

ACÇÃO POPULAR — LICITAÇÃO — REQUISITO DE LESIVIDADE

— Exame de legalidade do contrato relativo ao Memorial da América Latina.

— Exclusão do Governador e Secretários de Estado do pólo passivo.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (97ª Câmara Cível)

Apelação Cível nº 152.433

Apelantes: Clara Levin Ant e outros.

João Oswaldo Leiva.

Companhia do Metropolitano de São Paulo e outros.

Construtora Mendes Júnior.

Orestes Quércia e outros.

Fazenda do Estado de São Paulo

Apelados: Os mesmos e Luiz Carlos Santos e outros

Relator designado: Desembargador REBOUÇAS DE CARVALHO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL Nº 152.433-1/4, da comarca de São Paulo, em que é recorrente JUIZO *EX OFFICIO*, sendo apelantes CLARA LEVIN ANT e OUTROS, JOÃO OSVALDO LEIVA, COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO — METRÔ e OUTROS, CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR S.A., ORESTES QUÉRCIA e OUTROS e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, sendo apelados OS MESMOS e LUIZ CARLOS SANTOS e OUTROS:

ACORDAM, em Sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação majoritária, em rejeitar as preliminares e dar provimento aos apelos da Construtora Mendes Júnior e da Cia. do Metropolitano para julgar improcedente a ação e, por votação unânime, dar provimento em parte aos apelos dos ex-Secretários João Oswaldo Leiva, Frederico Mathias Mazuchelli e Getúlio Hanashiro para excluí-los do processo por ilegitimidade para figurar no pólo passivo extinguindo-se o processo quanto a ele e, bem assim, ao ex-Governador Oreste Quércia, negando provimento aos demais recursos, inclusive o oficial.

Custas na forma da lei.

Cuida-se de ação popular proposta com o

objetivo de anular contratos celebrados pela Cia. do Metropolitano de São Paulo com as empresas Construtora Mendes Jr. S/A, Ductor Implantação de Projetos S/A e Promon Engenharia S/A e condenar os “responsáveis e beneficiários”, na forma da lei, por isso que celebramos sem a devida licitação.

O Dr Juiz de Direito conhecendo diretamente do pedido, julgou antecipadamente a lide e deu pela procedência paracial da ação, para anular contrato celebrado com a Construtora Mendes Jr., com a condenação das pessoas físicas e jurídicas referidas a fls. 2.585, a restituírem, solidariamente, “aos cofres públicos os valores a serem apurados em execução”, na forma ali apontada. Os RR. Elizabeth Mendes de Oliveira, Luiz Carlos Santos, Almino Afonso e Roberto Rolemberg, em razão de suas ilegitimidades passivas *ad causam* foram excluídos da relação processual. Alfim, a ação foi julgada improcedente em relação às empresas Promom e Ductor.

Para exame: recurso oficial e dos litigantes.

Cabe, preambularmente, apreciar-se as prejudiciais argüidas pelo RR., tais como, julgamento antecipado da lide, participação correta da lide etc.

Diga-se que o julgamento da ação, na forma disposta pelo art. 330 da Lei Adjetiva Civil é possível, eis que não proibida por lei processual.

No particular foi adotado o rito ordinário, dispensável a abertura de vistas às partes para alegações, já que houve protesto por provas que se resumiram na documental.

Serviria a apenas para procrastinar o feito, que já ganha uma dúzia de alentados volumes.

Aqui o Dr. Juiz de Direito entendeu e entendeu bem, diga-se de passagem, os AA. continham tudo o que se precisava para prolatar a sentença e foi o que fez. Não houve prejuízo algum e como já dizem os juristas franceses: *pas de nullité sans griffe*.

Outra preliminar alinhada é aquela que diz com a possível não participação correta do M.P. ao longo do processo.

Aqui o M.P. é apenas *custos legis* e na medida em que sua participação foi necessária, compareceu e falou.

De inépcia longe está a inicial, pois que a acionados defenderam-se amplamente.

De mais a mais, a matéria em termos acusatórios se assim se pode dizer, está claramente exposta e contém o *quantum satis* para embasar processualmente a pretensão deduzida em Juízo pelos AA.

Como bem lembrou a esse respeito o Dr. Procurador da Justiça em seu parecer, a peça vestibular contém todos os elementos necessários para o ajuizamento da ação, seu conhecimento e julgamento.

Outrossim, as questões atinentes ao locupletamento pela Administração Pública (fls. 2.640) e ao “princípio da conservação dos atos jurídicos” (fls. 2.641) não dizem, propriamente, com a inépcia da inicial e sim com o mérito, tanto que a r. sentença não deixa de prever o pagamento das obras, mandando restituir aos cofres do Estado apenas a “diferença” a ser apurada em execução, ou seja, a indenização reclamada pela apelante já foi atendida e prevista, corretamente, pela r. sentença.

Uma outra questão preambular alçada pela Construtora Mendes Jr. diz com os “atos administrativos que foram editados anteriormente à celebração do contrato” anulado, envolvendo o “repasso de recurso pela Administração Centralizada para o Metrô” (fls. 2.642).

Os atos administrativos em apreço não são versados nesta demanda, vez que, esses atos administrativos não são ilegais tão-só porque

legal é o contrato. De fato, ante a decisão de conteúdo político voltada para a necessidade de se construir o Memorial da América Latina, o repasse de recursos para atender às obrigações decorrentes da execução da obra era até mesmo um dever do Estado. E quem efetua o repasse de recursos supre apenas a necessidade financeira daquele que é responsável direto, juridicamente, pelo pagamento da obra, no caso, a Cia. do Metrô, não cabendo àquela e sim a esta, o exame da legalidade do contrato. Por isso, quem efetuou os pagamentos foi a Cia. do Metrô, não as autoridades que repassaram as verbas ou deram autorização para a execução indireta da obra. Assim, pois, não se anula o repasse ou os atos anteriores ao contrato, mas, isso sim, o contrato, sendo essa a razão pela qual a própria apelante não foi condenada a restituir todas as importâncias recebidas em decorrência do aludido contrato.

Vale dizer, a ilegalidade do contrato não gera, necessariamente, a ilegalidade dos repasses e dos atos antecedentes.

Encaminhe-se o julgamento na esteira traçada pelo mui ilustre representante do M.P., de 2ª instância no tocante à apreciação da participação de cada um dos acionados, com as ressalvas que seguem.

E, como bem anotou o preclaro Ministro Sydney Sanches, a Justiça não está à espera de vaias ou de aplausos.

