

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA Nº 1040224-37.2019.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO – 12ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RECORRENTE: JUÍZO *EX OFFICIO*

APELANTES: COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ, DARCIO CANDIDO BARBOSA, MPE ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A – CONSÓRCIO PSD-SP e HUSK ELETROMETALURGICA LTDA. – CONSÓRCIO KOBRA

APELADOS: DARCIO CANDIDO BARBOSA, MPE ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A – CONSÓRCIO PSD-SP, COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ e HUSK ELETROMETALURGICA LTDA. – CONSÓRCIO KOBRA

INTERESSADOS: TELAR ENGENHARIA E COMÉRCIO S/A – CONSÓRCIO TELAR, DIRETOR PRESIDENTE DA COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ – SILVANI ALVES PEREIRA, GERENTE DE OPERAÇÕES DA COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ – ANTONIO MARCIO BARROS SILVA, DIRETOR DE OPERAÇÕES DA COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ – MILTON GIOIA JUNIOR, DIRETOR DE ASSUNTOS CORPORATIVOS DA COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ – ALFREDO FALCHI NETO e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – MPSP

VOTO Nº 9.684

AÇÃO POPULAR – PROCESSUAL CIVIL – MATÉRIA PRELIMINAR SUSCITADA EM RAZÕES DE APELAÇÃO PELO AUTOR – CERCEAMENTO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA – PEDIDO DE ANULAÇÃO DO JULGADO PARA A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL – *Inexiste ofensa ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5º, LV), havendo sido oportunizada às partes a possibilidade de especificarem as provas que desejavam produzir, em consonância com os deveres de informação, prevenção e consulta previstos no Código de Processo Civil em vigor, havendo o autor solicitado a produção da prova pericial (CPC, arts. 369, 370 e 464) apenas em caráter subsidiário (CPC, art. 326) – V. Juízo de primeiro grau que decidiu a lide à luz do conjunto probatório produzido nos autos (CPC, art. 355, I), bem como enfrentou os argumentos relevantes aduzidos pelas partes, declinando fundamentação adequada (CPC, art. 489, § 1º), e em prestígio*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

*ao vetor axiológico decorrente da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII; CPC, arts. 4º e 6º) – Precedentes deste E. Tribunal – **Preliminar rejeitada.***

AÇÃO POPULAR – PROCESSUAL CIVIL – MATÉRIA PRELIMINAR SUSCITADA EM RAZÕES DE APELAÇÃO POR RÉU – PRESSUPOSTOS DA AÇÃO POPULAR – PEDIDO DE EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (CPC, art. 485, I) – *Alegação de ausência de comprovação de lesão ao patrimônio público e de desvio de finalidade (CF, art. 5º, LXXIII; LAP, art. 2º, 'e') – Inadmissibilidade – Entendimento fixado pelo E. STF em sede de Repercussão Geral (Tema nº 836), no julgamento do ARE nº 824.781/MT, que deve ser respeitado (CPC, art. 927, III) – **Preliminar rejeitada.***

AÇÃO POPULAR – PROCESSUAL CIVIL – PEDIDO DE INGRESSO DE CONSÓRCIO NO POLO ATIVO DE AÇÃO POPULAR NA QUALIDADE DE ASSISTENTE LITISCONSORCIAL DO AUTOR – *Pedido indeferido na r. sentença apelada – Impossibilidade do consórcio de empresas, sendo uma delas, inclusive, estrangeira, figurar na qualidade de assistente litisconsorcial do cidadão autor da ação (CPC, arts. 119 e 124) – Inteligência do inc. LXXIII do art. 5º da CF, dos comandos da Lei nº 4.717/1965 (LAP, arts. 1º, § 3º, 6º, § 5º e 22) e da Súmula nº 365 do E. STF – Entendimentos doutrinário e jurisprudencial unânimes – Inocorrência de violação ao pleno exercício de ação e da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV; CPC, art. 3º) – No mais, o pedido do CONSÓRCIO PSD-SP deve ser provido vez que resta evidente que o item '5.3.2.7.3', permite o somatório de atestados referentes ao item '5.3.2.7.2' antecedente, observando que se o somatório se referisse exclusivamente ao*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

requisito quantitativo da demonstração solicitada de 12 (doze) plataformas, referida exigência estaria explícita no instrumento convocatório, de modo que se não houve referida limitação, também é possível o somatório do critério qualitativo –
Sentença reformada – Recurso do terceiro interessado parcialmente conhecido, e, na parte conhecida, provido.

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL – AÇÃO POPULAR – ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DE DESVIO DE FINALIDADE EM RAZÃO DE SUPOSTO FAVORECIMENTO DE PROPONENTE – FASE DE HABILITAÇÃO – QUALIFICAÇÕES TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA – SANEAMENTO DO CERTAME PREVISTO NO EDITAL E NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE LHE É APLICÁVEL – Autor que pugna pela inabilitação econômico-financeira do consórcio vencedor do certame – Tutela de urgência para suspensão liminar do ato impugnado indeferida por r. decisão integralmente mantida por esta C. Câmara – Sentença que, ao final, acolheu parcialmente os pedidos do autor apenas para declarar a inabilitação do consórcio a quem restou adjudicado o objeto do certame, por reconhecimento da ocorrência de violação aos princípios da competitividade, da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, mas que manteve a inabilitação técnica de proponente cujo ingresso no polo ativo do feito restou indeferido – Recursos de apelação do METRÔ, do autor, dos CONSÓRCIOS KOBRA e PSD-SP – Admissão da remessa necessária nesta Superior Instância em razão da parcial procedência dos pedidos (LAP, art. 19), em consonância com entendimento assente no C. STJ – Antecipação parcial da tutela recursal pugnada pelo autor (CPC, arts. 932, II, e 1.012, §§ 3º e 4º) apenas para fins de manutenção da ordem suspensão da execução do contrato administrativo “para a

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

elaboração de projeto executivo, fornecimento e implantação de portas de plataformas nas linhas 1, 2 e 3 do Metrô de São Paulo, na modalidade concorrência por menor preço global”, em recurso de agravo de instrumento interposto em ação conexa, mantido ainda pelo próprio teor da r. sentença apelada até o julgamento conjunto desta ação e dos mandados de segurança que lhe são conexos (CPC, art. 55, § 1º; LAP, art. 19) – Edital que expressamente previu a possibilidade de saneamento do certame (item ‘8.5’), com fundamento no art. 40, § 5º, da LE nº 6.544/1989 – Presunção de constitucionalidade das leis que impede o afastamento da lei estadual aplicável por órgão fracionário sem prévia declaração de inconstitucionalidade pelo órgão competente, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97; STF, Súmula Vinculante nº 10) – Amplo saneamento promovido pelo metrô para complementação indistinta dos requisitos de habilitação jurídica, técnica e econômico-financeira dos 3 (três) consórcios classificados no julgamento das propostas comerciais, em certame realizado com inversão da ordem das fases conforme previsto no edital (LE nº 6.544/1989, art. 40) em relação aos ditames da Lei nº 8.666/1993 (LLic, art. 43) – Alegação do metrô de que sem a realização de saneamento o certame fracassaria por inabilitação de todos os proponentes (item ‘8.8’ do edital; LLic, art. 48, § 3º; LE nº 6.544/1989, art. 43, par. ún.) – Inaplicabilidade da teoria do fato consumado, alegada em razão da assinatura do contrato administrativo antes da propositura da ação, por força da prévia impetração dos mandados de segurança conexos – Reconhecimento da inocorrência de ilegalidade na realização do saneamento do certame, que determinou, entre outras diligências, a apresentação dos balanços patrimoniais das empresas integrantes dos consórcios classificados relativos ao exercício de 2018, para “obtenção de maior segurança do processo licitatório” iniciado em 2018, e estendido até 2019, diante da anterior apresentação dos documentos referentes ao exercício de 2017 (item ‘5.3.2.5.1’ do edital; LLic, art. 31, I; CC, arts.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

1.065 e 1.078, I) – Ausência de mácula aos princípios norteadores das licitações (CF, art. 37, XXI; LLic, arts. 3º e 41; LE nº 6.544/1989, arts. 3º e 38), e, portanto de lesão ao patrimônio público e desvio de finalidade – Inocorrência de violação ao § 3º do art. 43 da LLic – Respeito aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia entre os proponentes, da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, da satisfação do interesse público e da razoabilidade – Afastamento da inabilitação técnica do PSD-SP que foi inadmitido como assistente litisconsorcial, por força de interpretação de cláusula editalícia pelo metrô – Resta evidente que o item ‘5.3.2.7.3’, permite o somatório de atestados referentes ao item ‘5.3.2.7.2’ antecedente, observando que se o somatório se referisse exclusivamente ao requisito quantitativo da demonstração solicitada de 12 (doze) plataformas, referida exigência estaria explícita no instrumento convocatório, de modo que se não houve referida limitação, também é possível o somatório do critério qualitativo – Ademais, manter a inabilitação do CONSÓRCIO PSD-SP, primeiro colocado no certame, cujo valor estimado em relação ao segundo colocado (CONSÓRCIO KOBRA) é superior a R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais), configuraria vultuosa lesão ao patrimônio público (LAP, art. 1º) – Honorários advocatícios majorados (85, § 8º e 11º do CPC, LAP, art. 12 – **Sentença reformada** – **Recursos voluntários do METRÔ, do CONSÓRCIO KOBRA e remessa necessária providos, recurso voluntário do autor provido e recurso voluntário do CONSÓRCIO PSD-SP conhecido em parte e, nessa medida, provido.**

Trata-se de remessa necessária e de recursos voluntários de apelação interpostos por COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ (fls. 2.552/2.584), por DARCIO CANDIDO BARBOSA (fls. 2.635/2.661), por MPE ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A, doravante apenas

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

CONSÓRCIO PSD-SP (fls. 2.673/2.707) e por HUSK ELETROMETALURGICA LTDA., doravante apenas CONSÓRCIO KOBRA (fls. 2.779/2.797), contra a r. sentença de fls. 2.534/2.551 proferida nestes autos de ação popular movida por DARCIO CANDIDO BARBOSA, inicialmente contra a (i) COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ e o (ii) CONSÓRCIO KOBRA (fls. 01/32), posteriormente emendada para a inclusão (Lei nº 4.717/1965, art. 6º) do (iii) DIRETOR PRESIDENTE SILVANI ALVES PEREIRA, do (iv) GERENTE DE OPERAÇÕES ANTONIO MARCIO BARROS SILVA, do (v) DIRETOR DE OPERAÇÕES MILTON GIOIA JUNIOR, e do (vi) DIRETOR DE ASSUNTOS CORPORATIVOS ALFREDO FALCHI NETO, todos eles da COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ (cf. fls. 1.983/1.985, 1.987, 1.992/1.996, 2.010/2.012 e 2.013).

Após o indeferimento do pedido de concessão de tutela de urgência para suspensão liminar do ato impugnado (fls. 30/31) pelo V. Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo (fls. 2.269), por r. decisão confirmada por esta Colenda Câmara em sede de agravo de instrumento (cf. fls. 2.300/2.333, 2.523/2.533, 2.587/2.591 e 2.592/2.601)⁽¹⁾ – antes da redistribuição do feito ao V. Juízo *a quo* da 12ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo (cf. fls. 2.351/2.353 e 2.362), por conta da prévia impetração do mandado de segurança nº 1024234-06.2019.8.26.0053 pela sociedade TELAR ENGENHARIA E COMÉRCIO

⁽¹⁾ “ADMINISTRATIVO – CONSTITUCIONAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO – APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO RELATIVO AO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO COM BASE NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL – SUPOSTO FAVORECIMENTO EM LICITAÇÃO – Procedimento adotado pela companhia agravada no certame em questão que está previsto no art. 40, §§ 4º e 5º, da Lei Estadual nº 6.544/89, conforme alterada pela Lei Estadual nº 13.121/2008 e no item 8.5 do Edital, exceção expressa à regra prevista pelos itens 5.3.2.5.1 e 5.3.2.5.5 do Edital – Presunção de constitucionalidade das leis que impede o afastamento da lei estadual por órgão fracionário sem prévia declaração de inconstitucionalidade pelo órgão competente, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário prevista pelo art. 97 da CF – Inteligência da Súmula Vinculante nº 10 – Ausência de violação aos artigos 43, § 5º e 32, § 4º, ambos da Lei nº 8.666/93 – Precedentes desta C. Câmara – Meras suspeitas levantadas pelo agravante de suposto favorecimento do Consórcio KOBRA que são insuficientes à concessão da tutela pleiteada, mormente neste momento processual de cognição sumária – Transferência de cotas de sociedade integrante do Consórcio KOBRA que se mostra lícita à primeira vista, consoante o entendimento do Tribunal de Contas do Estado e à luz do princípio da presunção de inocência – Procedimento licitatório aparentemente hígido, vez que ausente prova cabal do ato reputado lesivo ao patrimônio público – Inteligência do art. 2º da Lei nº 4.717/65 – Decisão mantida – Recurso desprovido” (TJSP, AI nº 2259781-71.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 27.01.2020; fls. 2.524/2.533 e 2.592/2.601).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

S/A, na qualidade de empresa líder do CONSÓRCIO TELAR/SERVENG/DONGWOO doravante apenas CONSÓRCIO TELAR (fls. 368/771, 2.212/2.221 e 2.606/2.615), e do vínculo de conexão entre as causas (CPC, art. 55, § 1º) –, foi então proferida a r. sentença ora apelada de fls. 2.534/2.551, cujo relatório adoto, que **(a)** rejeitou “o pedido de habilitação do CONSÓRCIO PSD-SP como assistente litisconsorcial do autor, requerido às fls. 2.369/2.380” (fls. 2.539); **(b)** afastou a alegação de ilegitimidade passiva dos dirigentes do METRÔ (fls. 2.540); e **(c)** julgou parcialmente procedentes os pedidos do autor, “apenas para declarar a inabilitação e, por consequência, invalidar a contratação do CONSÓRCIO KOBRA na Concorrência Internacional nº 10002680, com fulcro no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil” (fls. 2.551). Condenou, ainda, os réus ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados por apreciação equitativa em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) (CPC, arts. 85, § 8º, e 86, par. ún.; Lei nº 4.717/1965, art. 12), bem como afastou a remessa necessária, “ante o disposto no art. 19 da Lei nº 4.717/1965” (Lei da Ação Popular – LAP).

