licitação reclama a demonstração concreta de sua desnecessidade à curadoria seja do princípio da isonomia seja dos proveitos perseguidos pelo ente público local – Das provas e peças colacionadas, extrai-se que a pessoa jurídica de direito privado contemplada pela doação com encargo (donatária) demonstrou o interesse em se instalar no Município de Mogi das Cruzes em virtude da vasta malha ferroviária e rodoviária que o servem, valendo-se, pois, de doação de imóveis que perfazem pouco menos de 200.000 m² (duzentos mil metros quadrados) –



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Predicados que, potencialmente, atraíram diversas empresas de grande porte – Inexistência, nos autos, de procedimento administrativo ou indicativos de que apenas a donatária poderia atender ao interesse público no desenvolvimento local – Ao revés, constata-se que qualquer empresa de envergadura econômica poderia bem explorar a área doada, mormente à luz dos benefícios públicos que a servem – Doação de imóveis públicos conspurcadas pelo signo de ilegalidade (...) Recursos de apelação parcialmente providos. Recurso adesivo prejudicado (Apelação Cível 0010119-39.2002.8.26.0361, Rel. Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, 1ª Câmara de Direito Público, j. em 21/03/2017).

E nem se obtempere, como também fazem os requeridos, de que a averiguação do interesse público estaria imune ao controle judicial, por, segundo alegam, situar-se no âmbito da discricionariedade administrativa.

A análise do interesse público, enquanto conceito jurídico indeterminado, não abre espaço para a tomada de posições discricionárias pela Administração Pública, e, de conseguinte, não sindicáveis pelo Poder Judiciário.

Não se deve confundir a discricionariedade administrativa com a liberdade que confere a lei na atividade de interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, como o interesse público.

Sobre o tema, leciona GUSTAVO BINEMBOJM⁶:

Como visto, o ato discricionário pressupõe um poder de

⁶ **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 250. No mesmo sentido, preconiza EROS GRAU: *"No exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados (vale dizer, das noções), o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que - e não porque o número de soluções justas varia de uma outra hipótese - são distintas as duas técnicas"* (**Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

escolha do administrador. Este, diante de uma situação concreta, pode optar por um ou outro caminho, de acordo com critérios racionais que, a seu ver, produzam a melhor solução. Tal resultado pode: (i) já estar previsto na norma de competência, havendo, nesse caso, a opção por uma solução A, B ou C (discricionariedade de escolha); ou (ii) ser de livre escolha do administrador, que se mantém vinculado, apenas, pela finalidade estabelecida na lei (discricionariedade de decisão). Já os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma opção do administrador. Se é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido.

Nessa linha de intelecção, como cabe ao Poder Judiciário a última palavra em torno da interpretação e aplicação do direito, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Lei Fundamental, o manejo da noção de interesse público, na motivação do ato administrativo, não pode ficar alijado do controle judicial.

No caso, como sobrevisto, além da ausência de motivação para a escolha da forma de alienação dos bens municipais, o motivo declinado para a dispensa da licitação vai de encontro aos princípios da impessoalidade, isonomia, moralidade e eficiência administrativas.

De mais a mais, considerando a finalidade empresarial atribuída às áreas objetos da presente demanda, é evidente que a realização de licitação, na modalidade concorrência, esta sim melhor atenderia ao interesse público, a começar pela exigência, na fase de habilitação, da comprovação da qualificação técnica e econômica-financeira bem como da regularidade fiscal e trabalhista da licitante, de modo a evitar que o Poder Público venha contratar com quem não tenha capacidade e idoneidade para dar a destinação devida ao bem alienado.

Esse aspecto, inclusive, é questionado pelo autor da presente ação, ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

destacar o fato de que a promissária donatária foi constituída há pouco tempo, com capital social insuficiente para dar conta do empreendimento imobiliário nas áreas prometidas (págs. 10/11).

E, ao contestar, a sociedade empresária requerida combateu genericamente a alegação, limitando-se a tecer considerações sobre os encargos dispostos na lei autorizadora da promessa de doação, como se fossem suficientes para garantir o sucesso da empreitada.