O Des. Luiz de Azevedo, ao apreciar certa ação popular (RT 627/102), assinalou: “A ação popular tem contornos precisos e definidos em lei, sendo imprescindível para seu exercício a ocorrência de ilegalidade e lesividade ao patrimônio público em relação ao ato administrativo atacado. E a presunção de lesividade ainda que admissível deverá se ater a seu conceito básico no sentido de que se parte de um fato conhecido para se alcançar um outro desconhecido, extraindo-se tal ilação do princípio da identidade, isto é, cuida-se de raciocínio lógico, e não de meras suposições abstratas. Se fosse possível intentar ação popular bastando ao interessado mencionar eventuais repercussões indiretas dos atos administrativos, todo e qualquer ato ou contrato realizado pela Administração Pública seria objeto de crítica por

tal expediente não podendo nenhum governo dar custo à sua administração com segurança e tranqüilidade”.

No particular, a Cia. do Metrô estava dispensada da licitação, como lembra o ilustre advogado e professor Geraldo Ataliba, conforme pode-se constatar a fls. 2.626 e ss. do 10º volume, onde ressalta o argumento constante do inc. 41, fls. 2.627, onde lembra que o Decreto-lei Federal 2.300/86, autoriza a dispensa de licitação, conforme previsto em seu art. 22, incisos IV e V.

O raciocínio jurídico posto nos autos pelo eminente Desembargador aposentado, ilustre advogado e professor Cândido Rangel Dinamarco, 12º vol. está a demonstrar o quanto segue: a lesividade da linguagem que se formou na doutrina da ação popular, precisa caracterizar-se como lesão efetiva, sob pena de traída ficar a exigência constitucional de ato lesivo. Presumir a lesão, nesse quadro, segundo salientou o citado professor, significa presumir a responsabilidade civil. A r. sentença condenou a restituir diferença de preços, quando sequer a petição inicial alegara algum suposto. Isso tem conseqüências processuais.

Alfim, a não proceder como fez, haveria a Administração Paulista de renunciar ao Memorial, ou de situar em local distante o canteiro de obras de outra eventual vencedora da tal licitação ou de indenizar a Mendes Jr. pelos prejuízos decorrentes da intromissão de outra empresa em seu canteiro, em qualquer hipótese prejudicando-se a si mesma e, sempre, à população paulistana.

Em suma, afasta-se lesividade presumida e dá-se pela improcedência da ação com relação aos acionados Metrô e Mendes Jr.

A matéria objeto dos presentes autos prende-se principalmente sobre a alegada lesividade presumida tão-somente, art. 4º da Lei 4.717/65, de cuja constitucionalidade, face ao disposto no art. 5º, § 5º, item LXXIII da Constituição Federal, conduz a sérias dúvidas sobre sua aplicação nos dias atuais, posto que o dispositivo em apreço não se refere à lesividade presumida.

Esta lei que emanada de período ditatorial, fere a consciência jurídica, pois que, como nos autos onde não há prova efetiva de lesão ao

patrimônio público e, de revés, o que existe no processo, mediante respeitáveis laudos periciais ficou demonstrada a inexistência de tal lesão e a vantagem auferida pelo estado na contratação efetuada.

No particular, quando muito poderia ter havido uma irregularidade administrativa, mas não legal, eis que a Cia. Metropolitana de São Paulo poderia dispensar a licitação e a obra, se intelectualmente atribuída ao ex-Governador, foi feita pelo Metrô, por preço que não trouxe o mais mínimo prejuízo ao erário e por empreiteira que já estava a trabalhar no Terminal Modal da Barra Funda.

Não se perca de vista, outrossim, que uma das finalidades do Metrô é o turismo, e foi assim que foi construído o Memorial da América Latina, podendo-se citar o Espaço Cultural da estação Paraíso.

Veja-se que a lei em apreço que criou essa ficção jurídica, o foi há mais de 20 anos e ademais é bom não esquecer-me que se trata de uma presunção *Juris tantum*.

E no particular ocorreu a demonstração idônea e ninguém pode contestar a idoneidade dos dois laudos sobre os custos do Memorial, que demonstram à sociedade que incorreu o mais mínimo prejuízo para os cofres públicos.

Não tem sentido aplicar-se a norma legal dessa lei, que representaria a consagração do *summum jus, summa injuria*.

É mister que se proveja a lesividade e aqui, com os trabalhos apresentados, verifica-se que essa lesividade concreta não ocorreu.

E tanto isso é certo que os AA. apenas a isso se apegam, como também está anotado no voto do mui ilustre Des. Relator sorteado, que até mesmo entendeu dispensável dar-se vista dos trabalhos às partes.

E aceitando-se, apenas *ad argumentandum*, que por não ter havido o certame a ilegalidade se configuraria, para ao depois em execução restar provado que a feita da obra foi um bom negócio para o Estado.

A justiça não deve preocupar-se com aquilo que não esteja nos autos.

Remate-se que os AA. populares não merecem acolhida, por isso que a r. sentença recorrida neste passo fica confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos (exclusão da

Ductor e Promon, reconhecida sua notória especialização).

Ante o exposto:

- a) rejeitam-se as preliminares;
- b) dá-se provimento em parte aos apelos dos ex-Secretários João Osvaldo Leiva, Frederico Mathias Mazzacchelli e Getúlio Hanashiro, para excluí-los do processo por ilegitimidade para figurar no pólo passivo, extinguindo-se o processo quanto a eles, e bem assim, quanto ao ex-Governador Orestes Quércia;
- c) dar provimento ao apelo da Construtora Mendes Jr. e ao da Cia. do Metropolitan, para julgar improcedente a ação; e,
- d) negar provimento aos demais recursos, inclusive ao oficial.

Quanto aos ônus da sucumbência, ficam os autores isentos dos mesmos, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Godofredo Mauro e Evaristo dos Santos, com votos vencidos, em parte.

São Paulo, 17 de março de 1993.

Rebouças de Carvalho, Presidente e Relator designado

Evaristo dos Santos, Relator vencido em parte, conforme declaração de voto em separado

Godofredo Mauro, Vencido em parte, conforme declaração de voto em separado

**DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO
EM PARTE
APELAÇÃO CÍVEL Nº 152.433-1/4
SÃO PAULO**

Pedi vista deste processo ante a expressão da causa, a divergência de votos proferidos pelos Exmos. Srs. Desembargadores que me precederam, bem como o brilhantismo jurídico das várias sustentações apresentadas. De qualquer forma, desde o princípio, uma dúvida me assaltou, recomendando meditação e pesquisa. Assim feito, estudando os autos, cheguei às seguintes conclusões:

A ação popular é meio procedimental constitucional à disposição do cidadão, *visando anular ato lesivo ao patrimônio público*. Interesse ao fim deste julgamento, definir, exata-

mente, essa condição objetiva para o exercício da ação: *a lesividade*. O texto constitucional é absolutamente direto, expresso e conclusivo, quando atribui ao cidadão (condição subjetiva), o direito de ingressar com a ação “**QUE VIVE A ANULAR ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO**.”