Não se conformando com o resultado da demanda, recorreu a corrê COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ, doravante apenas METRÔ, ora apelante (fls. 2.552/2.584), pleiteando inicialmente a atribuição de efeito suspensivo (cf. fls. 2.558/2.559) ao seu recurso de apelação (LAP, art. 19), e, ao final, a reforma da r. sentença apelada, a fim de que a ação popular seja extinta sem resolução do mérito (CPC, art. 485, VI), ou, subsidiariamente, sejam seus pedidos julgados improcedentes, declarando-se “a regularidade e legalidade da decisão administrativa questionada, diante da inexistência de violação às normas do processo licitatório” (cf. fls. 2.584), alegando, em suma, que: **(a)** sobre a questão já se materializa a teoria do fato consumado (cf. fls. 2.559/2.564), que acarretou na perda superveniente do objeto da ação (ausência de utilidade), como já enfatizado em primeiro grau na r. decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela (fls. 2.269), em razão da adjudicação do objeto licitado ao consórcio vencedor do certame (cf. fls. 2.081/2.089), da assinatura do contrato administrativo com o CONSÓRCIO KOBRA ocorrida em 29.05.2019 (fls. 1.912/1.976), e da sua execução por “*mais de 9 (nove) meses*” (com “*a entrega de projetos, execução de determinadas fases do escopo, medições, entre outras medidas decorrentes do ajuste*”; cf. fls. 2.560) – mesmo

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

considerando a sua suspensão em atendimento ao parcial provimento do agravo de instrumento interposto nos autos do mandado de segurança nº 1027166-64.2019.8.26.0053 impetrado pelo CONSÓRCIO PSD-SP (TJSP, AI nº 2125126-65.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 11.02.2020)⁽²⁾ –, importando a anulação do ato administrativo de adjudicação do objeto contratual, e, por conseguinte, do contrato administrativo, em maiores prejuízos ao interesse público do que a sua manutenção, conforme entende a jurisprudência (cf. fls. 2.561/2.563), e em função da necessidade de economicidade, sobretudo em se tratando a presente questão de ação popular visando a proteção ao patrimônio público, ainda mais nos tempos atuais, de urgência na instalação das portas de plataforma; **(b)** o V. Juízo *a quo* acabou se posicionando de modo equivocado, ao entender que a decisão saneadora promovida pela Comissão de Licitação do METRÔ, amparada no art. 40, § 5º, da Lei Estadual (LE) nº 6.544/1989, alterada pela LE nº 13.121/2008, no art. 43, § 3º da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos – LLic), e no edital (item '8.5'), haveria desrespeitado as “*normas imperativas que dão resguardo ao interesse público*” (fls. 2.564); **(c)** em se tratando a modalidade de licitação adotada de uma concorrência internacional, do tipo menor preço, prevista no art. 45, § 1º, I, da LLic⁽³⁾, tal norma

⁽²⁾ “ADMINISTRATIVO – CONSTITUCIONAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO – CAPACIDADE TÉCNICA – APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO RELATIVO AO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO COM BASE NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL – Partes que debatem sobre o preenchimento ou não do item 5.3.2.7.2.1 do Edital referente à capacidade técnica dos licitantes – Considerável diferença entre as propostas do agravante e do Consórcio KOBRA que recomenda a suspensão do contrato firmado entre o último e a companhia agravada – Cautela que se faz necessária em homenagem ao princípio licitatório da proposta mais vantajosa à Administração Pública – Inteligência do art. 3º, ‘caput’, da Lei nº 8.666/93 – Precedentes desta C. Corte – Procedimento adotado pela companhia agravada no certame em questão relativo à comprovação do patrimônio líquido dos licitantes que está previsto no art. 40, §§ 4º e 5º, da Lei Estadual nº 6.544/89, conforme alterada pela Lei Estadual nº 13.121/2008 e no item 8.5 do Edital de licitação – Presunção de constitucionalidade das leis que impede o afastamento da lei estadual por órgão fracionário sem prévia declaração de inconstitucionalidade pelo órgão competente, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário prevista pelo art. 97 da CF – Inteligência da Súmula Vinculante nº 10 – Norma estadual que visa a assegurar a proposta mais vantajosa para a administração, nos termos do art. 3º, ‘caput’, da Lei nº 8.666/93 – Ausência de violação ao art. 43, § 5º, da Lei nº 8.666/93 – Precedentes desta C. Corte – Decisão reformada – Recurso parcialmente provido” (TJSP, AI nº 2125126-65.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 11.02.2020; fls. 2.503/2.514) (g.n.).

⁽³⁾ Lei nº 8.666/1993, Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

prevê a possibilidade de a Administração estabelecer critérios objetivos específicos no edital para que os proponentes possam ofertar os seus preços pela consecução do objeto licitado (*“contratação de empresa para a elaboração de projeto executivo, fornecimento e implantação de portas de plataformas nas linhas do Metrô de São Paulo, simulador de testes e centros de monitoramento, cujos serviços serão executados sob o regime de Empreitada Global, nos termos da Cláusula 1.6 do Edital”*), razão pela qual foi prevista a necessidade de comprovação da capacitação técnica dos concorrentes (item ‘5.3.2.7.2’ do edital), mediante o estabelecimento de requisitos claros e objetivos, mediante comprovação de experiência prévia (*expertise*) no fornecimento e implementação de serviços pertinentes e compatíveis em características e quantidades com o objeto licitado – *“capacidade de se colocar uma porta de plataforma com altura mínima de 2,10 metros, integrada ao Sistema de Sinalização da linha, em linhas de metrô que já se encontram em operação e permanecem em operação durante o fornecimento”* –, que não foi comprovada pelo CONSÓRCIO PSD-SP, conforme reconheceu a r. sentença ora apelada, que afastou seu pedido de habilitação; mas que, por outro lado, também entendeu haver ocorrido vícios na entrega da documentação apresentada pelo CONSÓRCIO KOBRA, em relação à comprovação do seu patrimônio líquido mínimo exigido no edital do certame (item ‘5.3.2.6.1.1’), e na apresentação de seu balanço patrimonial e demonstrativos contábeis do último exercício fiscal (item ‘5.3.2.5’ e subitens), motivo pelo qual se entendeu que nem poderia haver ocorrido o saneamento realizado nos termos do art. 40, § 5º, da LE nº 6.544/1989, alterada pela LE nº 13.121/2008, entendimento esse que não deve prosperar, pois *“além de se distanciar da legislação estadual aplicável, tem a força de convolar sérios prejuízos ao erário e interesse públicos”* (cf. fls. 2.565/2.567); **(d)** os 3 (três) consórcios que haviam sido selecionados para avaliação dos requisitos de habilitação no que toca à qualificação econômico-financeira apresentaram seus balanços patrimoniais, e os demais demonstrativos das empresas consorciadas que os integram, relativos ao exercício de 2017, entretanto, *“para maior*

previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: I – a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço. Vide também: LE nº 6.544/1989, art. 42.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

segurança do processo licitatório, em relação à saúde e solidez financeira das empresas, já que o procedimento se estendeu até o início de 2019, solicitou a todas as proponentes a atualização das informações contábeis, mediante a apresentação dos balanços patrimoniais e demais demonstrativos do exercício referente a 2018”, mediante a aplicação do saneamento previsto no art. 40, § 5º da LE nº 6.544/1989, alterada pela LE nº 13.121/2008, e no edital da licitação, e que não se limitou à comprovação do patrimônio líquido dos consórcios licitantes, conforme se verifica do parecer JUC/CLN nº 403/2019 (fls. 210/227), e dos pareceres JUC/CLA nº 139/2019 e JUC/CLA nº 183/2019 (aqui reproduzidos às fls. 630/632 e 749/752), juntados aos mandado de segurança nº 1024234-06.2019.8.26.0053 conexo a esta ação, e que se não houvesse ocorrido importaria no fracasso do certame licitatório, pois *“nenhum dos licitantes teriam comprovado os requisitos exigidos de imediato”*, afastando, assim, o entendimento de que houve lesão à isonomia, *“considerando-se que a solicitação não envolveu apenas uma única proponente e, sim, as três, permitindo igual oportunidade de atualização dos documentos”* (fls. 2.568); **(e)** no tocante à solicitação de atualização dos documentos contábeis, de fato, apenas o CONSÓRCIO KOBRA a atendeu – havendo os demais consórcios apresentado *“outros pertinentes às suas respectivas condições”* –, mediante o encaminhamento dos balanços patrimoniais e dos demais demonstrativos das empresas que o integram, entre elas a empresa MG Engenharia e Construção Ltda., constituída apenas em 15.06.2018, em relação a qual sequer seria possível lhe exigir o balanço patrimonial referente ao exercício de 2017 (cf. fls. 2.569), havendo tais documentos atendido aos requisitos constantes no edital (item ‘5.3.2.5.5’), conforme se verifica no Relatório Técnico GPF – 017, datado de 20.03.2019 (fls. 1.144); **(f)** *in casu*, deve ser considerado também que, no exercício de 2018, a somatória dos patrimônios líquidos das demais empresas integrantes do CONSÓRCIO KOBRA (Husk Eletrometalurgica Ltda., Samjung Tech Co., Ltd. e Woori Technology, Inc.) (R\$ 76.028.000,00) superava *“em muito a exigida pelo edital”* (R\$ 68.300.000,00), *“o que caracteriza a seguridade do patrimônio para a consecução do objeto licitado”* (cf. fls. 2.571); **(g)** o art. 43 da LLic não afasta a aplicação da legislação estadual específica (LE nº 6.544/1989), conforme já entendeu esta Colenda Câmara (fls. 2.524/2.533 e 2.592/2.601) nos autos do agravo interposto contra a r. decisão que indeferiu o pedido de concessão de tutela de urgência às fls. 2.269 **(TJSP, AI nº 2259781-71.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de**

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Direito Público, julgado em 27.01.2020), no mesmo sentido das r. decisões proferidas em outros recursos interpostos nas causas conexas, ou seja, no agravo de instrumento interposto nos autos do mandado de segurança nº 1027166-64.2019.8.26.0000 impetrado pelo CONSÓRCIO PSD-SP (TJSP, AI nº 2125126-65.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 11.02.2020; fls. 2.503/2.514), ao qual foi dado parcial provimento apenas por motivo de cautela, em salvaguarda do interesse público, *“em razão da diferença de valores das propostas”*, e não porque se entendeu haver ilegalidade no saneamento realizado no certame (cf. fls. 2.575), bem como no agravo de instrumento interposto nos autos do mandado de segurança nº 1024234-06.2019.8.26.0053 impetrado pelo CONSÓRCIO TELAR (TJSP, AI nº 2112843-10.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 30.07.2019)⁽⁴⁾, sob o entendimento de que *“a exigência perpetrada de acordo com o entendimento da r. sentença configura formalismo exacerbado”* (cf. fls. 2.573), o que também se coaduna com a jurisprudência (cf. fls. 2.577/2.578); **(h)** *“os balanços patrimoniais e os demais demonstrativos contábeis, apresentados pelas empresas integrantes do CONSÓRCIO KOBRA, contrariamente ao que consta na r. sentença, atenderam aos requisitos do edital de licitação, especialmente ao item 5.3.2.5.5, ou seja, foram elaborados na forma da lei do país de origem e, no caso das consorciadas estrangeiras, os demonstrativos foram devidamente traduzidos, juramentados e com a certificação pública, expressa no carimbo constante nas demonstrações financeiras”* (fls. 2.578), não havendo o autor DARCIO CANDIDO BARBOSA, ou os impetrantes CONSÓRCIO PSD-SP e CONSÓRCIO TELAR, dos mandados de segurança

⁽⁴⁾ “ADMINISTRATIVO – CONSTITUCIONAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO – APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO RELATIVO AO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO COM BASE NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL – Procedimento adotado pela companhia agravada no certame em questão que está previsto no art. 40, §§ 4º e 5º, da Lei Estadual nº 6.544/89, conforme alterada pela Lei Estadual nº 13.121/2008 e no item 8.5 do Edital de licitação – Presunção de constitucionalidade das leis que impede o afastamento da lei estadual por órgão fracionário sem prévia declaração de inconstitucionalidade pelo órgão competente, sob pena de violação à cláusula de reserva de plenário prevista pelo art. 97 da CF – Inteligência da Súmula Vinculante nº 10 – Norma estadual que visa a assegurar a proposta mais vantajosa à Administração Pública (art. 3º, ‘caput’, da Lei nº 8.666/93) – Ausência de violação aos artigos 43, § 5º e 32, § 4º, ambos da Lei nº 8.666/93 – Precedentes desta C. Corte – Decisão mantida – Recurso desprovido” (TJSP, AI nº 2112843-10.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 30.07.2019; fls. 2.212/2.221 e 2.606/2.615).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

conexos, comprovado a necessidade da auditoria nos países de origem; *(i)* a proposta apresentada pelo CONSÓRCIO KOBRA é cerca de R\$ 144.000.000,00 (cento e quarenta e quatro milhões de reais) menor do que a apresentada pelo CONSÓRCIO TELAR, o que afasta a alegação de ausência de lisura no procedimento licitatório (cf. fls. 2.579), o que implica no fato de que a parcial procedência dos pedidos da presente ação popular, *“ao invés de proteger o patrimônio público, acaba por prejudicá-lo”* (fls. 2.580); *(j)* o apego à legislação, atrelado ao atual contexto da pandemia causada pelo COVID-19, importará em sérios prejuízos ao interesse público, até mesmo em relação às graves e diuturnas ocorrências nas estações do METRÔ, que causam enormes transtornos ao sistema de transporte da cidade de São Paulo, e que podem ser evitadas pela implantação das portas de plataforma (cf. fls. 2.580/2.581); e, finalmente, *(k)* o METRÔ agiu de modo discricionário e legal, amparado nos estreitos limites do art. 40, § 5º, da LE nº 6.544/1989 e das disposições editalícias (item ‘8.5’; cf. fls. 51), e em atendimento a critérios de razoabilidade, razão pela qual, na presente hipótese, *“não cabe ao Poder Judiciário adentrar em campo que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhes inspiraram a conduta”*, para examinar *“a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador, que, no caso, buscou sanear o processo em busca da proposta mais vantajosa ao interesse público”* (fls. 2.583).

