



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2019.0000841879

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1033680-21.2016.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante [REDACTED], são apelados [REDACTED], SEMAE - SERVIÇO MUNICIPAL AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO e [REDACTED].

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo e ao reexame necessário. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Michel Bertoni Soares.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA E RICARDO ANAFE.

São Paulo, 9 de outubro de 2019

SPOLADORE DOMINGUEZ

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Voto nº 10949

Apelação Cível nº 1033680-21.2016.8.26.0576

Comarca: São José do Rio Preto

Recorrente: Juízo *ex officio*

Apelante: [REDACTED]

Apelados: [REDACTED] e outros

MM. Juiz: Adilson Araki Ribeiro

AÇÃO POPULAR Pretensão à nulidade de contratação de empresa especializada para a prestação de serviços em postos de atendimento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

presencial, por telefone ou por outros meios de comunicação, no Município de São José do Rio Preto. Sentença que julgou improcedente o pedido Manutenção que se impõe Ausência de provas de desvio de finalidade na concreção do contrato administrativo e de lesão ao erário. Apelo e reexame necessário desprovidos.

Trata-se de ação popular promovida por [REDACTED] em face da [REDACTED], e outros, objetivando “a declaração de nulidade do contrato julgado irregular pelo TCE, reconhecendo como excessivo todos os pagamentos realizados em valores acima do menor ofertado pelas licitantes no Pregão Presencial 06/2011- a condenação dos requeridos a restituírem aos cofres do SEMAE este valor, de forma solidária, atualizada monetariamente desde os recebimentos e acrescidas de juros legais desde a citação.” (fl. 07).

A r. sentença de fls. 688/691, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido inicial.

Soma-se ao reexame necessário, o apelo do autor (fls. 695/700), postulando a inversão do julgado.

Contrarrazões nos autos (fls. 713/746 e 747/760).

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela manutenção da r. sentença (fls. 785/787).

Eis o breve relato.

O apelo e o reexame necessário não comportam provimento.

Cuida-se, o processo originário, de ação popular intentada com vistas à anulação do processo licitatório Pregão Presencial 06/2011, para a contratação de empresa especializada, com fornecimento de equipamento técnico adequado, material e mão de obra, para a prestação de serviços nos postos de atendimento presencial, via telefone ou por outros meios de comunicação, no Município de São José do Rio Preto.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Sustenta o autor-apelante, em resumo, que a autarquia de água e esgoto do Município - SEMAE - contratou a primeira ré - [REDACTED]. (contrato 13/2012, decorrente do pregão presencial 06/11), com direcionamento da contratação pelos servidores [REDACTED] e [REDACTED]. Aduz que, por intermédio do referido pregão presencial, a primeira ré sagrou-se vencedora e firmou contrato com a autarquia, cujo objeto era de contratação de empresa especializada, com fornecimento de equipamento técnico adequado, material e mão de obra, para a prestação de serviços nos postos de atendimento presencial, por telefone ou outros meios de comunicação. Alega que houve prejuízo ao erário, ao ser restringida a licitação em favor da primeira ré. Afirma se fundar em parecer do Tribunal de Contas, que entendeu que a licitação era nula, por restrição aos demais participantes.

Pois bem.

Da leitura atenta dos autos, vê-se que o autor popular acusa os corrêus Luciano e [REDACTED] de direcionarem licitação para que houvesse a contratação da corré Sociedade Civil de Saneamento, com inclusão de cláusula restritiva, exigindo experiência em campo das empresas, quando o objeto do contrato era atendimento público tipo 'call center'. Alega-se que a exigência descabida de “experiência em campo”, restringiu o certame ocasionando contratação por preço maior, gerando prejuízo ao erário. Houve destaque, ainda, para a conclusão do Tribunal de Contas, fls. 29/41, de ter havido ilícito no certame.

Cumprе ressaltar, no aspecto, que, de fato, como bem decidido, não restou demonstrado o alegado conluio existente entre os corrêus e que buscava a inabilitação das demais empresas participantes do pregão objeto dos autos.

Veja-se que, como bem apontado pelo Juízo “a quo”:

“(...) nem ficou claro no julgamento perante o Tribunal de Contas a final a questão envolvendo o atendimento ao usuário a campo, afora o voto do eminente relator Cláudio Ferraz de Alvarenga (...) não ficou bem claro se havia ou não necessidade de prova de know how para o atendimento a campo.

(...) Porque no voto da eminente conselheira revisora Silvia Monteiro, entendeu que a autarquia, ao exigir esta experiência, agiu dentro da discricionariedade administrativa da qual o Judiciário



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

não pode adentrar nem mesmo o Tribunal de Contas, sob pena de indevida invasão de competência constitucional.