Dimensiona-se, com facilidade, o fim, o objetivo desta ação, recompor o patrimônio público.

Sem a demonstração da “lesividade”, ou seja, do “prejuízo”, cai o elemento fático que compõe a possibilidade da ação.

É evidente que a lesividade pressupõe ilegalidade, ao fim objetivado pela garantia constitucional em apreço.

Mas, está na lesividade a característica básica desta ação. A criação doutrinária “lesividade presumida”, *data venia*, é canhestra. Nem há necessidade de compatibilizar o texto da Constituição com o da lei correspondente, mesmo porque esta, obviamente, submete-se àquela. Importa, pois, o que defino, ou o que dispõe, o comando constitucional.

Nem aceito como presumida a lesividade nas hipóteses de nulidade, que a lei discrimina. *O ato pode ser nulo, sem ser lesivo*. Aqui, o interessado disporá de meio próprio para a declaração de nulidade, sem necessidade de composição de prejuízos, porque inocorrentes. Não é a lesividade presumida que justifica a nulidade do ato, mas a infração à lei que o torna imprestável.

Mas o processo desta ação especial contém dois pedidos: 1) o relativo à Constituição negativa do ato (nulidade) e, 2) o condenatório (ressarcimento). Aquele, na dependência da infração à lei; este, na dependência da lesividade.

Ora, se a parte intentou uma ação popular, apontando o que entendeu *ilegal* e se dispõe a realizar prova técnica, para indicar a lesividade; se a lesividade depende diretamente da prova técnica; e, sendo absolutamente elementar que o prejuízo (*an debeat*) deve ser demonstrado no processo de conhecimento, sendo apenas possível o “*quantum debeat*” o apurável em liquidação, não vejo como entender regular o presente procedimento.

O Magistrado supôs que o custo de uma

obra foi diferente do paradigma que indicou. A diferença entre ambas seria a lesão ao patrimônio público. O ocorre que essa diferença não foi demonstrada.

Atenta, em verdade, contra todos os princípios legais, determinar-se a procura dessa lesão na fase de liquidação, quando aqui o que se busca, exclusivamente, é liquidar o que foi afirmado anteriormente.

Já se apontou, nesta Tribuna, a incrível perplexidade que acometerá o julgador se não puder encontrar, na liquidação, a diferença procurada.

O juiz determinou, na sentença, uma perícia, que somente pode se realizar no processo de conhecimento. Por isso que, por ora, entendendo que este processo não está em condições de julgamento. *O processo é nulo a partir da sentença*, proferindo-se regular despacho saneador, quando se apreciação todas as questões pertinentes e se determinará a realização da prova pericial, para detectar, se fôr o caso, eventual prejuízo.

Nessas condições, dos respeitáveis votos já proferidos, ousou divergir.

Quanto ao voto do E. Des. Relator, porque confronta com os fundamentos já expostos.

No que concerne com a fundamentação do voto do E. Des. Revisor, porque concluiu não haver prova efetiva da lesão, baseada nas conclusões dos laudos periciais exibidos, entretanto, apenas na fase recursal, unilateralmente, e sem passar pelo crivo do contraditório.

Entendo, portanto, que, a r. sentença condenatória proferida deixou de atentar para a necessidade de demonstrar-se ou não a existência real da diferença de preço, entre as obras, que suportaram a sua fundamentação, pois só assim poderia a vir a prestar correta jurisdição.

A relevância das questões submetidas a julgamento determinava maior prudência na emissão do juízo definitivo, a começar pela prolação do despacho saneador, como já se acentou. O juízo de se desnecessária a realização da prova pericial (fls. 2.555) não pode prevalecer, pois a fase procedimental da sanção só poderia ser afastada, cedendo lugar à sentença, se não requerida a produção de prova testemunhal ou pericial. Como foi requerida,

o despacho saneador era de rigor para possibilitar, no interesse de todas as partes, a produção de prova em audiência ou a técnica cabível. E esta última se fazia necessária, já que, como já disse neste voto, não é aceitar-se a lesividade presumida em que se fundou a r. sentença, nas hipóteses de nulidade prevista na lei.

Afastada, no caso, a presunção de lesividade, há necessidade absoluta de possibilitar às partes a mais ampla discussão sobre a lesividade efetiva, o que se fará, como é lógico, na fase de conhecimento e não na fase de liquidação ou executória por simples presunção.

Pelo meu voto, *data venia* dos eminentes Desembargadores Relator e Revisor, anulo a sentença para que o processo se desenvolva no rito ordinário como exposto no voto.

Godofredo Nauro.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO APELAÇÃO CÍVEL nº 152.433-1/4 SÃO PAULO

1. Nos seguintes termos apreciei as preliminares e divergi, quanto ao mérito, da Doutra Maioria:

a) Quanto ao julgamento antecipado

Após a manifestação das partes sobre a documentação juntada (v.g. fls. 2.426v., 2.428/2.429, 2.465/2.468 e 2.495/2.498) e o protesto por provas (fls. 2.486, 2.555 e 2.559/2.560), foi proferida a r. sentença (fls. 2.562/2.585).

Alguns dos réus se insurgiram contra esse procedimento, entendendo nula a decisão por não ter sido dada, nos termos do art. 7º, V, da Lei nº 4.717, de 1965, oportunidade para alegações finais (fls. 2.604/2.635 e 2.661/2.690).

Sem razão, contudo.

Dispõe o questionado dispositivo:

“V) Caso não requerida até o despacho saneador, a produção de prova testemunhal ou pericial, o juiz ordenará vista às partes por 10 (dez) dias, para alegações, sendo-lhe os autos conclusos, para sentença, 48 (quarenta e oito) horas após a expiração dessa prazo; havendo requerimento de prova, o processo tomará o rito ordinário.”

Ora, no caso dos autos, como já ressaltado, houve protesto por provas. Ordinário, portanto, o procedimento. É o que dispõe a parte final do preceito invocado.

O requerimento ou não de prova define o rito e não qualquer outro elemento, como indevidamente apontado pelos apelantes (fls. 2.610).

O julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC) é fase processual do rito ordinário (art. 274 do CPC).