Igualmente inconformado com o inteiro teor da r. sentença de fls. 2.534/2.551, o autor DARCIO CANDIDO BARBOSA também interpsó recurso de apelação (fls. 2.635/2.661), resumindo os fatos da causa (fls. 2.638/2.644) e aduzindo, preliminarmente, a nulidade do r. *decisum* monocrático (fls. 2.645/2.654), por alegado cerceamento de sua atividade probatória, em violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), e aos dispositivos legais (CPC, arts. 369, 370 e 464) que mencionou (cf. fls. 2.649/2.650), em razão do julgamento do feito no estado (CPC, art. 355, I), sem o acolhimento do seu pedido efetuado apenas em caráter subsidiário de produção de provas documental, oral (depoimento pessoal dos corréus e oitiva de testemunhas) e pericial (*“para comprovar se os demais consórcios foram inabilitados de forma correta, e principalmente, se o CONSÓRCIO PSD-SP teria condições técnicas de executar o contrato do METRÔ”*; cf. fls. 2.646) requeridas pelo autor (cf. fls. 2.342/2.344), especialmente porque *“pelas*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

peculiaridades e grandiosidade da obra objeto da licitação, uma simples interpretação do edital feito pelo MM. Juiz de primeiro grau não pode ter o condão de habilitar ou inhabilitar um Consórcio em razão da capacidade técnica”, o que somente poderia ser feito por “um perito com capacidade técnica no assunto para analisar se o CONSÓRCIO PSD pode ou não ser habilitado na licitação”, esclarecendo, então, “se quem faz, separadamente, a implementação de Sistema de Portas de Plataforma em linhas já em operação e que assim permaneceram durante o fornecimento, e com altura mínima de 2,10m e integradas ao sistema de Sinalização da linha, não pode fazer de forma simultânea” (fls. 2.648/2.649).

No mérito, em resumo, o autor afirma que: **(a)** o entendimento adotado pelo V. Juízo *a quo*, que manteve a inabilitação do CONSÓRCIO PSD-SP por ausência de comprovação de sua capacidade técnica, não pode prevalecer, porque, sem sequer consultar um *expert*, considerou somente as alegações do METRÔ, “no sentido de que os requisitos descritos nos itens (i) e (ii) no subitem 5.3.2.7.2 do edital, são qualidades/atributos que não podem ser dissociados, não interpretando, assim, de forma correta, data máxima vênua, o texto contido no edital de licitação” (fls. 2.656), a despeito da “literalidade do edital ser clara no sentido de que a comprovação do fornecimento e implementação do Sistema de Portas de Plataforma com as características descritas nos itens (i) e (ii) poderá ser feita mediante somatório de atestados”, não havendo o edital esclarecido, ademais, “que o fornecimento e implementação do Sistema de Portas de Plataforma em, no mínimo, 12 (doze) plataformas de estações metroviárias, devem ser comprovadas com as características (i) e (ii) e sim (i); (ii)” (grifo no original) (fls. 2.657); e **(b)** em outra licitação (Concorrência nº 41377212; cf. fls. 145/150 do MS nº 1027166-64.2019.8.26.0053, aqui reproduzidas às fls. 916/921), cujo edital se encontra redigido da mesma forma que o edital da concorrência *sub examine* (nº 10002680), o METRÔ entendeu de forma diversa, permitindo o somatório qualitativo dos requisitos técnicos, o que demonstra, *in casu*, “a clara vontade do METRÔ de privilegiar certos consórcios em relação a outros”, e gera grande prejuízo ao erário público (cf. fls. 2.658/2.660).

Ao recurso do autor DARCIO CANDIDO BARBOSA (fls. 2.635/2.661), em acolhimento ao pedido apresentado junto a este Egrégio Tribunal

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

(CPC, arts. 932, II, e 1.012, §§ 3º e 4º), no sentido da obtenção da extensão dos efeitos da decisão proferida nos autos do agravo de instrumento nº 2125126-65.2019.8.26.0000 (fls. 2.503/2.514), foi concedida parcial antecipação da tutela recursal, apenas para o fim de obstar o prosseguimento de quaisquer atos de execução do contrato administrativo nº 1000268001 celebrado entre o METRÔ e o CONSÓRCIO KOBRA (fls. 1.912/1.976), até o julgamento conjunto dos recursos interpostos nos feitos conexos (Procs. nº 1040224-37.2019.8.26.0053; nº 1024234-06.2019.8.26.0053; e nº 1027166-64.2019.8.26.0053) por esta Colenda Câmara, que, inclusive nos recursos de agravo interno advindos da decisão monocrática concessiva da tutela (cf. fls. 2.664/2.671), também vislumbrou a presença dos pressupostos necessários à sua concessão/manutenção (Cf. **TJSP, Alnt nº 2094246-56.2020.8.26.0000/50000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 17.09.2020**; e **TJSP, Alnt nº 2094246-56.2020.8.26.0000/50001, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 17.09.2020**), assim como já havia acontecido nos anteriores pedidos de concessão de efeito suspensivo nº 2067058-88.2020.8.26.0000 (nos autos do MS nº 1024234-06.2019.8.26.0053 impetrado pelo CONSÓRCIO TELAR), e nº 2067167-05.2020.8.26.0000 (nos autos do MS nº 1027166-64.2019.8.26.0053 impetrado por CONSÓRCIO PSD-SP), apresentados pelo METRÔ, diante do fato de que os recursos interpostos nos presentes autos já são dotados de efeito suspensivo (LAP, art. 19)⁽⁵⁾.

Igualmente inconformado com o resultado da presente ação popular (fls. 2.534/2.551), na qual seu pedido de habilitação como assistente litisconsorcial do autor restou indeferido, julgando-se *“prejudicados os demais requerimentos de fls. 2.369/2.380”*, por se haver entendido que *“é indispensável a qualidade de cidadão, comprovada mediante cópia do respectivo título de eleitor ou documento que a ele corresponda, para propor ou ingressar como assistente ou litisconsorte ativo de ação popular, nos termos do § 5º do art. 6º da Lei nº 4.715/1965”* (cf. fls. 2.539/2.540), o CONSÓRCIO PSD-SP (formado pelas empresas MPE ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A e ZHUZHOU CRRC TIMES ELETRIC CO., LTD.)

⁽⁵⁾ **Lei nº 4.717/1965, Art. 19.** *A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

também apelou do r. *decisum* proferido pelo V. Juízo *a quo* (fls. 2.673/2.707) alegando, em síntese, que: **(a)** “os fatos que decorreram da propositura da ação popular” demonstram que a relação jurídica discutida nestes autos interfere diretamente no seu próprio interesse jurídico, pois, a situação jurídica tratada no mandado de segurança que impetrou (proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053) “é exatamente a mesma, alterando-se apenas o enfoque dado em cada uma das referidas ações, uma vez que na ação mandamental pleiteia-se a nulidade da r. decisão proferida nos autos do processo de licitação, e na ação popular, o ensejo se faz em relação à lesão ao interesse e patrimônio públicos”, motivo pelo qual deve ser admitido como assistente litisconsorcial, para que, então, possa produzir prova pericial para a comprovação de que cumpriu todos os requisitos previstos no edital da licitação, sob pena de nulidade da r. sentença apelada, por “severo cerceamento do direito à prova” (fls. 2.681); **(b)** não há qualquer vedação no ordenamento jurídico ao seu ingresso nos autos como assistente litisconsorcial do autor DARCIO CANDIDO BARBOSA nesta ação popular, “cujo viés democrático e coletivo”, exige a ampla participação das pessoas envolvidas nos fatos tratados nos autos, mediante a aplicação do art. 22 da LAP e dos arts. 119 e 124 do CPC; **(c)** a despeito do entendimento manifestado pelo V. Juízo *a quo*, fundado na Súmula nº 365 do Excelso STF (“pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular”), que às fls. 2.539, sem “suporte no ordenamento jurídico” (fls. 2.688), inferiu que “não havendo legitimidade da pessoa jurídica para a propositura da ação, também não haverá para a assistência ou o litisconsórcio, mormente porque em caso de abandono da lide pelo autor popular não poderá substituí-lo pleiteando o seu prosseguimento”, a possibilidade de sua intervenção nos autos se encontra prevista no § 3º do art. 6º da LAP, que prevê “a possibilidade de a própria pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, de atuar ao lado do autor, caso seja de utilidade à proteção do interesse público, a fim de responsabilizar os verdadeiros autores e culpados do ato lesivo praticado” (cf. fls. 2.684/2.685), conforme se entende neste Egrégio Tribunal, no Colendo STJ e na doutrina (cf. fls. 2.685/2.688), pois **(c.1)** nos termos do art. 9º da LAP⁽⁶⁾, eventual ausência do autor não importará na

⁽⁶⁾ Lei nº 4.717/1965, Art. 9º. Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

paralisa do curso do feito, que deverá necessariamente prosseguir com outro cidadão ou com o Ministério Público no seu polo ativo, e, por outro lado **(c.2)** *“não se pode aceitar na atual sistemática constitucional é que a esfera jurídica de um sujeito de direitos seja atingida em processo no qual esse mesmo sujeito não participou, sob pena de flagrante violação do direito fundamental individual da inafastabilidade da jurisdição”* (cf. fls. 2.688/2.689); **(d)** a r. sentença apelada é nula em razão do indeferimento do pedido subsidiário de produção de prova pericial formulado pelo autor DARCIO CANDIDO BARBOSA, pois a matéria discutida nos autos não é exclusivamente de direito, e fere o direito constitucional do autor ao devido processo legal (instrução probatória), com reflexos imediatos na esfera de direitos do CONSÓRCIO PSD-SP, visto que tal prova seria apta a comprovar que detém condições técnicas de executar o objeto licitado, isto porque *“quem consegue cumprir os requisitos do edital isoladamente, também consegue cumprir conjuntamente”*, ao contrário do que alegou o METRÔ em sua defesa, a qual restou acolhida pelo V. Juízo a quo no ponto em questão, fundado em interpretação equivocada do edital do certame e não em sua interpretação literal (cf. fls. 2.690/2.691); **(e)** o autor DARCIO CANDIDO BARBOSA também demonstrou a enorme diferença de valores entre a proposta apresentada pelo CONSÓRCIO PSD-SP e a proposta apresentada pelo CONSÓRCIO KOBRA, que foi declarado vencedor do certame, demonstrando não ser razoável e nem proporcional a seleção de proposta R\$ 27.000.000,00 (vinte e sete milhões de reais) mais cara, fundada em questão meramente semântica; **(f)** havendo sido proposta a presente ação sob a ótica do autor DARCIO CANDIDO BARBOSA, *“que não dispunha de todos os documentos e elementos técnicos que o CONSÓRCIO PSD-SP”*, a conclusão tomada na r. sentença, sem haver determinado a realização da perícia, não se mostra justa e equânime, visto que fundada na simples hipótese de que os usuários do METRÔ poderiam ser colocados em risco se o CONSÓRCIO PSD-SP não possuísse capacidade técnica para executar o contrato, o que torna ainda mais patente a necessidade de uma análise técnica da questão (cf. fls. 2.693); **(g)** a conclusão acerca da ausência da capacidade técnica do CONSÓRCIO PSD-SP não merece subsistir, pois os 2 (dois) requisitos estabelecidos no edital do certame, em seu subitem ‘5.3.2.7.2’, foram cumpridos, sendo ilegal a sua inabilitação, fundada em

cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

interpretação equivocada do texto do edital, tanto pela Comissão de Licitação, quanto pela r. sentença apelada, consistente em não haverem considerado o somatório dos certificados apresentados em comprovação à sua capacidade técnica, como permite a literalidade da cláusula (item '5.3.2.7.2.1', alíneas 'i' e 'ii'), *“embora haja previsão legal e editalícia sobre este ponto”* (item '5.3.2.7.3') (cf. fls. 2.696); **(h)** a simples leitura da exigência técnica constante do edital (item '5.3.2.7.2.1'), para a qual se fazia necessária a comprovação de 2 (dois) requisitos, divididos em 2 (duas) alíneas *“distintas e rigorosamente independentes entre si”*, separadas apenas por *“ponto e vírgula”*, consistentes na *“comprovação de experiência do proponente no fornecimento e implementação de Sistema de Portas de Plataforma em linhas já em operação e que assim permaneceram durante o fornecimento”* (alínea 'i'), e no *“fornecimento e implementação de sistema com altura mínima de 2,10m e integradas ao Sistema de Sinalização da Linha”* (alínea 'ii'), *“já é mais do que suficiente para se constatar que as exigências, embora sejam concomitantes, não podem ser consideradas como sendo uma só”*, o que também se comprova por conhecida regra de hermenêutica que impede que o exegeta faça restrições ao texto normativo, no qual a norma não faça distinção alguma, sob o pretexto de interpretá-la, desviando-se do seu sentido e causando insegurança jurídica, como quer fazer crer o METRÔ (cf. fls. 2.695/2.698); **(i)** *“ambas as exigências não precisam, necessariamente, constar simultaneamente no mesmo atestado, pois, caso assim o fosse, o próprio edital traria esta condição expressa, e não o faz”* (fls. 2.697); **(j)** *“as exigências da colocação de portas de ‘2,1 metros’ e ‘em operação’, (...) podem ser objeto de atestados distintos, hipótese que não influenciaria na comprovação da capacidade técnica da empresa apta a executar a instalação, não comprometendo em nada a segurança do sistema”,* posto que *“a instalação de portas de 2,1 metros tanto nas ‘Estações Operantes’, como nas ‘Estações Não Operantes’, se realiza da seguinte forma: os materiais pesados (portas a serem instaladas) são transportadas por veículos ferroviários especiais, do pátio de manutenção do Metrô até a plataforma da estação de Metrô, local de instalação”,* e estes veículos ferroviários (...) *são de motorização à diesel, em razão das linhas ferroviárias, via permanente, tanto em estações operantes quanto em estações não operantes, não estarem energizadas, bem como, em ambos os casos (Estações Operantes ou Estações Não Operantes) os serviços serão executados sem a presença dos usuários, em horários em que não haverá a circulação de pessoas”,*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