De todo modo, para além da averiguação da aptidão do candidato, o procedimento licitatório prévio garante a fixação de encargos mais bem definidos para a exploração do patrimônio público e o estabelecimento de sanções específicas em caso de descumprimento ao contrato ou às regras licitatórias, além de assegurar a obtenção da melhor proposta para a destinação do bem.

Todas essas questões passaram ao largo da apreciação do Poder Público municipal na espécie, tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Legislativo.

Pelo que se deduz dos documentos juntados pelos próprios requeridos, a proposta de doação dos terrenos municipais foi simplesmente apresentada e aprovada no Conselho Municipal de Turismo do município de Santa Fé do Sul (págs. 204/205) e, em seguida, foi enviado projeto de lei à Câmara de Vereadores para autorização da promessa de doação (págs. 354/357).

Não houve qualquer procedimento administrativo prévio para, nos termos da lei, mediante prévia e contemporânea avaliação dos bens públicos, justificar o interesse público na escolha da forma de alienação e na dispensa da licitação, com a contratação direta e específica da sociedade empresária requerida.

O art. 26, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/1993 é claro ao determinar que a dispensa da licitação, seja na hipótese do § 4º do art. 17 seja na do art. 25, inciso V, aplicáveis à espécie, deve ser precedida de processo administrativo, a ser instruído com (i) a caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (ii) a razão da escolha do fornecedor ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

executante; (iii) a justificativa do preço; e (iv) o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

A decisão pela contratação direta, como a que se operou no caso, deve ser posterior a toda uma etapa preparatória, em que será identificada a necessidade da alienação e motivada a contratação, para, só depois, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação.

À evidência, não supre a necessidade do processo prévio de dispensa a mera aprovação da proposta de alienação pelo Conselho de Turismo Municipal, que é apenas um órgão deliberativo e consultivo, nos termos da Lei Municipal nº 3.547/2017.

Tampouco convalida a omissão administrativa a posterior edição de lei autorizativa da promessa de doação, que é requisito de toda e qualquer alienação de imóvel público.

Valho-me aqui, mais uma vez, das precisas lições de MARÇAL JUSTEN FILHO⁷, em tudo aplicável à hipótese dos autos:

Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para a seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. “Ausência de licitação” não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação. A ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com

⁷ Ibid., pp. 645/646.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível. Somente em hipótese limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação dos valores a cuja realização se orienta a atividade administrativa. Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a Administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração de compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentação constante dos respectivos autos. A diferença residirá em que, no momento de definir as fórmulas para contratação, a Administração constatará a inaplicabilidade das regras acerca de licitação. Assim, ao invés de elaborar o ato convocatório da licitação e instaurar a fase externa apropriada, a atividade administrativa interna desembocará na contratação direta. Ainda assim, não se admitirá que a Administração contrate, sem observância de outras formalidades. Definido o cabimento da contratação direta, a Administração deverá pesquisar a melhor solução, tendo em vista os valores atribuídos à tutela estatal. Para tanto deverá respeitar (na medida do possível) o mais amplo acesso dos interessados à disputa pela contratação.

Nessa ampla contextura, por qualquer ângulo que se olhe o caso posto à



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

acertamento, irrefutável concluir que o ato impugnado é nulo, por ausência de (i) avaliação prévia e atualizada dos imóveis que se busca alienar, de (ii) anterior procedimento licitatório ou (iii) de dispensa, e de (iv) motivação válida do interesse público justificador da dispensa de licitação e (v) da forma de alienação escolhida⁸.

No que tange à lesividade do ato, pressuposto da ação popular, estampado no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal e no art. 1º da Lei Federal nº 4.717/1965, consoante foi exposto preliminarmente, o Supremo Tribunal Federal já firmou tese vinculante no sentido de que é prescindível a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos (Tema 836).

Desse modo, para procedência do pedido da presente demanda, pouco importa que a doação ainda não tenha se aperfeiçoado ou que a lei autorizativa tenha previsto cláusula de reversão ao patrimônio público, como arguem os requeridos.