A vista às partes, antes do julgamento no estado, é incompatível com a apreciação negativa da prova. Por que indeferi-la e abrir discussão sobre sua pertinência, com inequívoco prejuízo para o andamento do feito, já em condições de ser encerrado, sem que o resultado prático do convencimento do juiz (decisão final), viesse a lume?

Inadmissível aplicar analogicamente preceito (art. 7º, V, da Lei nº 4.717/65) instituído para situação diametralmente oposta (inexistência de requerimento de provas).

Diante dessas circunstâncias e em face dos argumentos postos pela Douta Procuradoria (fls. 2.844/2.845 — item 8), afasta-se a nulidade.

b) intervenção do Ministério Público

O papel do Ministério Público na ação popular, ensina Hely Lopes Meirelles, é de parte pública autônoma, incumbida de velar pela regularidade do processo, de apressar a produção da prova e de promover a responsabilidade civil ou criminal dos culpados (“Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Corpus*” — ed. Revista dos Tribunais — 1989 — p. 100).

Poderá ser, também, como lembra José Afonso da Silva, substituto do autor, nos casos do art. 16 e do parágrafo único, do art. 19, e sucessor do autor, na hipótese do art. 9º, todos da Lei nº 4.717, de 1965 (Ação Popular Constitucional” — ed. Revista dos Tribunais — 1968 — p. 202).

A intervenção do Ministério Público na ação popular dá-se, normalmente, como *custos legis*, não como “parte”. Como parte o Ministério Público só atua excepcionalmente, na ação popular, como continuador do autor, na

falta, omissão ou ausência deste (Luiz José de Mesquita — “O Ministério Público na Ação Popular” — RT vol. 574/24, p. 26, em especial).

Nos termos do art. 6º, § 4º, da Lei nº 4.717, de 1965, o Ministério Público acompanhará a ação. A ele foi dada oportunidade em todas as ocasiões cabíveis (v.g. fls. 279v., 2.555 etc.). Não sendo caso de alegações finais em demanda popular julgada antecipadamente (conforme item interior — letra “b”), inexistente nulidade pela sua não intervenção nessa oportunidade.

Secunda-se aqui, uma vez mais, manifestação da Douta Procuradoria (fls. 2.845 — item 9).

c) Inépcia da inicial e impossibilidade jurídica do pedido

Alegou a CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR a esse título a necessidade de ser remunerada pelo trabalho efetuado e do prévio desfazimento do ato administrativo de repasse de verbas, sem o que a demanda não podia prosseguir (fls. 2.639/2.643).

Essas premissas, no entanto, não acarretam aquelas conclusões.

A possibilidade jurídica do pedido tem sido afastada, pela moderna doutrina, como condição da ação (Enrico Tullio Liebman — “Manuale di Diritto Processuale Civile” — Guiffè — 1980 — vol. I — p. 135 — nº 74 e Arruda Alvim — “Tratado de Direito Processual Civil” — ed. Revista dos Tribunais — 1990 — vol. I — p. 380 — nota 1), mas (e é deste último a observação) ela foi aceita pela nossa Lei, razão pela qual é considerada.

Representa esta condição o exame que deve ser feito pelo juiz, da ação posta em juízo, no sentido de examinar se há ou não a sua viabilidade, em função do ordenamento jurídico (Arruda Alvim — op. cit. — p. 380), consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que em tese a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado (Vicente Grego Filho — “Direito Processual Civil Brasileiro” — ed. Saraiva — vol. I — p. 42).

Dos exemplos dados por Ovídio A. Baptista da Silva (mandado de segurança impetrado contra particular e possuidor que propõe ação

reivindicatória — “Curso de Processo Civil” — SAFE — 1987 — vol. I — p. 87) resulta que, no caso dos autos, efetivamente, não falta esta condição da ação.

O autor popular pode restringir a pretensão a invalidar determinado ato lesivo ao patrimônio público, embora outros a ele relacionados pudessem ser objeto de igual demanda. O repasse de verbas e os contratos referidos na inicial são autônomos. O exame desses prescinde da análise daquela. Cada um deve ser considerado de per si. Inexiste interdependência. Ainda mais, a eventual mácula de um pode não atingir o outro.

Desnecessária a cumulação de pedidos pretendida. A pretensão (invalidação de contratos administrativos) objetiva providência jurisdicional admitida pelo ordenamento jurídico. Não há que se falar, por esse motivo, em inépcia da inicial. Assim se tem decidido (RJTJ/SP vol. 132/416 e 422).

A jurisprudência tem afastado alegações de inépcia da inicial quando presente a exposição inteligível, permitindo a exata individuação dos fatos e transmitidos ao demandado os dados necessários para a elaboração da defesa (RJTJ/SP vols. 82/332, 84/144, 117/214, 118/223 e 119/197 e Aps. nºs 134.977-1 e 128.525-1 — 7º CC — j. de 05.09.90 e 17.10.90, respectivamente).

Por inepta só pode ser tida a inicial que apresente qualquer dos vícios apontados no parágrafo único do art. 295 do CPC, ou a que contenha pedido contrário à lei expressa ou em que se pleiteiem coisas manifestamente absurdas (Alexandre de Paula — “Código de Processo Civil Anotado” — 1980 — vol. II — p. 113 nº 11).

O indeferimento da inicial deve ser medida de exceção, usada com a máxima cautela a fim de que o Estado não se furte à prestação jurisdicional devida aos cidadãos (Alexandre de Paula — op. cit. — p. 113 nº 12).

A peça vestibular aqui em exame (fls. 2) não padece desses males. Atende às recomendações jurisprudenciais mencionadas. Não comporta indeferimento por inépcia, máxime pelos fundamentos apontados.

Eventual direito à indenização pela construção feita, embora invalidado o ato administra-

tivo que a autorizava, não é requisito da inicial de demanda popular.

Além do mais, da forma pela qual foi fixada a indenização, já está atendida esta reivindicação.

Corretamente afastadas, portanto, essas preliminares.

d) Quanto à legitimidade passiva

Nos termos do art. 6º da Lei nº 4.717, de 1975, “a ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão tiverem dado oportunidade à lesão e contra os beneficiários diretos do mesmo”.