evidenciando que *“não há diferença no processo de instalação nas ‘Estações em Operação’ e nas ‘Estações não Operantes’”* (fls. 2.699/2.700); (**k**) o que diferencia o processo de instalação entre as “Estações Operantes” e as “Estações Não Operantes” é o tempo disponível para a instalação das portas, reduzido no caso das “Estações Operantes”, visto que limitado ao lapso entre às 00:30 horas e às 04:00 horas; (**l**) as portas saem do seu local de montagem em caminhões *Munck* e são transportados até o pátio de manutenção do Metrô, onde são transferidas para os veículos ferroviários especiais pelo braço mecânico do caminhão, assim como dos veículos especiais para as plataformas por um braço hidráulico acoplado no próprio veículo ferroviário especial movido à diesel, sem a necessidade de utilização da força humana, e na posição exata de fixação nas plataformas (cf. fls. 2.700/2.702), ressaltando que *“o peso das portas, conforme evidenciado na r. sentença, não influencia nas instalações em ‘Estações em Operação’ e nas ‘Estações Não Operantes’, uma vez que a metodologia de montagem e os equipamentos utilizados são os mesmos para ambas modalidades e independem do tamanho/peso das portas, as quais, como já dito, serão executadas sem a presença de usuários”* (fls. 2.702); (**m**) comprovou *“sua expertise não somente na instalação de portas de Metrô em ‘Estações em Operação’ quando estas estiverem desenergizadas, mas também, sua capacidade técnica para instalar outros equipamentos além das portas de plataforma propriamente ditas, como painéis de comando para acionamento das portas, quadro elétricos e comando elétricos nas salas técnicas do Metrô, atividades estas que podem ser executadas em horários comerciais, quando as linhas férreas (via permanentes) estão em operação, ou seja, se encontram energizadas”,* sendo que tais equipamentos *“são idênticos tanto nas portas com altura de 1,5 metros, quanto em relação às portas com altura de 2,1 metros”* (cf. fls. 2.703/2.705) – *“para se evitar tumulto processual e para melhor organização das teses recursais”,* juntou *“algumas considerações técnicas para facilitar a compreensão da discussão instaurada”* (cf. fls. 2.731/2.778) –; e, por fim, (**n**) quanto à exigência contida na alínea ‘i’ do item ‘5.3.2.7.2.1’, que estabelecia o mínimo de 12 (doze) plataformas, *“apresentou experiência na execução de 18 (dezoito) plataformas de estações (sendo 16 plataformas de estação com portas de plataforma de 1,50 metros e 02 plataformas de estação com portas de plataforma de 2,10 metros)”*; e quanto à alínea ‘ii’, que também exigia um mínimo de 12 (doze) plataformas, *“apresentou experiência na execução de 86 (oitenta e seis) plataformas*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

de estações (sendo 86 plataformas de estação com portas de plataforma de 2,10 metros)” (cf. fls. 2.705/2.706).

O CONSÓRCIO KOBRA (formado pelas empresas HUSK ELETROMETALURGICA LTDA., MG ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA., SAMJUNG TECH CO., LTD. e WOORI TECHNOLOGY, INC.), também inconformado com a prolação da r. sentença de fls. 2.534/2.551 que o inabilitou, igualmente recorreu (fls. 2.779/2.797) para pedir sua reforma, inicialmente pleiteando a atribuição de efeito suspensivo (cf. fls. 2.781/2.782) ao seu recurso de apelação (CPC, art. 1.012) – havendo afirmado que *“dentre os casos em que a apelação não é recebida em seu duplo efeito, não se encontra a ação ora posta em litigio, o que é corroborado pela legislação específica”*, nos termos do art. 19 da LAP (cf. fls. 2.782) –, e aduzindo, em suma, que: **(a)** não foram preenchidos os requisitos necessários para ajuizamento desta ação popular (CF, art. 5º, LXXIII), baseada na alínea ‘e’ do art. 2º da LAP, *“que estabelece a anulação dos atos lesivos ao patrimônio público nos casos de desvio de finalidade”*, porque o autor não comprovou **(a.1)** nem a lesão ao patrimônio público, visto que o Poder Público, fundado nos limites de sua limitada discricionariedade, buscou a obtenção da melhor proposta técnica; e **(a.2)** nem o desvio de finalidade, como se verifica do contrato administrativo firmado entre o METRÔ e o CONSÓRCIO KOBRA (fls. 1.912/1.976), que abrange objeto idêntico ao licitado; motivos pelos quais a ação dever ser extinta sem resolução do mérito (CPC, art. 485, I) (cf. fls. 2.786/2.789); **(b)** a petição inicial *“tem por base matérias especulativas e despidas de razoabilidade”*, e toda a argumentação busca defender o CONSÓRCIO PSD-SP por haver apresentado proposta de valor inferior, cuja inabilitação foi confirmada pela r. sentença apelada (fls. 2.787); **(c)** as supostas irregularidades no que tange à empresa MG Engenharia e Construção Ltda., integrante do CONSÓRCIO KOBRA, foram afastadas, posto que supridas as inadequações durante o certame licitatório; **(d)** o procedimento de saneamento adotado pelo METRÔ foi absolutamente legal, e não importou em qualquer mácula ao princípio da competitividade, não havendo qualquer questionamento na r. sentença apelada acerca da documentação apresentada pelo CONSÓRCIO KOBRA com fundamento no item ‘8.5’ do edital (fls. 51), visto que o questionamento levantado se limita apenas à impossibilidade de se permitir o saneamento da documentação para a habilitação dos proponentes na amplitude

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

praticada, nos termos do edital (item '8.5') e da LE nº 6.544/1989 (art. 40), que, em seu § 5º, contém a cláusula editalícia (cf. fls. 2.790/2.791); **(e)** sem a promoção do isonômico saneamento do certame pela Comissão de Licitação do METRÔ, que permitiu a todos os licitantes a apresentação de esclarecimentos, nenhum dos concorrentes haveria se habilitado – nem o CONSÓRCIO PSD-SP, que “*não apresentou atestados técnicos capazes de comprovar sua experiência anterior em obras de porte e complexidade similares*”; e nem o CONSÓRCIO TELAR, ao qual foi oportunizada sua habilitação jurídica, mediante a possibilidade de juntada de novo termo de constituição do consórcio, pois o originalmente apresentado não atendia às exigências do edital (cf. fls. 2.791) –, o que afasta a inferência de que haveria sido concedido benefício exclusivo ao CONSÓRCIO KOBRA, bem como de violação ao princípio da legalidade, contrariedade aos ditames do edital ou direcionamento do certame (cf. fls. 2.790/2.792); **(f)** a aplicação do procedimento disposto no art. 40, §§ 4º e 5º, da LE nº 6.544/1989, alterada pela LE nº 13.121/2008, bem como no item '8.5' do edital, “*em se tratando de licitação no Estado de São Paulo*”, deve implicar na leitura do art. 43, § 3º, da LLic em conjugação com aqueles preceitos (cf. fls. 2.792), e em consonância com o julgamento do agravo de instrumento interposto nos autos do mandado de segurança impetrado pelo CONSÓRCIO PSD-SP (**TJSP, AI nº 2125126-65.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 11.02.2020**; fls. 2.503/2.514); **(g)** a manutenção da r. sentença apelada no tocante à inabilitação do CONSÓRCIO KOBRA ocasionaria grande prejuízo à Administração, pois implicaria na necessidade de nova licitação, com a evidente assunção de novos custos pelo METRÔ – inclusive de indenização do consórcio vencedor do certame (LLic, art. 59, par ún.)⁽⁷⁾ –, e de atrasos em obra comprovadamente essencial aos serviços de transporte do Município de São Paulo (cf. fls. 2.795); e, por fim, **(h)** apesar de entender que o decreto de improcedência dos pedidos é medida que se impõe, os ônus sucumbenciais devem ser redimensionados, nos termos do art. 86 do CPC, pois “*o objeto da demanda era não só a inabilitação do*

⁽⁷⁾ **Lei nº 8.666/1993, Art. 59.** *A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único.* *A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.* Vide também: LE nº 6.544/1989, art. 54.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

CONSÓRCIO KOBRA mas também a habilitação dos CONSÓRCIO PSD-SP”, e, “dos dois objetos da demanda, apenas um foi procedente”, afastando a imposição dos encargos somente aos corrêus (cf. fls. 2.796/2.797).

Intimados a responderem os recursos (cf. fls. 2.633, 2.672 e 2.853), o CONSÓRCIO PSD-SP apresentou contrarrazões ao recurso interposto pelo METRÔ (fls. 2.802/2.820) e ao recurso interposto pelo CONSÓRCIO KOBRA (fls. 2.915/2.932) – que, até pelo fato de os recursos interpostos nestes autos pelos referidos litigantes veicularem basicamente os mesmos argumentos (fls. 2.552/2.584 e 2.779/2.797), o CONSÓRCIO PSD-SP apresentou contrariedades muito semelhantes –, relatando fatos pretéritos da causa e resumindo as razões recursais (fls. 2.804/2.808 e 2.916/2.920), e pugnando, em síntese, pelo desprovimento dos recursos, e pela consequente manutenção do r. *decisum* de primeiro grau no que tange à inabilitação do CONSÓRCIO KOBRA, sob os argumentos de que: **(a)** não há perda superveniente do objeto desta ação, pois a açodada assinatura do contrato entre o METRÔ e o CONSÓRCIO KOBRA, no dia 29.05.2019, ocorreu no mesmo dia em que impetrou o mandado de segurança nº 1027166-64.2019.8.26.0053, e obteve o deferimento de medida liminar para suspender o certame licitatório, por r. decisão proferida pelo V. Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, antes mesmo da redistribuição do feito ao V. Juízo *a quo* da 12ª Vara, por conta da prévia impetração do mandado de segurança nº 1024234-06.2019.8.26.0053 pelo CONSÓRCIO TELAR, onde acabou revogada, o que o METRÔ promoveu “*com o claro e inescandível intuito de tentar criar um imaginado fato consumado, objetivando, assim, esvaziar ilicitamente a utilidade do provimento jurisdicional concedido liminarmente*” (fls. 2.809); **(b)** o METRÔ e o CONSÓRCIO KOBRA “*já estavam providenciando a prestação das garantias para assinatura do contrato antes mesmo do resultado do julgamento dos recursos administrativos interpostos pelas partes, os quais são dotados de efeito suspensivo*”, conforme demonstrado nos itens 62 a 66 da petição inicial da ação mandamental que impetrou (aqui reproduzidos às fls. 786/787), como se comprovou naqueles autos (cf. 2.810); **(c)** o V. Acórdão proferido no agravo de instrumento que interpôs contra a r. decisão que indeferiu seu pedido de concessão de medida liminar reconheceu a necessidade da suspensão do contrato firmado, “*como forma de proteger o erário público*” (fls. 2.811), vez que identificou grande

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

diferença de valores entre as propostas apresentadas (TJSP, AI nº 2125126-65.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 11.02.2020; fls. 2.503/2.514); (d) a teoria do fato consumado se aplica apenas a casos excepcionais, conforme entendimento do Colendo STJ (fls. 2.812/2.814), sendo inegável que a questão já estava *sub judice* na data da assinatura do contrato, e dia em que foi deferida a liminar nos autos do mandado de segurança que impetrou, afastando a sua aplicação *in casu*; (e) a r. sentença apelada deve ser mantida no ponto referente à inabilitação do CONSÓRCIO KOBRA, pois “a *faculdade de solicitação de diligência atribuída à Comissão de Licitação, tanto pela lei quanto pelo edital, diz respeito apenas à juntada de elementos e documentos que, por um equívoco, não constaram quando da abertura do envelope, mas, nunca, para criar exigência nova ou extinguir exigência original*” (fls. 2.815 e 2.922), como é do entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU (cf. fls. 2.817/2.818 e 2.926/2.927), sendo a nova exigência de apresentação do balanço patrimonial de 2018, em 08.03.2019, vedada e violadora de dispositivo de lei federal (LLic, art. 31, I) (cf. fls. 2.925), de lei estadual (Lei Estadual nº 6.544/1989, art. 40), bem como do princípio da legalidade administrativa, pois, na sessão pública de entrega dos documentos exigidos pelo edital, ato solene ocorrido no mês de novembro de 2018, o balanço patrimonial disponível, para fins de aferição do patrimônio líquido dos concorrentes, era apenas o do ano de 2017, elaborado ao término do exercício social (CC, arts. 1.065 e 1.078, I), e que não poderia ser substituído por balanços provisórios ou balancetes, conforme previsão do próprio edital (item ‘5.3.2.5.1’), tanto assim que, juntamente com o CONSÓRCIO TELAR, o CONSÓRCIO PSD-SP não apresentou o seu balanço patrimonial do ano de 2018, o que somente foi autorizado pela agravante em inegável tratamento privilegiado dispensado ao CONSÓRCIO KOBRA, único beneficiário da referida diligência de saneamento; (f) em análise ao Relatório Técnico GPF-003/2019, emitido pelo METRÔ, não restam dúvidas de que o CONSÓRCIO KOBRA não atendeu à exigência de patrimônio líquido mínimo de R\$ 68.300.000,00 (sessenta e oito milhões e trezentos mil reais), referente ao último exercício social, prevista nos itens ‘5.3.2.6.1’ e ‘5.3.2.6.1.1’ do edital, o qual deveria ser comprovado pela soma dos patrimônios líquidos das empresas que o compõem (Husk Eletrometalúrgica Ltda., MG Engenharia e Construção Ltda., Samjung Tech Co., Ltd. e Woori Technology, Inc.), na proporção de suas respectivas participações (cf. fls.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