Portanto, a questão foge do conhecimento jurídico passando ao técnico se seria necessária experiência a campo ou bastava que fosse a genérica em qualquer atendimento no ramo hidráulico. Com isto, há dúvidas a respeito do dolo dos réus e sim, talvez, que fosse escolha discricionária administrativa.

Por fim, o autor popular, não basta que houvesse vício por suspeita de desvio de finalidade na concreção do contrato administrativo, mas, da mesma forma, enriquecimento do particular que não se cogita em nenhuma linha da exordial.

À míngua de elementos do ímprobo e não havendo sequer prova do vício em desvio de finalidade, ainda que o valor não tenha sido o maior, a sentença é pela improcedência da ação popular.”

(fls.690/691)

Desse modo, observa-se que, em verdade, no tocante aos agentes públicos apelados, não há prova do direcionamento de licitação em favor da empresa contratada ou da alegada má-fé, como bem reconheceu o Juízo “a quo”.

Pelo que consta dos autos, não restaram evidenciados o dolo ou a culpa grave na restrição imposta no edital, embora reconhecida indevida na esfera administrativa (sem caráter vinculante).

Ainda, não há provas de que a empresa contratada tenha dado causa à nulidade pleiteada, pois teria, apenas, participado da licitação com prévia comprovação do necessário atendimento móvel, conforme exigido pelo edital, não havendo, contudo, indícios suficientes de que influenciou ou obteve auxílio dos agentes públicos, para a inserção de referida exigência, com o fim de lograr-se vencedora do certame.

No mais, em relação ao procedimento administrativo citado pelo apelante, nota-se que, não obstante o Tribunal de Contas tenha julgado irregulares as despesas e a própria licitação, bem como suas prorrogações, constata-se divergência entre os Conselheiros, na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

medida em que a Conselheira Substituta Silvia Monteiro fez constar de seu voto a regularidade do procedimento. Vejamos:

“Ao prever a comprovação de serviço em atendimento móvel como critério de habilitação, a administração nada fez se não eleger, com amparo em seu juízo discricionário, aspecto do objeto licitado considerado relevante para alcançar seu desiderato na contratação em tela. Em outras palavras, por considerar importante a prestação de serviço em atendimento móvel, a administração exigiu das licitantes que comprovassem sua experiência anterior nesse tipo de atividade.

Embora exista alguma similaridade entre a prestação dos serviços de 'atendimento fixo' e móvel, não se pode afirmar serem atividades idênticas.

Ainda que a atividade fim num e noutro seja a mesma - atendimento ao público -, o método de execução é distinto.

Ao examinar caso análogo, envolvendo execução de obra pública, mas que se aplica aqui por identidade de razão, Carlos Ari Sundfeld bem sintetizou:

'é incorreto dizer que a habilitação deva ser feita examinando apenas se o licitante fez ou não obra com a mesma função da licitada, mas não sua experiência com o processo técnico envolvido'. No caso ora em apreciação, o edital levou em conta a distinção entre os serviços de 'atendimento fixo' e 'móvel', e seus impactos na execução do objeto. Esse juízo deu-se de forma legítima e com amparo na discricionariedade administrativa, tanto é que não houve apontamento de descumprimento do dispositivo legal que cuida das regras de habilitação técnica, tampouco condenação em razão disso.

Finalmente, sem que o acórdão combatido (ou a instrução que o precedeu) tenha apontado indícios de irregularidade na pesquisa de preços feita pela administração (R\$ 2.976.588,51) ou no preço



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

ofertado pela empresa contratada (R\$ 2.500.000,00), nada há nos autos que pudesse indicar eventual sobrepreço ou lesão ao erário. Por essas razões, com a devida vênia ao acórdão combatido, voto pelo provimento dos recursos, com a reforma do acórdão atacado e a supressão da multa imposta ao recorrente Luciano Nucci Passoni.” (fls.199/200)

Daí, oportuna a alegação de que a questão está, de fato, atrelada à discricionariedade administrativa que, apenas, desejou favorecer determinados locais com atendimento de comunicação por unidade móvel, não havendo prova, realmente, de que tenha havido direcionamento da licitação ou qualquer ato lesivo ao erário, não havendo notícia, aliás, da ausência da prestação dos serviços pela empresa contratada.

Com isso, impõe-se a manutenção da r. sentença que julgou improcedente o pedido, por seus próprios fundamentos.

Para efeito de prequestionamento, cumpre assinalar terem sido apreciadas todas as questões invocadas e não ter havido violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional.

Observa-se, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao apelo e ao reexame necessário, como acima constou.

SPOLADORE DOMINGUEZ

Relator