Alinham-se, aí, pondera Paulo Barbosa de Campos Filho, em fórmula completa e clara, “os sujeitos passivos da ação popular constitucional, a começar pelas pessoas, públicas ou privadas, a que seja atribuído o ato acoimado de lesivo dos respectivos patrimônios (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades autárquicas, sociedades de economia mista e demais entidades relacionadas no artigo 1º), a prosseguir pelos que houverem, de qualquer maneira, participado da sua feitura ou consumação (“autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão”) e a rematar pelos que dele tiverem auferido ou puderam auferir vantagem ou benefício patrimonial, indicados, estes últimos, pela locução final do dispositivo, como “beneficiários diretos do mesmo” (“Da Ação Popular Constitucional” — Saraiva — 1968 — p. 125).

Três categorias, portanto, arremata, de sujeitos passivos da ação: “a primeira, constituída pelos que, substituídos pelo autor popular, dela seriam os verdadeiros autores, se feito valer por eles próprios o direito em juízo postulado; a segunda, pelos responsáveis, com fatores ou realizadores, pelo ato ou omissão tachados de lesivos; e a última, pelos beneficiários diretos desses mesmos atos, ou omissões...” (op. cit. — p. 125).

A *legitimatío ad causam* é condição da

ação que se caracteriza pela ... *appartenenza soggettiva adell'azione, cioè l'identità di colui che ha proposto la domanda con colui che con riferimento alla lesione diun suo diritto, ch'egli afferma esistente, possa pretendere per sè il provvedimento di tutela giurisdizionale domandato noi confronti di colui che è stato chiamato ingiudizio* (Enrico Tullio Liebman — “Manuale di Diritto Processuale Civile” — Guiffre Editore — 1980 — vol. I — p. 141/142). Consiste na individualização daquele a quem pertence o interesse de agir e daquele em frente ao qual se formula a pretensão levada ao Judiciário (José Frederico Marques — “Manual de Direito Processual Civil” — Saraiva — 1975 — pp. 160/161).

Esta pertinência deve ser examinada à luz do objeto da ação, ou, segundo linguagem tradicional, da *res in iudicium deducta*.

Restringe-se o pedido à “... decretação da invalidade dos contratos de n.ºs 7190725000, 7189725000 e 7083725000, celebrados pela Companhia do Metropolitano de São Paulo com as empresas Construtora Mendes Júnior S.A., Ductor-Implantação de Projetos S.A. e Promon Engenharia S.A., respectivamente (fls. 11/12). E tal se dá por vícios na execução (falta de licitação, autorização verbal e início anterior à celebração dos contratos, sem previsão de recursos financeiros, com desvio de finalidade na aplicação de recursos orçamentários, concessão de adiantamento etc. — fls. 9/11).

Não se questiona o MEMORIAL DA AMÉRICA LATINA como obra de governo, mas a forma pela qual foi contratada sua realização.

Inequívoca, diante dessas colocações, a legitimidade passiva das empresas envolvidas nesses negócios (CIA. DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO — METRÔ, CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR S.A., DUCTOR IMPLANTAÇÃO DE PROJETOS S.A. E PROMON ENGENHARIA S.A.).

A primeira como aquela que assumiu a realização nos termos criticados, as outras como beneficiárias dessa situação (“... aqueles a quem o ato, a omissão ou a avaliação inexata aproveitou... aquela pessoa ou entidade em favor de quem o ato foi praticado ou a omissão

se deu; pessoa ou entidade destinatária do ato lesivo ou da omissão lesiva” José Afonso da Silva — “Ação Popular Constitucional — Doutrina e Processo” — 1968 — pp. 198/199).

Legitimados também o Presidente e os Diretores da Cia. do Metrô. Participaram não só dos contratos, como da decisão anterior, que deliberou a forma de execução. É o que decorre da natureza da defesa ofertada (fls. 448/543) e das razões de apelo (fls. 2.604/2.635).

O ex-Governador, o ex-Vice-Governador e os ex-Secretários de Estado são partes ilegítimas para figurarem nessa demanda.

As entidades paraestatais, das quais faz parte a sociedade de economia mista, são autônomas, administrativas e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime de iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando vinculadas (não subordinadas) a determinado órgão da entidade estatal a que pertencem (Hely Lopes Meirelles — “Direito Administrativo Brasileiro” — 1990 — pp. 57/58, 317/331).

Em consequência, acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello, o Estado não é responsável, senão subsidiariamente, pelos atos e obrigações contraídas por tais entidades (“Prestação do Serviço Públicos e Administração Indireta” — 1973 — p. 117).

Sendo pessoas de direito privado, respondem perante terceiros por seus atos. Nem os seus diretores respondem pessoalmente, se de forma anônima, salvo caso de culpa ou dolo, diretamente perante terceiros, ou por ação regressiva da sociedade, e, menos ainda, o Estado, ou outra pessoa de direito público, que dela participe como acionista, não obstante criada por lei, pois se organiza sob forma de direito privado, regida pelo direito comercial (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — “Princípios Gerais de Direito Administrativo” — 1974 — vol. II — p. 241).

Mesmo sujeitas a esse controle não perdem sua personalidade jurídica.

Ora, embora o ex-Governador tenha determinado a realização da obra, aquiescido na sua execução pelo METRÔ (fls. 1.382 e 1.384) e imposto urgência na sua conclusão, não autorizou, aprovou, ratificou ou praticou quaisquer dos atos impugnados.

Nada há nos autos a propósito.

Não é razoável supor, máxime quando não há sequer indícios, que o então Governador do Estado fosse impor a execução de forma irregular ou ilegal de determinada obra pública. A determinação de urgência, mesmo por questões políticas, não faz presumir autorização para desrespeito ao procedimento administrativo cabível na espécie.

Os atos que redundaram nas apontadas ilegalidades, se deram em momento posterior ao ato político, agora já no âmbito interno do METRÔ, quando se definiu a forma técnica e legal de executar a obra.

O repasse de verbas sem previsão orçamentária (fls. 10, “f”), ato administrativo independente dos contratos a invalidar, não foi objeto desta ação. Não pode ser subentendido no principal. Logo, não se justifica manter no pólo passivo dessa ação quem a essa questão esteja vinculado.

Por outro lado, não é razoável exigir do ex-Governador (ou mesmo ex-Vice-Governador e dos ex-Secretários de Estado) o exame de todas as contratações da sociedade de economia mista. Como bem sustentado (fls. 2.675/2.676) não se pode argumentar em termos de responsabilidade por omissão.

A situação aqui é semelhante à do ex-Secretário de Estado Paulo Salim Maluf, em demanda de igual natureza. Embora tivesse determinado urgência na recuperação da rodovia São José dos Campos — Campos do Jordão, foi excluído da lide por ilegitimidade passiva. Anotou-se que “sendo o ato da competência exclusiva do DER, não subordinada à Secretaria dos Transportes ou ao seu titular para fins administrativos — aliás, de rotina — não se há como lobrigar co-responsabilidade do ocupante daquela pasta, como corolário da simples verificação de irregularidades” (AI n.º 280.369 — 1.º CC — Rel. Des. Luís de Macedo — v. un. j. de 24.07.79 — fls. 2.691/2.694 e RJTJ/SP vol. 61/201).