2.925); **(g)** não se sustenta a alegação do METRÔ de que o Poder Judiciário não poderia adentrar em campo reservado aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, alegadamente exercido nos limites do § 5º do art. 40 da LE nº 6.544/1989, pois *“a própria sentença apelada demonstrou que a atribuição legal foi utilizada de forma incorreta do dispositivo legal invocado para nitidamente privilegiar o consórcio que se sagrou vencedor do certame”*, afastando a discricionariedade na espécie (cf. fls. 2.818/2.819); e, por fim – conforme consta apenas da contrariedade ao recurso do CONSÓRCIO KOBRA (fls. 2.779/2.797) –, **(h)** a ação popular movida por DARCIO CANDIDO BARBOSA é plenamente cabível, conforme destacado na r. sentença apelada (fls. 2.541/2.543), bem como pelo Colendo STJ, nos autos do pedido de suspensão de liminar e de sentença apresentado pelo METRÔ (SLS nº 2.734/SP; cf. fls. 3.008/3.045) contra decisão tomada nos autos do pedido de tutela antecipada recursal nº 2094246-56.2020.8.26.0000 manejado pelo autor DARCIO CANDIDO BARBOSA (fls. 2.664/2.671), em razão da interposição do seu recurso de apelação nestes autos (fls. 2.635/2.661), que, por r. decisão do seu então Presidente Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, foi indeferido (cf. fls. 2.930/2.932, 2.933/2.936 e 3.046/3.049) – mantida em sede de embargos de declaração já rejeitados em 08.09.2020 por r. decisão do Min. HUMBERTO MARTINS, atualmente pendente de julgamento o agravo interno interposto pelo METRÔ –, na qual *“destacou o interesse da coletividade”* na presente lide, ponderando que é possível *“identificar a existência de interesse público na regular execução de contrato para instalação de portas de plataforma em determinadas linhas do METRÔ”*, sendo, porém, *“de igual interesse da coletividade que os atos administrativos por meio dos quais o ente estatal contrata tais serviços sejam idôneos, transparentes e observem rigorosamente os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro”* (cf. fls. 2.921/2.922); e **(i)** não há possibilidade de repartição dos ônus sucumbenciais conforme pugnado pelo CONSÓRCIO KOBRA (fls. 2.928/2.930), pois o objeto deste feito, conforme explicitado na petição inicial (fls. 02), jamais versou *“sobre a habilitação ou inabilitação de qualquer consórcio, mas sim sobre as irregularidades ocorridas no liame do processo licitatório que acarretaram a habilitação fraudulenta e privilegiada do CONSÓRCIO KOBRA, tão e somente”* (fls. 2.928), sendo ainda o Autor DARCIO CANDIDO BARBOSA isento dos ônus sucumbenciais, nos termos do inc. LXXIII do art. 5º da CF, e conforme se entende neste Egrégio Tribunal, valendo anotar também que

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

CONSÓRCIO PSD-SP ingressou no presente feito pouco antes da prolação da r. sentença apelada, que, inclusive, inadmitiu seu ingresso na condição de assistente do autor, que, de toda e qualquer forma, se estabeleceria nos termos do art. 121 do CPC, permitindo que atuasse como auxiliar da parte principal, exercendo os mesmos poderes e sujeitando-se aos mesmos ônus que o assistido, *in casu*, isento de ônus.

Do mesmo modo, o autor DARCIO CANDIDO BARBOSA também apresentou suas contrariedades aos recursos do METRÔ de fls. 2.552/2.584 (às fls. 2.823/2.852) e do CONSÓRCIO KOBRA de fls. 2.779/2.797 (às fls. 2.978/3.007), que, além de recapitular os fatos da licitação e da causa (fls. 2.824/2.830 e 2.979/2.985), basicamente, aduziu as mesmas alegações que o CONSÓRCIO PSD-SP (cf. fls. 2.802/2.820 e 2.915/2.932), no sentido de que: **(a)** não há fato consumado, como não ocorreu a perda do objeto desta ação popular, em razão da assinatura do contrato administrativo em 29.05.2019, e do transcurso de lapso temporal no qual ocorreu a execução do seu objeto (cf. fls. 2.830/2.833); **(b)** nada impede a anulação de um contrato administrativo celebrado a partir de processo licitatório eivado de ilegalidades já reconhecidas, tanto na r. sentença apelada, quanto perante o Colendo STJ, o que se encontra disposto no art. 49, § 2º, da LLic, que regulamenta o inc. XXI do art. 37 da CF (cf. fls. 2.833/2.836); **(c)** conforme demonstrado nos autos pelas notícias veiculadas na imprensa (fls. 137/140, 204/207 e 352/367), bem como pelos documentos do certame licitatório trazidos aos autos (fls. 136 e 208/351), *“a licitação para a contratação de empresa para a instalação de portas nas estações do METRÔ foi ilegalmente conduzida”* para que o CONSÓRCIO KOBRA fosse declarado vencedor do certame, o qual é integrado pela empresa MG Engenharia e Construção Ltda., que *“foi criada meses antes da abertura do edital, tendo como seu fundador o Sr. Francisco”* (Francisco Germano Batista da Silva), *“antigo diretor da OAS”, “que responde a escandaloso processo por formação de cartel e corrupção”* (cf. fls. 143/179), e que, *“poucos meses após a constituição da empresa”*, transmitiu a direção bem como as suas quotas na referida sociedade para o seu filho Victor Germano Moreira Batista de Silva (a sociedade VGMBS GERENCIAMENTO DE OBRAS EIRELI) de apenas 18 (dezoito) anos de idade (cf. fls. 141/142 e 181/203), havendo a Comissão de Licitação permitido ainda que dita empresa apresentasse balanço financeiro tardiamente, que sequer comprova a existência de patrimônio líquido

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

suficiente para permitir sua participação no certame, conforme o disposto no edital (cf. fls. 2.837/2.839 e 2.995/2.998); **(d)** o concorrente que apresentou a melhor proposta, quase 30 milhões de reais (R\$ 26.153.511,75) inferior à apresentada pelo CONSÓRCIO KOBRA, foi o CONSÓRCIO PSD-SP, que restou inabilitado tecnicamente pela Comissão de Licitação (o que demanda comprovação através da necessária produção de prova pericial nestes autos), mediante quebra de isonomia e violação ao princípio da igualdade (CF, art. 37; LLic, art. 3º), em nítido prejuízo ao erário público (cf. fls. 2.839/2.843 e 2.998/3.001); **(e)** na espécie, *“há desvio de finalidade, quando explicitamente se percebe o favorecimento de determinados participantes do certame em detrimento da livre concorrência, o que é inaceitável, caracterizando também desvio de poder”*, implicando na nulidade do ato administrativo lesivo ao patrimônio público, conforme consta do art. 2º, alínea ‘e’, da LAP⁽⁸⁾ (cf. fls. 2.843/2.844 e 3.001); **(f)** não há vedação à análise do mérito do ato administrativo em caso de violações a princípios constitucionais/direitos fundamentais, tanto assim que a Constituição Federal admite a propositura da ação popular (CF, art. 5º, LXXIII; LAP, art. 6º) para tais hipóteses, *“inexistindo conveniência e oportunidade em matéria de certame licitatório, especialmente quando a conduta do licitante limita ilegalmente a livre concorrência em prejuízo dos cofres públicos”* (cf. fls. 2.844/2.851); e, por fim – conforme consta apenas da contrariedade ao recurso do CONSÓRCIO KOBRA (fls. 2.779/2.797) –, **(g)** a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII) é plenamente cabível *in casu*, conforme se verifica da r. sentença apelada que reconheceu a existência de ilegalidades no certame licitatório (fls. 2.543), bem como pelo Colendo STJ, nos autos do pedido de suspensão de liminar e de sentença apresentado pelo METRÔ (SLS nº 2.734/SP; cf. fls. 3.008/3.045) contra decisão tomada nos autos do pedido de tutela antecipada recursal nº 2094246-56.2020.8.26.0000 que manejou (fls. 2.664/2.671), em razão do recurso de apelação que interpôs nestes autos (fls. 2.635/2.661), que, por r. decisão do seu então Presidente Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, foi indeferido (cf. fls. 2.988/2.989, 2.933/2.936 e 3.046/3.049) – mantida em sede de embargos de declaração já rejeitados em 08.09.2020 por r. decisão do Min. HUMBERTO MARTINS, atualmente pendente de julgamento o agravo interno interposto pelo METRÔ; **(h)** nesse procedimento tomado pelo METRÔ perante o Colendo STJ, juntou aos autos do

⁽⁸⁾ **Lei nº 4.717/1965, Art. 2º.** São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) **e)** desvio de finalidade.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

SLS nº 2.734/SP documentos que comprovam que mesmo após a determinação de suspensão do contrato em 11.02.2020 (cf. **TJSP, AI nº 2125126-65.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 11.02.2020**; fls. 2.503/2.514), vinha executando seu objeto, como, por exemplo, (**h.1**) “*nota fiscal de uma mercadoria comprada para a execução da obra (...), a qual foi emitida por uma das empresas do Apelante, qual seja, a Husk Eletrometalurgica Ltda., em 07.05.2020, data em que o contrato estava – ou deveria estar – paralisado por determinação judicial há quase 3 (três) meses*”; e (**h.2**) “*documento chamado ‘Packing List’ (...), o qual mostra que diversas mercadorias importadas da Coréia do Sul foram enviadas ao Brasil no dia 22.03.2020 e recebidas no Porto de Santos em 26.04.2020*” (cf. fls. 2.992), em desrespeito ao Poder Judiciário e descaso com a população do Estado de São Paulo, praticando ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 77, IV, § 2º) (cf. fls. 2.992/2.994); (**i**) mantida a desclassificação do CONSÓRCIO KOBRA, (**i.1**) não será necessária nova licitação, pois o CONSÓRCIO PSD-SP, que foi desclassificado por suposta incapacidade técnica, por r. decisão ainda não transitada em julgado, possui proposta cerca de 30 (trinta) milhões de reais mais barata que a do CONSÓRCIO KOBRA, havendo sido indevidamente alijado do certame, mediante simples interpretação do edital que não deverá prevalecer, sobretudo porque não atestada por um *expert* no assunto mediante a produção de competente prova pericial; bem como também (**i.2**) não haverá qualquer dever de indenizar por parte do METRÔ, a teor do disposto no § 1º do art. 49 da LLic⁽⁹⁾, diante das ilegalidades já confirmadas pela r. sentença apelada e pela r. decisão já tomada no Colendo STJ (cf. fls. 3.001/3.005); e (**j**) não há possibilidade de repartição dos ônus sucumbenciais conforme pugnado pelo CONSÓRCIO KOBRA, nos termos do inc. LXXIII do art. 5º da CF (fls. 3.005/3.006).

Lado outro, tanto o METRÔ (fls. 2.855/2.880), quanto o CONSÓRCIO KOBRA (fls. 2.890/2.902), responderam ao recurso do autor DARCIO CANDIDO BARBOSA (fls. 2.635/2.661), afirmando, em suma, que: (**a**) não há interesse recursal por parte do autor DARCIO CANDIDO BARBOSA, visto que a r.