Ainda que inexistente dano imediato ao patrimônio público e mesmo que estabelecido instrumento de garantia, como a cláusula de reversão - que, a propósito, também pode ser preconizada em outras formas de alienação -, a própria ilegalidade do ato impugnado configura ato lesivo à moralidade administrativa, a justificar o cabimento da ação popular.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento há muito consolidado segundo o qual a dispensa indevida de licitação, como a que se operou na espécie, configura dano *in re ipsa*, permitindo, inclusive, a configuração em tese do ato de improbidade que causa prejuízo ao erário:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO IN RE IPSA À ADMINISTRAÇÃO. 1. A jurisprudência do STJ entende que o prejuízo decorrente da

⁸ A não observância das formalidades indispensáveis conduzem ao vício de forma e a inadequação jurídica dos motivos vicia a motivação do ato impugnado, conforme leitura conjugada do *caput*, alíneas "b" e "d", e parágrafo único, alíneas "b" e "d", do art. 2º da Lei Federal nº 4.717/1965.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

dispensa indevida de licitação é presumido (dano *in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta. 2. O próprio art. 10, VIII, da Lei 8.492/1992 "conclui pela existência de dano quando há frustração do processo de licitação, inclusive abarcando a conduta meramente culposa. Assim, não há perquirir-se sobre a existência de dano ou má-fé nos casos tipificados pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa." (Resp 769.741/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 20.10.2009). 3. **Recurso Especial não provido** (REsp 1685214/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. em 21/11/2017).

Configurado, portanto, no caso, o binômio ilegalidade-lesividade.

De conseguinte, deve ser declarada nula a Lei Municipal nº 4.060/2020⁹.

Não sobeja ressaltar que, embora lei em sentido formal, o referido ato normativo consubstancia materialmente ato administrativo, uma vez que dotado de concretude e singularidade, situando-se no que a doutrina convencionou chamar de leis de efeitos concretos, razão pela qual, conforme clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES¹⁰, "*podem ser invalidados em procedimentos comuns, em mandado de segurança ou em ação popular e ação civil pública, por que já trazem em si os resultados administrativos objetivados*".

Ante todo o exposto, com fulcro no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e no art. 11 da Lei Federal nº 4.717/1965, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na presente ação popular para **DECLARAR** nula a Lei Municipal nº 4.060/2020, que autorizou o Município de Santa Fé do Sul a prometer à doação os imóveis descritos na inicial à sociedade empresária B&G Turismo e Lazer Ltda.

⁹ Pelo que informado pelo Cartório de Notas e Protestos de Santa Fé do Sul à pág. 401, a promessa de doação autorizada pela referida lei não chegou a ser corporificada em escritura pública, de modo que, inexistente no mundo jurídico, não há falar na sua invalidação.

¹⁰ **Direito Administrativo Brasileiro**. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 886.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SANTA FÉ DO SUL

FORO DE SANTA FÉ DO SUL

3ª VARA

AVENIDA CONSELHEIRO ANTÔNIO PRADO, 1662, Santa Fe do Sul - SP - CEP 15775-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Diante da possibilidade de interposição de apelação com efeito suspensivo (art. 19, *caput*, da Lei Federal nº 4.717/1965), estendo os efeitos da tutela provisória concedida às págs. 72/80, para suspender a aplicabilidade do ato normativo impugnado na íntegra até o trânsito em julgado da presente sentença, evitando-se, com isso, que o prolongamento da litispendência em eventual fase recursal traga prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação ao patrimônio público.

Em atenção ao art. 12 da Lei Federal nº 4.717/1965, condeno os requeridos ao pagamento *pro rata* das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios da parte autora, que fixo, de forma equitativa, em R\$ 1.000,00 (mil reais), com esteio no art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil.

Oficie-se ao Cartório de Registro de Imóveis de Santa Fé do Sul para que averbe o dispositivo desta sentença nas matrículas dos imóveis nºs 26.257 e 26.258.

Ciência ao Ministério Público.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com as anotações necessárias.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Santa Fé do Sul, 18 de agosto de 2021.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**