Se assim foi com relação à autarquia estadual, com maior razão quanto a atos de sociedades de economia mista, reconhecidamente a menos integrada na dependência da administração central e com menor subordinação, segundo lição de Themistocles Brandão Caval-

canti lembrada pelo apelante (RDA — vol. 103/9 e 10 — fls. 2.674).

Daí o provimento, em parte, aos apelos (fls. 2.595/2.600 e 2.661/2.690) para extinguir o processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por falta de legitimidade passiva, quanto ao ex-Governador Oreste Quércia e aos ex-Secretários de Estado João Osvaldo Leiva, Frederico Mathias Mazzyccelli e Getúlio Hanashiro. Acolhe-se, nesse ponto, a manifestação do Ministério Público de ambas as instâncias (fls. 2.838, “a” e 2.856 n.º 17).

Mantém-se, quanto ao ex-Vice-Governador Almino Afonso e aos ex-Secretários de Estado Elizabete Mendes de Oliveira, Luiz Carlos Santos e Rolando Rollemberg, a r. sentença.

e) Quanto ao mérito

À luz do princípio constitucional da isonomia, orienta-se a doutrina, salvo algumas respeitáveis opiniões em contrário, por exigir, mesmo das sociedades de economia mista, a sujeição ao princípio da licitação (Adilson Abreu Dallari — “Aspectos Jurídicos da Licitação” — Ed. Juriscredi — pp. 51/52; idem — ed. Saraiva — 1980 — pp. 38/39; Celso Antônio Bandeira de Mello — “Licitação” — ed. Revista dos Tribunais — 1980 — p. 9 e Régis Fernandes de Oliveira — “Licitação” — ed. Revista dos Tribunais — 1981 — pp. 21/24). É instituto que se impõe ainda que silente a legislação a seu respeito (Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz — “Dispensa e Inexigibilidade de Licitação” — ed. Revista dos Tribunais — 1992 — p. 30).

Como ressaltado na decisão (fls. 2.575), análise mais profunda dessa matéria, no presente caso, é desnecessária. O Regulamento de Contratações da Companhia do METRÔ impõe o certame (fls. 599/608).

Todas as contratações, referentes a obras, serviços e compras efetuadas diretamente pela Empresa (art. 1.º) serão precedidas de seleção (art. 2.º), segundo modalidades (art. 3.º) de acordo com o valor estimado do fornecimento (art. 4.º, “caput”).

Optou o METRÔ, no entanto, por não realizar qualquer processo seletivo e atribuir diretamente à MENDES JÚNIOR a construção do Memorial da América Latina, inicialmen-

te como extensão do Terminal Intermodal da Barra Funda e, posteriormente, por contrato em que os serviços anteriores foram absorvidos.

Que não foi realizado qualquer espécie de processo seletivo é fato incontroverso. As contratações não foram precedidas de licitação, como observou o Tribunal de Contas (fls. 308). Resta ver se possível essa atitude.

Deve ser examinada nesse momento a Resolução RD 674/87 (fls. 694/695). Lá as justificativas apresentadas para tal procedimento.

Invoca a Diretoria do METRÔ o art. 4º, § 2º, inciso IV, do Regulamento, que está assim redigido: “Independentemente do valor estimado do fornecimento, poderá ser adotado Pedido de Cotação: IV — para extensão, completamente ou padronização de fornecimento anteriormente efetuado” (fls. 600/601).

E por fornecimento, nos termos do art. 2º, I do mesmo Regulamento, é entendido o “objeto de uma contratação, seja obra, serviço ou compra” (fls. 599).

Aquele preceito é semelhante ao art. 22, V do Decreto-lei nº 2.300, de 1986 (“É dispensável a licitação: ... V — quando houver comprovada necessidade e conveniência administrativa na contratação direta, para complementação da obra, serviço ou fornecimento anterior, observado o limite previsto no art. 55 e seu § 1º”), sendo aplicáveis ao presente caso os ensinamentos doutrinários a propósito desse último, o que não implica em admitir a incidência do diploma federal a hipótese dos autos.

Ponderam Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, que “o princípio da mutabilidade dos contratos administrativos não enseja à Administração a potestade de alterar o seu objeto, a ponto de desfigurar a contratação inicial. O limite essencial, para validade do *lus variandi*, é, exatamente, a inalterabilidade do objeto”. Devem ser respeitados, continuam, “... a substância do contrato celebrado, sua essência é a de seu objeto...” (op. cit. — pp. 52 e 53).

Do cotejo dos contratos nº 0011521000 (Terminal Intermodal da Barra Funda — fls. 238 — cláusula 1.1) e 7190725000 (Memorial da América Latina — fls. 27 — Cláusula 1.1)

resulta clara que os “fornecimentos”, ou objetos, são distintos.

Ambos se referem à realização de “obra pública”, “construção”, mas aí cessa a semelhança.

Não se pode ter o Memorial da América Latina como extensão, continuação ou complementação do Terminal Intermodal da Barra Funda. Assim fosse, como bem observou o magistrado, bastaria, quanto muito, um termo de adiantamento ao contrato já feito (fls. 2.578).

Admitir esta integração seria confundir o Palácio da Justiça ou a Catedral com a Estação Sé do METRÔ, a Igreja de São Bento com a Estação do mesmo nome, e aí por diante. Irrelevante façam parte do mesmo plano viário ou haja contiguidade nas obras. Cada uma de per si mantém sua individualidade, suas peculiaridades, enfim, sua autonomia funcional, filialística e mesmo arquitetônica.

São obras distintas.

E quem afirma isso é a própria Companhia do METRÔ. Ao se insurgir contra o critério de indenização fixado na sentença é categórica: “Não se sustenta, pois, a determinação de indenizar-se a diferença de valor entre *obras totalmente distintas, em qualidade e extensão*” (fls. 2.632).

Reconhece a própria construtora que “... para a execução da obra do Memorial foi (sic) previsto alguns serviços específicos *sem similar* com a obra de Barra Funda, relacionados, principalmente, às cascas e vigas protendidas (recorde mundial de vão livre em viga reta)...” (fls. 2.650).

A conveniência administrativa, ressaltada pelos critérios operacional, cronológico, financeiro e espacial, não é suficiente para afastar o imperativo do processo licitatório.