⁽⁹⁾ **Lei nº 8.666/1993, Art. 49.** << Omissis >> **§ 1º** A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. Vide também: LE nº 6.544/1989, art. 44.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

sentença apelada já lhe concedeu a integralidade da pretensão formulada na petição inicial, tendo em vista que o pedido formulado na ação popular não trouxe ao conhecimento do V. Juízo *a quo* as razões pelas quais o CONSÓRCIO PSD-SP deveria ser habilitado tecnicamente, como nem deveria deixar de ser, pois jamais poderia englobar a declaração de habilitação e a contratação do CONSÓRCIO PSD-SP, pedidos esses de cunho eminentemente particular do próprio interessado, já declarado inabilitado por ausência de comprovação de sua capacidade técnica para executar o objeto do contrato, conforme igualmente confirmou a r. sentença apelada, mas que, por outro lado, acatou integralmente os argumentos do autor quanto ao saneamento financeiro realizado pela Comissão de Licitação, no tocante à comprovação do patrimônio líquido do vencedor do certame, o CONSÓRCIO KOBRA (cf. fls. 2.857/2.858, 2.861/2.864 e 2.892/2.893); **(b)** o autor DARCIO CANDIDO BARBOSA não detém legitimidade recursal para sustentar o pedido de nulidade da r. sentença apelada por alegado cerceamento de defesa – posto não haver sido admitida a produção de prova pericial bem como permitido o ingresso na lide do CONSÓRCIO PSD-SP como assistente do autor –, desvirtuando a finalidade do presente procedimento, ao buscar sanar o equívoco processual cometido pelo CONSÓRCIO PSD-SP ao impetrar o mandado de segurança nº 1027166-64.2019.8.26.0000 para discutir matéria que dependia de análise técnica mediante a produção de prova pericial (cf. fls. 2.858/2.859 e 2.893/2.894); **(c)** não há falar no acolhimento do pedido subsidiário de produção de prova pericial, afastando alegado cerceamento de defesa, posto que o pedido subsidiário restou inviável justamente pela admissão do pedido principal de julgamento antecipado do mérito formulado pelo autor (cf. fls. 2.342/2.344), e nos termos do art. 370 do CPC (cf. fls. 2.894), de acordo com o que expressamente constou na r. sentença apelada (fls. 2.541), o qual somente seria conhecido em caso de indeferimento do antecedente principal, nos termos do art. 326 do CPC (cf. fls. 2.859/2.861 e 2.895); **(d)** o CONSÓRCIO PSD-SP foi corretamente considerado inabilitado no bojo do certame (cf. fls. 2.865/2.876 e 2.896/2.898), isto porque em se tratando a modalidade de licitação adotada de uma concorrência internacional, do tipo menor preço, prevista no art. 45, § 1º, da LLic, tal norma prevê a possibilidade de a Administração estabelecer critérios objetivos específicos no edital para que os proponentes possam ofertar os seus preços pela consecução do objeto licitado, razão pela qual foi prevista a necessidade de comprovação da capacitação

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

técnica dos concorrentes (item '5.3.2.7.2' do edital), mediante o estabelecimento de requisitos claros e objetivos, mediante comprovação de experiência prévia (*expertise*) no fornecimento e implementação de serviços pertinentes e compatíveis em características e quantidades com o objeto licitado, ou seja, *“inerentes ao Sistema de Portas de Plataforma”*, que *“não podem ser dissociados, sob pena de descaracterização da comprovação pretendida”*, prevendo-se ainda, no item '5.3.2.7.3' do edital, *“o somatório de atestados, e não das características exigidas”* (fls. 2.867), a *“soma e ‘quantitativos’ e não ‘qualitativos’, ou seja, somente quantitativos e não características técnicas em atestados diferentes”* (fls. 2.868), o que se encontra respaldado ainda no art. 33, III, da LLic⁽¹⁰⁾; (e) não há erro de hermenêutica nas disposições do edital, pois *“as características são concomitantes e não concorrentes”*, devendo os certificados referirem-se às necessárias 12 (doze) portas, tanto que o CONSÓRCIO PSD-SP, na petição do inicial do mandado de segurança que impetrou (item '26'; aqui reproduzido às fls. 779), *“reconhece que as características são concomitantes, simultâneas, ao mesmo tempo (com o perdão do pleonasmo), e não excludentes (fls. 08 dos autos 1027166-64.2019.8.26.0053)”* (cf. fls. 2.868), conforme também entendeu o V. Juízo *a quo* e as outras licitantes, não havendo a possibilidade de somar as características exigidas em atestados distintos, *“pois cada atestado, individualmente, deve conter, em características e quantidades, as qualificações declaradas no item 5.2.3.7.2.1”*, não se permitindo que *“os atestados possam apresentar uma característica ou outra”* (cf. fls. 2.869); (f) mesmo após a fase de saneamento do certame, o CONSÓRCIO PSD-SP não comprovou os indissociáveis requisitos técnicos exigidos, não se atendo às características do Sistema de Portas de Plataforma definidas no edital do certame, *“exemplo disso é a experiência relacionada ao fornecimento e implementação do Sistema de Portas de Plataforma apresentados em determinada ferrovia”*, cujos equipamentos referem-se a portas mais baixas (1,50m) do que as exigidas (2,10m), *“com características técnicas e complexidade de*

⁽¹⁰⁾ **Lei nº 8.666/1993, Art. 33.** *Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...) III – apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei.*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

instalação diferentes” das previstas no edital (cf. fls. 2.871), conforme já se entendeu no agravo de instrumento interposto no aludido mandado de segurança nº 1027166-64.2019.8.26.0053 (TJSP, AI nº 2125126-65.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 11.02.2020; fls. 2.503/2.514), ao se reafirmar o indeferimento do pedido de concessão de medida liminar naquele *writ of mandamus* (cf. fls. 1.335/1.339, 2.224/2.228 e 2.616/2.620); (g) como bem observado pelo V. Juízo *a quo*, o objeto licitado consiste em um equipamento de segurança destinado aos usuários do METRÔ, a ser implantado nas primeiras estações construídas pelo METRÔ, mais antigas e de maior fluxo, que contam com características próprias – as lajes das plataformas das estações mais antigas demandam cálculos de estruturas e de reforços para que as instalações das portas sejam adequadas, pois diferem das lajes existentes nas estações construídas mais recentemente, que já foram dimensionadas para receberem as portas de plataforma –, não cabendo ao concorrente interferir na melhor solução ao atendimento do interesse público, após a definição de que as exigências técnicas são simultâneas (cf. fls. 2.874); (h) não obstante a apresentação de proposta de menor valor, em se tratando de concorrência pública internacional pelo menor preço, somente será vencedor da licitação o proponente que demonstrar a menor proposta e desde que atenda aos imprescindíveis requisitos de qualificação (financeira, jurídica e técnica) exigidos no edital, sob pena de impacto no êxito do projeto, conforme previsto no art. 45, bem como no art. 30, § 1º, ambos da LLic⁽¹¹⁾, “*que tem como finalidade verificar se o licitante possui condições técnicas necessárias e suficientes para, em se sagrando vencedor do certame, cumprir com o objeto contratual de forma satisfatória*” (fls. 2.875); (i) o argumento do CONSÓRCIO PSD-SP quanto à economicidade “*não tem qualquer fundamento, dado que a proposta do consórcio vencedor – CONSÓRCIO*

⁽¹¹⁾ Lei nº 8.666/1993, Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...) § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos. Vide também: LE nº 6.544/1989, art. 27, § 2º.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

KOBRA – foi proporcionalmente inferior ao terceiro colocado – cerca de 140 milhões a menos, motivo este que rechaça as infundadas e absurdas alegações de lisura do certame”, posto que não foi possível contratar com o CONSÓRCIO PSD-SP, que não comprovou os requisitos técnicos exigidos no edital da licitação (fls. 2.876); *(j)* o CONSÓRCIO PSD-SP não impugnou regular e tempestivamente as cláusulas previstas no edital (fls. 34/135), nem em sede administrativa e nem judicialmente, não podendo insurgir-se contra os requisitos estabelecidos somente após a ciência de que o resultado do certame lhe foi desfavorável, como é do entendimento jurisprudencial deste Egrégio Tribunal, ressaltando, ainda, que o impetrante recebeu a *“oportunidade de esclarecer no procedimento de perguntas e respostas do procedimento licitatório, eventuais dúvidas que teria sobre as fases do certame”*, havendo *“formulado questionamentos pertinentes aos critérios que, agora, pretende impugnar”* (cf. fls. 2.876/2.878); e, finalmente – conforme levantou o CONSÓRCIO KOBRA em suas contrarrazões (fls. 2.898/2.902) –, *(k)* não fosse a ausência de preenchimento dos requisitos técnicos, correta ainda seria a desclassificação do CONSÓRCIO PSD-SP do certame em tela em razão de sua inidoneidade, nos termos do item ‘4.1.1’ e ‘4.1.2’ do edital⁽¹²⁾, visto que a empresa MPE Engenharia e Serviços S/A, líder do CONSÓRCIO PSD-SP, é acionista controladora da empresa MPE Montagem e Projetos Especiais S/A, *“a qual foi declarada inidônea por diversos órgãos da Administração Pública, inclusive pela Secretaria de Transportes do Estado de São Paulo”* (cf. fls. 2.899), posto que o art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), prevê a extensão dos efeitos de sanção ao grupo econômico pela prática de ato de improbidade, como é do entendimento do Colendo STJ, sendo certo ainda que Adagir de Salles Abreu Filho, que *“é ou foi administrador e responsável técnico por ambas as empresas”*, estava *“credenciado pelo CONSÓRCIO PSD-SP para representá-lo junto ao METRÔ e praticar todo e qualquer ato no âmbito da licitação”* (cf. fls. 2.900).

⁽¹²⁾ **4. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO. 4.1. Poderão participar desta Concorrência Internacional as empresas brasileiras ou estrangeiras que funcionem no Brasil e as empresas estrangeiras que não funcionem no Brasil, mas que possuam representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente, que: 4.1.1. Não tenham sido declaradas inidôneas por Ato do Poder Público; 4.1.2. Não estiverem impedidas de licitar ou contratar com a Administração Pública do Estado de São Paulo ou com qualquer de seus órgãos descentralizados” (fls. 36) (g.n.).**

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

E, por fim, tanto o CONSÓRCIO KOBRA (fls. 2.903/2.914), quanto o METRÔ (fls. 2.937/2.977), responderam ao recurso do CONSÓRCIO PSD-SP (fls. 2.673/2.707), aduzindo, em resumo, o seguinte: **(a)** como bem pontuado pela r. sentença apelada, o CONSÓRCIO PSD-SP é parte ilegítima para figurar no polo ativo da ação popular (cf. fls. 2.905/2.906 e 2.938/2.947), restrito apenas a quem detém a qualidade de cidadão (cf. CF, art. 5º, LXXIII; LAP, arts. 1º, § 3º, e 6º, § 5º; STF, Súmula nº 365), o que também está bem delimitado no julgamento da ADI nº 4.650-DF pelo Excelso STF (**STF, ADI nº 4.650/DF, rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2015**) (cf. fls. 2.940/2.941), devendo seu apelo ser rejeitado de plano, até mesmo em razão da hierarquia existente entre a Constituição Federal, que estabelece os requisitos constitucionais específicos no tocante à ação popular, e o Código de Processo Civil, de aplicação apenas subsidiária no que tange à ação popular (LAP, art. 22), cujo procedimento já é regido por lei especial que o disciplina (LAP – Lei nº 4.717/1965), e que ao CPC se sobrepõe, não sendo despidendo anotar ainda que os precedentes jurisprudenciais trazidos pelo CONSÓRCIO PSD-SP em suas razões recursais (fls. 2.685/2.688) não sustentam sua tese, visto que **(a.1)** demonstram sua *“má-fé processual, vez que reproduz ementas proferidas em ações civis públicas e uma de ação popular, mas que referente a ente público”* (cf. fls. 2.906 e 2.946); e **(a.2)** em nada dizem respeito *“ao seu ingresso, já que tratam de peculiaridades dispostas na Lei nº 4.717/1965 afetas a posição do réu na ação popular”* (cf. fls. 2.944), *“quanto o deslocamento do réu do polo passivo da ação para o polo ativo (fls. 2.685)”* (cf. fls. 2.945/2.946); **(b)** não é dado ao CONSÓRCIO PSD-SP ingressar no polo ativo da ação popular seja na qualidade de assistente litisconsorcial (CPC, arts. 117 e 124), seja na qualidade de assistente simples (CPC, art. 121, par. ún.) (cf. fls. 2.941/2.942); **(c)** seu recurso é dependente do recebimento do recurso interposto pelo autor DARCIO CANDIDO BARBOSA, que já não detém interesse recursal *in casu*, posto já haver obtido a procedência do seu pedido (cf. fls. 2.906 e 2.949); **(d)** não houve qualquer cerceamento de defesa na hipótese tratada nos autos, pois os atestados fornecidos pelo CONSÓRCIO PSD-SP já são suficientes para a demonstração de ausência de preenchimento dos requisitos exigidos no edital do certame (cf. fls. 2.907/2.908 e 2.947/2.950); **(e)** o próprio CONSÓRCIO PSD-SP, nos autos do mandado de segurança nº 1027166-64.2019.8.26.0053 que impetrou, nas razões de apelação que ofertou naqueles autos,

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

“afirma categoricamente a desnecessidade de dilação probatória (fls. 1.303): ‘29. Em outras palavras, a discussão dos autos não abrange discussão sobre questões técnicas ou de engenharia, mas sim mera semântica da norma que rege o procedimento de licitação, que é o edital’” (cf. fls. 2.950); **(f)** o CONSÓRCIO PSD-SP não detém condições de ser habilitado no certame conforme pretende em seu recurso, **(f.1)** em primeiro lugar porque a r. sentença apelada deverá ser reformada para afastar a inabilitação do CONSÓRCIO KOBRA, conforme se pugnou nos recursos interpostos pelo METRÔ (fls. 2.552/2.584) e pelo CONSÓRCIO KOBRA (fls. 2.779/2.797); **(f.2)** em segundo lugar porque o CONSÓRCIO PSD-SP não apresentou provas para sua habilitação técnica (cf. fls. 2.908/2.910); e **(f.3)** em terceiro lugar porque não possui idoneidade para participar de concorrência pública, conforme comprovam documentos carreados aos autos (cf. fls. 2.911/2.914); **(g)** em se tratando a modalidade de licitação adotada de uma concorrência internacional, do tipo menor preço, prevista no art. 45, § 1º, da LLic, tal norma prevê a possibilidade de a Administração estabelecer critérios objetivos específicos no edital para que os proponentes possam ofertar os seus preços pela consecução do objeto licitado, razão pela qual foi prevista a necessidade de comprovação da capacitação técnica dos concorrentes (item ‘5.3.2.7.2’ do edital), mediante o estabelecimento de requisitos claros e objetivos, mediante comprovação de experiência prévia (*expertise*) no fornecimento e implementação de serviços pertinentes e compatíveis em características e quantidades com o objeto licitado, ou seja, *“inerentes ao Sistema de Portas de Plataforma”*, que *“não podem ser dissociados, sob pena de descaracterização da comprovação pretendida”*, prevendo-se ainda, no item ‘5.3.2.7.3’ do edital, *“o somatório de atestados, e não das características”* (fls. 2.954/2.955), a *“soma de ‘quantitativos’ e não ‘qualitativos’, ou seja, somente quantitativos e não características técnicas em atestados diferentes”* (fls. 2.955), o que se encontra respaldado ainda no art. 33, III, da LLic; **(h)** não há erro de hermenêutica nas disposições do edital, pois *“as características são concomitantes e não concorrentes”*, devendo os certificados referirem-se às necessárias 12 (doze) portas, tanto que o CONSÓRCIO PSD-SP, na petição do inicial do mandado de segurança que impetrou (proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053; item ‘26’; aqui reproduzido às fls. 779), *“reconhece que as características são concomitantes, simultâneas, ao mesmo tempo (com o perdão do pleonasma), e não excludentes (fls. 08 dos autos 1027166-64.2019.8.26.0053)”*, conforme também entendeu o V. Juízo a