A legitimidade da dispensa, pondera, com razão Hely Lopes Meirelles, “depende da conjugação de três requisitos essenciais: comprovação da necessidade da complementação do objeto de contrato anterior, demonstração das vantagens que a contratação direta propiciará à Administração e a observância dos limites de acréscimos estabelecidos...” (“Licitação e Contrato Administrativo” — ed. Revista dos Tribunais — 1991 — p. 103).

Evidenciado, quando muito, apenas o segundo desses elementos, não se pode entender afastada a exigibilidade da concorrência.

Ao contrário do que argumenta a Mendes Júnior (fls. 2.647), os limites quantitativos à complementação ou extensão são postos em respeito ao princípio da igualdade. Desfigurasse-ia, assim não fosse, o objeto inicialmente acertado para se permitir nova contratação, vedada pelo ordenamento, posto que realizada com dispensa de licitação.

Observe-se, finalmente, que a “urgência” ensejadora da dispensa, caracteriza-se pelo “... atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares... é, pois, toda aquela que põe em perigo ou causa dano à segurança, à saúde ou à incolumidade de pessoas ou bens de uma coletividade, exigindo rápidas providências do Poder Público para a debelar ou minorar suas conseqüências lesivas” (Hely Lopes Meirelles — op. cit. — p. 102).

A situação, para ser considerada emergente, observam Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, “deve ser de tal ordem, que não possibilite a execução do procedimento licitatório, no momento em que invocada. Se isso não acontecer, concluem, não terá havido efetiva emergência, mas sim, aparente” (op. cit. — p. 50).

Não se confunde, portanto, com a premência de ordem política que inspirou a realização do Memorial pelo ex-Governador.

Também sob esse prisma não se justifica a dispensa.

Assim, como considerado na 1. sentença (fls. 2.577/2.580) e no parecer da Douta Procuradoria (fls. 2.846/2.852 — item 13) e resulta das provas existentes nos autos, pelos fundamentos apontados, insustentável o procedimento adotado pelo METRÔ quando da contratação da Mendes Júnior para realizar o MEMORIAL DA AMÉRICA LATINA.

Conseqüentemente, inafastável a incidência do art. 4º, inciso III, letra “a” da Lei nº 4.717, de 1965 (“São também nulos os seguintes atos ou contratos... II — a empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando: a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem

prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral”).

Aplica-se este dispositivo à hipótese dos autos, em que pesem os argumentos ofertados em contrário pela Cia. do METRÔ (fls. 2.613/2.616 — itens 16 a 20), como bem ponderou a Douta Procuradoria (fls. 2.852 — item 14) com fundamentação aqui adotada como razão de decidir.

Desnecessária prova de efetiva lesão.

Todos os casos do art. 4º, preleciona José Afonso da Silva, são de “... lesividade legal ao patrimônio das entidades públicas ou privadas interessadas. Vale dizer, continua, ocorrendo qualquer daquelas hipóteses, não há necessidade de verificação de outro prejuízo. Nelas já está consubstanciada a lesão justificativa da demanda popular... a lesividade já está ínsita na prática dos atos nas condições indicadas, sem necessidade de ocorrência de outra lesão” (“Ação Popular Constitucional — Doutrina e Processo” — ed. Revista dos Tribunais — 1968 — p. 149).

A empreitada, a tarefa e a concessão de serviço público contratadas sem concorrência é caso de presunção legal de ilegitimidade e lesividade (Hely Lope Meirelles — “Mandado de Segurança — Ação Popular — Ação Civil Pública — Mandado de Injunção — ‘Habeas Corpus’” — ed. Revista dos Tribunais — 1989 — p. 96).

Como já decidiu esta Casa, “para que seja considerado lesivo e nulo de pleno direito contrato de concessão de serviço público celebrado sem prévia concorrência, nos termos do regulamento ou norma geral, basta a prova do ato, uma vez que essa lesão é legalmente presumida, como decorre da própria lei e segundo a doutrina e a jurisprudência” (Ap. nº 116.780-1 — 3º CC — Rel. Des. Flávio Pinheiro — v.un., j. de 31.10.89 — RT, vol. 649/54 ou RJTJ/SP vol. 123/23), não se podendo falar em inconstitucionalidade da norma.

Quando os serviços são executados sem prévia concorrência pública, e é óbvio que as obras se enquadram na mesma situação, “... a lesividade decorre do próprio ato” (Ap. nº 1.197-1 — 3º CC — Rel. Des. Evaristo dos Santos — v.un., j. de 05.08.80 — RJTJ/SP, vol. 66/36).

Irrelevante, por último, a aprovação das contas do METRÔ, de 1987, pelo Tribunal de Contas (fls. 2.487).

Como também já decidiu esta Casa, “a competência constitucional do Tribunal de Contas, mero órgão auxiliar do Poder Legislativo, enquanto se adscrive à apreciação técnico-contábil, própria do controle externo de fiscalização financeira e orçamentária (art. 72, § 4º, CF), não preexclui o julgamento político parlamentar e muito menos a cognoscibilidade jurisdicional da legalidade e lesividade dos atos subjacentes às contas aprovadas” (Ap. nº 56.033-1 — 2º CC — Rel. Des. Cezar Peluso — v.un., j. de 10.02.87 — RT vol. 619/60).

Em resumo: as contratações em tela, celebradas sem suficiente justificativa para a dispensa de prévia licitação, são nulas.

Correta a r. sentença.

f) Quanto ao apelo dos autores

A r. sentença entendeu dispensável a licitação pelo critério da notória especialização quanto aos contratos com a PROMON e a DUCTOR (fls. 2.583).

Entenderam os autores injustificada a diversidade de tratamentos. Como invalidar um contrato por falta de licitação e aceitar outros com o mesmo vício, ainda mais, se a própria Cia. do METRÔ reconhece a existência de outras empresas com a mesma qualificação que as contratadas (fls. 2.587/2.593).

Sem razão, porém.

Por que não dispensar licitação se ela seria inexigível, por notória especialização das empresas, à luz do Decreto-lei 2.300/86?

Considera-se de “notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (art. 12, parágrafo único, do Decreto-lei nº 2.300, de 1986).

Este o fundamento das contratações da PROMON (Resolução RD nº 639/87 — fls. 751) e da DUCTOR (Resolução RD nº 601/87 — fls. 786).

O arquiteto Oscar Niemeyer, que dispensa

apresentações, ao ser escolhido pelo ex-Governador para o projeto arquitetônico do MEMORIAL (fls. 1.400 — item 14), solicitou a contratação da PROMON (fls. 2.491), pelo respeito “desta empresa à concepção de seus projetos arquitetônicos e pelo reconhecida capacidade da mesma no suporte técnico de engenharia e gerencial nestes tipos de projeto” (fls. 1.400 — item 13). Ele “tem executado seus projetos, nos últimos 15 anos, com apoio exclusivo da PROMON... inclusive nas obras executadas no exterior” (fls. 1.400 — item 14).

Participou de inúmeras obras atribuídas àquele renomado arquiteto (Passarela do Samba e Museu do Carnaval, Memorial JK, Panteão da Liberdade, Museu do Índio, Universidade de Constantino, Universidade Científica de Argel, Parque do Tietê, CIEPS, CESP — Centro Administrativo, Quartel General das Forças Armadas, Anexo ao Congresso Nacional, Anexo ao Itamarati etc. — fls. 1.295 e 2.491).

Já no que diz respeito à DUCTOR, outra não é a situação. Apresenta invejável lista de serviços executados (fls. 1.460/1.552) e de serviços em execução (fls. 1.553/1.570).

Identificado o notório especializado, pouco importa que ele seja uno (e, portanto, singular), ou integre uma pluralidade de notórios especializados (Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz — op. cit. — p. 67). Irrelevante, portanto, existam outras empresas (como a Logos — fls. 2.592) com iguais predicados na mesma área.

Em face dos elementos existente nos autos, é razoável concluir preenchem essas empresas (PROMON e DUCTOR) os requisitos exigidos para serem consideradas de notória especialização. Inexigível, portanto, como corretamente decidido, nesses casos, a licitação.

Mantém-se, também nesse ponto, a r. sentença.

g) Quanto aos critérios de indenização.

Assim dispôs o julgador: “o custo do Memorial há de corresponder, em preços unitários de outubro de 1987, ao custo, com atualização pelo IPC, do terminal. A diferença a maior terá de ser paga ao Estado. As obras e/ou serviços relativos ao Memorial que não

possam, por suas peculiaridades, ter seus custos comparados com os do Terminal, serão objeto da atualização pelo IPC, dos valores pagos para a época da liquidação e de comparação com custos arbitrados em perícia” (fls. 2.584).

Apontou o METRÔ a falta de lesão, e a necessidade de se pagar pelo que foi executado a inviabilizar a condenação (fls. 2.630/2.632 — itens 46 a 50).

Invocou a Mendes Júnior regras de reparação civil, inaugurou-se contra o IPC pleiteando atualização dos preços pelos índices de construção civil e pleiteou a compensação pelo executado (fls. 2.655/2.657 — itens 99 a 108).

A lesividade do contrato administrativo celebrado sem prévia concorrência, como já anteriormente mencionado (letra “e” supra), decorre da lei. Resta, neste momento, apenas fixar critérios para apuração.

Em nenhum momento foi determinado que a empreiteira deixasse de receber pelo que executou. Faltaria, além do mais, legitimidade à Cia. do METRÔ para invocar aplicação do art. 49, parágrafo único, do Decreto-lei n.º 2.300, de 1986.

É inequívoco que o Estado se beneficiou com a obra, mas deve pagar segundo o preço submetido ao crivo da concorrência. Razoável que os valores do Terminal sirvam de parâmetro e não os decorrentes de avenças nulas.

Como, em face da notória inflação, comparar valores em duas épocas diferentes? Necessário um indexador. Valeu-se a sentença do IPC. Pretende-se o de custos da construção civil.

Não se preocupa o preço da obra, nem os oferecidos em licitação que não houve, mas a apenas, a importância a ser resposta aos cofres públicos. A questão é de valor e não de preço. Conseqüentemente, inadmissível o índice sugerido pela empreiteira.

Os preços oferecidos no Terminal é que devem ser corrigidos para a época do Memorial.

É razoável supor que o magistrado, ao se referir ao IPC, tenha buscado aplicar a correção monetária segundo a inflação real. Restringe-se, assim, o uso do IPC às hipóteses em que os índices oficiais não foram fiéis àquela. Serve de parâmetro para tanto, orien-

tação da Eg. Presidência do Tribunal de Justiça, como dá conta despacho publicado no DOE de 02.03.93, do ilustre Desembargador Sabino Neto, ao qual se reporta como razão de decidir.

Apenas para esse fim é provido o recurso da empreiteira (CONSTRUTORA MENDES JÚNIOR S.A.).

h) Quanto aos horários

Inexistindo má-fé dos autores, a r. sentença os isentou do pagamento do ônus do sucumbimento, impondo aos vencidos custos, despesas e honorários de 10% do total da liquidação (fls. 2.585).

Pleiteou a Mendes Júnior, em face do sucumbimento parcial dos autores, a aplicação do art. 21 do CPC, com a compensação dos encargos decorrentes, ou a redução da verba honorária a que foi condenada (fls. 2.657/2.659 — itens 109 a 120).

Em que peso a exclusão do feito de alguns réus, uma vez não provada a má-fé dos autores (art. 5º, LXXIII, da CF/88 — de aplicação imediata), impossível condená-los no pagamento da verba honorária (Yussef Said Cahali — “Honorários Advocatícios” — ed. Revista dos Tribunais — 1990 — pp. 739/743 — n.º 224). No mesmo sentido J. Cretella Júnior (“Comentários à Constituição de 1988” — ed. Forense — 1990 — vol. II — p. 810 — n.º 57) e a jurisprudência (RJTJ/SP — vol. 120/254, RT — vol. 641/111 e Ap. n.º 128.525-1 — 7º CC — v.un., j. de 17.10.90 e Ap. n.º 145.162-1 — 7º CC — v.un., j. de 19.06.91).

Considerando a complexidade da demanda, os percalços do processamento, o volume de documentos e petições a examinar, enfim, em face dos parâmetros do § terceiro do art. 20 do CPC, não se justifica alteração da importância arbitrada.

Dadas as circunstâncias, os honorários concedidos são razoáveis.

Não procede o inconformismo.

2. Por esses motivos: a) Afastava as preliminares; b) Dava provimento, em parte, aos apelos de João Osvaldo Leiva, Orestes Quêrcia, Frederico Mathias Mazzucchelli e Getúlio Hanashiro para excluí-los do processo por ilegitimidade passiva de parte e, conseqüentemente, EXTINGUIR, quanto a eles, o proces-

so, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC; c) Dava provimento, em parte, ao apelo da MENDES JÚNIOR; e, fi-

nalmente, d) Negava provimento aos demais recursos, inclusive ao oficial.

Evaristo dos Santos.