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

quo e as outras licitantes, não havendo a possibilidade de somar as características exigidas em atestados distintos, *“pois cada atestado, individualmente, deve conter, em características e quantidades, as qualificações declaradas no item 5.2.3.7.2.1”* (cf. fls. 2.956/2.957); **(i)** mesmo após a fase de saneamento do certame, o CONSÓRCIO PSD-SP, confuso na interpretação das normas do edital, não comprovou os indissociáveis requisitos técnicos exigidos, não se atendo às características do Sistema de Portas de Plataforma definidas no edital do certame, *“exemplo disso é a experiência relacionada ao fornecimento e implementação do sistema de portas de plataforma apresentados em determinada ferrovia”*, cujos equipamentos referem-se a portas mais baixas (1,50m) do que as exigidas (2,10m), *“com características técnicas e complexidade de instalação diferentes”* das previstas no edital (cf. fls. 2.957/2.958), conforme já se entendeu em sede de agravo de instrumento (**TJSP, AI nº 2125126-65.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 11.02.2020**; fls. 2.503/2.514), ao se reafirmar o indeferimento do pedido de concessão de medida liminar (fls. 1.335/1.339, 2.224/2.228 e 2.616/2.620), e na r. sentença apelada (cf. fls. 2.959/2.961); **(j)** o objeto licitado consiste em um equipamento de segurança destinado aos usuários do METRÔ, a ser implantado nas primeiras estações construídas pelo METRÔ, mais antigas e de maior fluxo, que contam com características próprias, não cabendo ao particular interferir na melhor solução ao atendimento do interesse público, após a definição de que as exigências técnicas são simultâneas (cf. fls. 2.961); **(k)** não obstante a apresentação de proposta de menor valor, em se tratando de concorrência pública internacional pelo menor preço, somente será vencedor da licitação o proponente que demonstrar a menor proposta desde que atenda os imprescindíveis requisitos de qualificação (financeira, jurídica e técnica) exigidos no edital, sob pena de impacto no êxito do projeto, conforme previsto no art. 45, bem como no art. 30, § 1º, ambos da LLic, *“que tem como finalidade verificar se o licitante possui condições técnicas necessárias e suficientes para, em se sagrando vencedor do certame, cumprir com o objeto contratual de forma satisfatória”* (fls. 2.963); **(l)** o argumento do CONSÓRCIO PSD-SP quanto à economicidade *“não tem qualquer fundamento, dado que a proposta do consórcio vencedor – CONSÓRCIO KOBRA – foi proporcionalmente inferior ao terceiro colocado, CONSÓRCIO TELAR – cerca de 140 milhões a menos, motivo este que rechaça as infundadas e absurdas alegações de lisura do certame”* (fls. 2.964);

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

(**m**) as considerações de ordem técnica trazidas pelo CONSÓRCIO PSD-SP (cf. fls. 2.699/2.705; itens '78' a '94'), no sentido de forçar a anulação da r. sentença apelada para a realização de prova pericial – que ele próprio considera inadmissível nos autos do mandado de segurança que impetrou (proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053) –, não prosperam, pois *“não passam de mero inconformismo com o resultado da licitação”* (fls. 2.965), sendo a exigência de altura mínima de 2,10 metros da porta, além de compatível com os requisitos que lhes são necessários (cf. fls. 2.965/2.966), *“um fator preponderante para os cálculos de estruturas de reforço das lajes das plataformas (quanto maior a altura, mais sobrecarga é transferida para as lajes existentes)”*, em razão dos *“esforços dinâmicos a que são submetidas”*; (**n**) *“a preparação das bordas das plataformas (que foi omitida na alegação do CONSÓRCIO PSD-SP) constitui etapa de primordial importância, principalmente quando tratamos de estações operacionais, uma vez que as lajes destas plataformas não foram projetadas e concebidas para receberem as portas com seus respectivos pesos e esforços dinâmicos adicionais”*, devendo *“haver todo um estudo das condições existentes das lajes, cálculo de estruturas e reforços para que a instalação seja adequada e perfeita”*, visto que *“a altura das portas tem relação direta com o citado cálculo”* (cf. fls. 2.966/2.967); (**o**) *“em estações ainda não operacionais, as lajes das plataformas são dimensionadas para se receber as portas de plataforma, portanto, temos uma instalação mais simples do que em estações antigas já em operação”* (fls. 2.967); (**p**) os atestados apresentados pelo CONSÓRCIO PSD-SP não atenderam aos requisitos exigidos no edital (cf. fls. 2.968/2.969); (**q**) *“as alegações apresentadas, com tentativas de equiparação de condições de trabalho em estações operacionais e não operacionais, além de incluir em suas diversas alegações equipamentos divergentes do objeto licitado (portas de plataforma com 2,1 metros de altura), e, pela simplicidade em que foram afirmadas, divergindo de pré-requisitos técnicos que foram solicitados no processo licitatório, amplamente embasados em experiências e justificativas técnicas elaboradas pelo METRÔ, reflete a falta de expertise e clareza do CONSÓRCIO PSD-SP com o objeto licitado, e traz assertividade na decisão do METRÔ em não habilitar o referido proponente por falta de comprovação técnica”* (fls. 2.970); (**r**) a escolha dos requisitos técnicos sujeitos à comprovação, previstos no item '5.3.2.7.2.1' do edital, estão afetos à necessidade de satisfação do interesse público, *“dada as características necessárias para integração das portas de plataformas a*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

serem instaladas com os sistemas que já se encontram em funcionamento nas estações do METRÔ”, o que, in casu, é reservado ao administrador público (órgãos executivos), no exercício do seu poder discricionário, que, em contato com a realidade, mais próximo às necessidades sociais, detém condições de aferir a oportunidade e a conveniência de efetuar as escolhas necessárias ao atendimento do interesse público, cuja análise fica restrita apenas ao critério de legalidade (“comparação estrita entre a lei e o ato praticado”), afastadas as interferências no que se refere ao mérito do ato administrativo, não cabendo ao licitante impor regras à Administração (cf. fls. 2.970/2.972); e, por fim, (s) o CONSÓRCIO PSD-SP não impugnou regular e tempestivamente as cláusulas previstas no edital, isto “porque as exigências eram claras”, e foram cumpridas pelos CONSÓRCIOS TELAR e KOBRA, havendo o CONSÓRCIO PSD-SP recebido a “oportunidade de esclarecer no procedimento de perguntas e respostas do procedimento licitatório, eventuais dúvidas que teria sobre as fases do certame, tendo, inclusive, formulado questionamentos pertinentes aos critérios que, agora, pretende impugnar”, sendo firme a jurisprudência deste Egrégio Tribunal, “no sentido de que é necessária a tempestiva e oportuna impugnação ao edital para caracterizar o interesse processual” (cf. fls. 2.972/2.974).

Antes mesmo da remessa dos autos a esta Superior Instância (cf. fls. 3.065), foi colhido o parecer do representante do *Parquet* (LAP, arts. 6º, § 4º, e 7º, I, ‘a’) ainda em primeiro grau (fls. 3.054/3.064), que, em suma, opinou “pelo afastamento da matéria preliminar e, no mérito pelo provimento dos recursos dos réus, apenas para afastar a inabilitação do CONSÓRCIO KOBRA na Concorrência Internacional nº 10002680” (fls. 3.064). Do mesmo modo, já neste Egrégio Tribunal (cf. fls. 3.066), enviados os autos à Procuradoria Geral de Justiça (fls. 3.067/3.069), em síntese, esta se posicionou no sentido da correção da celebração do contrato com o CONSÓRCIO KOBRA e pela improcedência dos pedidos formulados nesta ação popular movida por DARCIO CANDIDO BARBOSA, mediante o provimento do recurso interposto pelo CONSÓRCIO KOBRA e pelo desprovimento dos demais recursos (cf. fls. 3.083).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Por fim, anotam-se as expressas oposições veiculadas pelos apelantes CONSÓRCIO PSD-SP (fls. 3.072/3.073) e METRÔ (fls. 3.076) à realização do julgamento virtual dos recursos.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal da tempestividade (cf. fls. 2.552, 2.635, 2.673 e 2.779) – anotando-se que a r. sentença de fls. 2.534/2.551 foi disponibilizada no DJe do dia 14.04.2020 (fls. 2.632), e que os prazos processuais, que estavam suspensos em razão do art. 1º do Prov. CSM nº 2.545/2020⁽¹³⁾, voltaram a fluir apenas em 04.05.2020, por força do art. 2º do Prov. CSM nº 2.554/2020⁽¹⁴⁾ – e do preparo (cf. fls. 2.585/2.586, 2.798/2.800 e 3.065) – não obstante o disposto no art. 10 da LAP⁽¹⁵⁾, tanto que o CONSÓRCIO PSD-SP deixou de recolhê-lo no momento da interposição do recurso (cf. fls. 2.674) –, os recursos voluntários interpostos pelo METRÔ (fls. 2.552/2.584), por DARCIO CANDIDO BARBOSA (fls. 2.635/2.661), pelo CONSÓRCIO PSD-SP (fls. 2.673/2.707) e pelo CONSÓRCIO KOBRA (fls. 2.779/2.797) são recebidos e conhecidos, admitindo-se os seus processamentos em seus regulares efeitos.

Não obstante o seu afastamento pelo V. Juízo *a quo* (fls. 2.551), admite-se também a remessa necessária por força do comando do art. 19 da LAP, em razão do acolhimento apenas parcial dos pedidos do autor pela r. sentença de fls. 2.534/2.551, como é do entendimento do Colendo STJ⁽¹⁶⁾:

“Ação Popular (Lei 4.717/65, art. 19). Processual Civil. Sentença Terminativa do Processo. Procedência Parcial. Duplo

⁽¹³⁾ **Provimento CSM nº 2.545/2020, Art. 1º.** Ficam suspensos os prazos processuais, o atendimento ao público, as audiências (exceto as de custódia e as de apresentação, ao juiz, de adolescente em conflito com a lei apreendido e representado) e as sessões do Tribunal do Júri, pelo prazo inicial de 30 (trinta) dias, mantidas as atividades internas das unidades judiciais e administrativas, iniciando-se tal prazo de suspensão a partir de 16 de março de 2020, inclusive (g.n.).

⁽¹⁴⁾ **Provimento CSM nº 2.554/2020, Art. 2º.** A partir do dia 04 de maio de 2020, os prazos processuais dos processos judiciais e administrativos que tramitam em meio eletrônico voltam a fluir, sendo restituídos por tempo igual ao que faltava para sua complementação (CPC, art. 221) (g.n.).

⁽¹⁵⁾ **Lei nº 4.717/1965, Art. 10.** *As partes só pagarão custas e preparo a final.*

⁽¹⁶⁾ Cf. **HELLY LOPES MEIRELLES, ARNOLDO WALD e GILMAR FERREIRA MENDES, Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, São Paulo: Malheiros, 32ª ed., 2009, p. 177.**

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Grau de Jurisdição. 1. A ação popular, com assentamento constitucional, está sob a iluminura de superiores interesses públicos (coletivos), legitimando o cidadão para reprimir atividade comissiva ou omissiva da Administração Pública. O direito subjetivo do cidadão, movido pelo caráter cívico-administrativo da ação popular, com a primordial finalidade de defender o patrimônio público, julgado parcial ou integralmente improcedente o pedido deduzido, assegura o reexame necessário (duplo grau de jurisdição). É o prestigiamento do direito subjetivo do cidadão, cuja iniciativa não sofre o crivo dos efeitos de sentença desfavorável antes do reexame obrigatório.

2. Recurso sem provimento” (STJ, REsp nº 189.328/SP, rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, 1ª Turma, julgado em 26.02.2002) (g.n.).

De início, verifica-se que os pedidos formulados pelo METRÔ (cf. fls. 2.558/2.559) e pelo CONSÓRCIO KOBRA (cf. fls. 2.781/2.782), de atribuição de efeito suspensivo aos seus respectivos recursos de apelação (LAP, art. 19), restaram prejudicados em razão da prévia e parcial antecipação da tutela recursal concedida ao autor DARCIO CANDIDO BARBOSA (proc. nº 2094246-56.2020.8.26.0000; cf. fls. 2.664/2.671), apenas para o fim de obstar o prosseguimento de quaisquer atos de execução do contrato administrativo nº 1000268001 celebrado entre o METRÔ e o CONSÓRCIO KOBRA (fls. 1.912/1.976), que, inclusive, atualmente ainda pende de julgamento perante o Colendo STJ em sede de agravo interno (SLS nº 2.734/SP).

A presente ação popular movida por DARCIO CANDIDO BARBOSA – assim como os outros 2 (dois) processos que lhe são conexos (CPC, art. 55, § 1º): os mandados de segurança impetrados pelo CONSÓRCIO TELAR (proc. nº 1024234-06.2019.8.26.0053) e pelo CONSÓRCIO PSD-SP (proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053) – versa sobre o certame licitatório de Concorrência Internacional nº 10002680 para fins de “*contratação de empresa para elaboração de projeto executivo, fornecimento e implantação de portas de plataforma, simulador de testes e centros de monitoramentos para as linhas metroviárias da Companhia do*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Metropolitano de São Paulo – METRÔ” (cláusula ‘1. EDITAL E OBJETO’; item ‘1.1’), a serem implantadas nas plataformas das estações integrantes das suas mais antigas linhas, as Linhas 1-Azul (inclusive no entroncamento com a Linha 2-Verde) e 3-Vermelha (cf. item ‘1.6’ e Anexos III e IV).

Segundo expressamente esclareceu o METRÔ no edital do certame datado de 31.08.2018 (fls. 34/135), referida Concorrência Internacional nº 10002680 é regida pelos preceitos da Lei Estadual nº 6.544/1989 (que *“procurou fazer a adaptação da legislação estadual à lei federal, reproduzindo as suas disposições, com pequenas alterações”*)⁽¹⁷⁾ e da Lei Federal nº 8.666/1993 (item ‘1.1’), não obstante, na qualidade de empresa pública, conforme revelam seus estatutos sociais (fls. 2.052/2.066), se encontrar também submetido aos ditames da Lei Federal nº 13.303/2016, que *“dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”* (art. 1º), o qual também veicula regras específicas para fins de licitações no Capítulo I do seu Título II (Lei nº 13.303/2016, arts. 28 a 67)⁽¹⁸⁾, tanto assim que, em seu cumprimento

⁽¹⁷⁾ Cf. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, São Paulo: Forense, 32ª ed., 2019, p. 413.

⁽¹⁸⁾ *“Não houve grandes inovações no tocante às licitações previstas para as estatais, sendo que a disciplina legal foi inspirada nas transformações mais recentes nas contratações governamentais, que foram as inovações decorrentes do pregão e principalmente do Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Por esse motivo, encontram-se nas licitações da Lei nº 13.303/2016: a previsão de inversão de fases, a etapa de lances, bem como o sistema de contratação integrada, inspirado no RDC, um dos aspectos que pode ser considerado de maior novidade é a previsão do sistema de contratação semi-integrada. São diretrizes que devem orientar os gestores que criam os editais, conforme previsão do art. 32 da Lei nº 13.303/2016: (...). Trata-se de compilação de preocupações que auxiliam o gestor, mas que não trazem novidades propriamente, pois já são exigências existentes e que vinculam a ação de empreendimentos que causam tais impactos”* (IRENE PATRÍCIA NOHARA, *Tratado de Direito Administrativo – Licitação e Contratos Administrativos*, vol. 6, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2ª ed. e-book baseada na 2ª ed. impressa, 2019, Parte I, Cap. 19, item 5) (g.n.). *“Em resumo, a distinção relativa ao objeto da estatal influencia decisivamente no respectivo regime licitatório. (...) A possível solução é a interpretação conforme a Constituição da Lei 13.303/2016 para que as suas normas de licitação sejam aplicadas às empresas estatais que exploram atividades econômicas lato sensu em regime concorrencial, excluindo-se da sua incidência as estatais que atuam em regime de monopólio e na prestação de serviços públicos em regime de exclusividade”* (RAFAEL CARVALHO REZENDE

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

(Lei nº 13.303/2016, art. 40)⁽¹⁹⁾, o METRÔ editou regulamento interno próprio que vigorou entre 29.06.2018 a 12.09.2019 (atualmente já objeto de revisões), época da licitação *sub examine*.

Segundo ainda o edital (fls. 34/135), a Concorrência Internacional nº 10002680 é do tipo menor preço (item '1.5'), e estabelece a consecução do seu referido objeto sob o regime de empreitada global, havendo sido estimado um orçamento de R\$ 526.872.480,65 (quinhentos e vinte e seis milhões, oitocentos e setenta e dois mil, quatrocentos e oitenta reais e sessenta e cinco centavos), válido para 01.07.2018 (item '1.8' e Anexo IV).

Conforme os ditames da LE nº 6.544/1989 (art. 40, II, III, IV, V, VI e VII, e § 2º) e expressamente previsto no edital do certame (cláusulas '6. SESSÃO DE RECEBIMENTO E ANÁLISE DOS VOLUMES: I – PROPOSTA COMERCIAL E II – DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO'; '7. CRITÉRIOS PARA CLASSIFICAÇÃO, JULGAMENTO E SELEÇÃO DA PROPOSTA COMERCIAL'; '8. PROCEDIMENTO HABILITATÓRIO'; e '9. SELEÇÃO') – em consonância também com o art. 51, § 1º, da Lei nº 13.303/2016⁽²⁰⁾ –, *in casu*, houve a inversão da ordem das fases do procedimento prevista na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993, art. 43, I, II, III, IV e V)⁽²¹⁾:

OLIVEIRA, Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Método, 7ª ed., 2018, pp. 64/65 (g.n.).

⁽¹⁹⁾ **Lei Federal nº 13.303/2016, Art. 40.** *As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a: (...).*

⁽²⁰⁾ **Lei nº 13.303/2016, Art. 51.** *As licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases: I – preparação; II – divulgação; III – apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado; IV – julgamento; V – verificação de efetividade dos lances ou propostas; VI – negociação; VII – habilitação; VIII – interposição de recursos; IX – adjudicação do objeto; X – homologação do resultado ou revogação do procedimento. § 1º A fase de que trata o inciso VII do caput poderá, excepcionalmente, anteceder as referidas nos incisos III a VI do caput, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório (g.n.).*

⁽²¹⁾ **Lei nº 8.666/1993, Art. 43.** *A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: I – abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação; II – devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação; III – abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

LE nº 6.544/1989, Art. 40. A licitação poderá ser processada e julgada observadas as seguintes etapas consecutivas:

I – realização de sessão pública em dia, hora e local designados para recebimento dos envelopes contendo as propostas e os documentos relativos à habilitação, bem como da declaração dando ciência de que o licitante cumpre plenamente os requisitos de habilitação;

II – abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes;

III – verificação da conformidade e compatibilidade de cada proposta com os requisitos e as especificações do edital ou convite e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou os fixados pela Administração ou pelo órgão oficial competente ou, ainda, com os preços constantes do sistema de registro de preços, quando houver, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

IV – julgamento e classificação das propostas, de acordo com os critérios de avaliação do ato convocatório;

V – devolução dos envelopes fechados aos concorrentes desclassificados, com a respectiva documentação de habilitação, desde que não tenha havido recurso ou após a sua denegação;

VI – abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação dos concorrentes cujas propostas tenham sido classificadas até os 3 (três) primeiros lugares;

VII – deliberação da Comissão de Licitação sobre a habilitação dos 3 (três) primeiros classificados. (...)

recursos interpostos; **IV** – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; **V** – julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital (g.n.).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

§ 2º A autoridade competente poderá, por decisão fundamentada, determinar que o processamento da licitação obedeça a ordem prevista na legislação federal (g.n.).

Contudo, a despeito dos posicionamentos doutrinários e da atual tendência legislativa, a referida inversão das fases da licitação, em atendimento aos termos do edital e à legislação estadual (LE nº 6.544/1989, art. 40, § 2º), e em detrimento da aplicação da Lei Federal Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993, art. 43), na presente hipótese, lamentavelmente não trouxe apenas benefícios ao certame em análise, dando azo a grande parte das discussões aqui tratadas em relação aos valores das propostas apresentadas pelos 3 (três) consórcios selecionados:

“Normalmente, a legislação prevê a habilitação como etapa que antecede o julgamento das propostas, o que nos parece completamente despropositado, uma vez que as questões formais discutidas na habilitação emperram o procedimento. Por esta razão, a legislação moderna, ao tratar de licitações, procura corrigir essa falha (ex.: no pregão, o julgamento antecede necessariamente a habilitação)” (RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, *Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Método, 7ª ed., 2018, p. 132) (g.n.);

“Em um procedimento de licitação sem inversão de fases, habilitação representa a segunda fase. Compreende o recebimento e análise dos envelopes que contêm a documentação, para verificar se os licitantes preenchem os requisitos de participação no certame. (...) Conforme será visto nas alterações que são sugeridas à matéria das licitações, há uma tendência, que vem se solidificando nas alterações legislativas, ao uso da inversão entre as fases de habilitação e classificação, que é também inspiração ao PL 6.814/2017. A inversão de fases promove celeridade ao procedimento, pois

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

além de permitir com que ocorra diretamente a classificação e posteriormente a habilitação, esta versará, em regra, apenas sobre a análise da documentação do licitante mais bem classificado. Também se diz que ela diminui a litigiosidade no certame, pois evita recursos protelatórios numa eventual contenda na fase de habilitação. Ressalte-se que a inversão de fases não apresenta somente vantagens, pois em licitações de maior complexidade, se não houver algum procedimento prévio, pode acontecer de o licitante mais bem classificado não ser uma empresa idônea, mas tão somente uma empresa que tenha apresentado a melhor proposta, o que tem o risco de gerar contratações desastrosas, se a Administração não for cuidadosa. Logo, quando a inversão é facultativa, a decisão por sua utilização, que deve estar especificada no edital e autorizada por lei específica, deve ser pautada no binômio celeridade-garantia de qualificação do contratante, não sendo recomendável para todas as contratações desejadas pela Administração Pública. (...) Numa inversão de fases, no entanto, encerrada a fase de classificação das propostas ou oferecimento dos lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado para verificação do atendimento das condições fixadas no edital. Verificado o atendimento às exigências do edital, o licitante será declarado vencedor. Inabilitado o licitante mais bem classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital” (IRENE PATRÍCIA NOHARA, *Tratado de Direito Administrativo – Licitação e Contratos Administrativos*, vol. 6, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2ª ed. e-book baseada na 2ª ed. impressa, 2019, Parte I, Cap. 11, itens 2 e 6) (g.n.).

De todo e qualquer modo – no que aqui importa para o deslinde da presente causa e das demais que lhe são conexas –, conforme a

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

mencionada cláusula '8. *PROCEDIMENTO HABILITATÓRIO*', o edital estabeleceu (item '8.1'), entre outros critérios de habilitação dos proponentes, os parâmetros de qualificação econômico-financeira, representada, inclusive, pelo balanço patrimonial e pelo patrimônio líquido (LLic, art. 31; LE nº 6.544/1989, art. 27, § 3º) e de capacidade (qualificação) técnica, representada, inclusive, por atestados (LLic, art. 30; LE nº 6.544/1989, art. 27, § 2º), mediante a apresentação de documentos (cláusula '5. *FORMA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS E DA PROPOSTA*', item '5.3.2. *VOLUME II – DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO*'), assim especificados, *in verbis*:

5.3.2.5. BALANÇO PATRIMONIAL.

5.3.2.5.1. Balanço Patrimonial e demonstrativo contábeis do último exercício social, já exigíveis na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da PROPONENTE, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios. (...)

5.3.2.5.5. Para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira, as empresas estrangeiras que não funcionem no Brasil deverão apresentar o Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei do país de origem, que comprovem a boa situação financeira da PROPONENTE, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios. As empresas devem submeter seus demonstrativos contábeis (balanço e demonstrativo de resultados) devidamente certificados por um contador registrado, se a auditoria não for obrigatória pelas leis de seus países de origem (fls. 41/42) (g.n.).

5.3.2.6. PATRIMÔNIO LÍQUIDO.

5.3.2.6.1. *As PROPONENTES deverão comprovar Patrimônio Líquido de, no mínimo, R\$ 52.600.000,00 (cinquenta e dois milhões, seiscentos mil reais) referentes ao último exercício social.*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

5.3.2.6.1.1. No caso de Consórcio, o valor do Patrimônio Líquido a ser comprovado pela soma dos Patrimônios Líquidos das empresas que o compõem, na proporção de suas respectivas participações, é de, no mínimo, R\$ 68.300.000,00 (sessenta e oito milhões, trezentos mil reais), referente ao último exercício social (fls. 42) (g.n.).

5.3.2.7. CAPACITAÇÃO TÉCNICA.

Os documentos a seguir deverão ser apresentados pela PROPONENTE individual, ou pelos membros do Consórcio, por meio da composição de suas qualificações técnicas. (...)

5.3.2.7.2. Atestado(s) de capacidade técnica emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da PROPONENTE individual, ou de membro(s) do Consórcio, devidamente registrados pela entidade profissional competente, que comprove(m) ter ela executado ou estar executando fornecimento de equipamentos e serviços pertinentes e compatíveis em características e quantidades com o objeto da presente licitação.

5.3.2.7.2.1. Entende-se por pertinentes e compatíveis, em características e quantidades:

Fornecimento e implementação de Sistema de Portas de Plataforma em, no mínimo, 12 (doze) plataformas de estações metroferroviárias, que possuam as seguintes características:

- i. O Fornecimento e implementação do Sistema de Portas de Plataforma deve ter sido realizado em linhas que já se encontravam em operação e permaneceram em operação durante o fornecimento;
- ii. Portas de Plataformas com altura mínima de 2.10 metros e integradas ao sistema de Sinalização da linha.

5.3.2.7.3. A comprovação a que se refere o subitem 5.3.2.7.2 poderá ser feita mediante o somatório de atestados (fls. 42/43) (g.n.).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Previu também o edital (fls. 34/135), em seu item '8.5', nos termos do § 5º do art. 40 da LE nº 6.544/1989, que:

8. PROCEDIMENTO HABILITATÓRIO. (...)

8.5. A critério da Comissão de Licitação e Julgamento, admitir-se-á o saneamento de falhas, desde que os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de inabilitação do proponente e aplicação da multa de 1% do valor do contrato, com previsão legal no § 5º do art. 40 da Lei 6.544/89, sem prejuízo do contraditório e ampla defesa" (fls. 51) (g.n.).

Nessa conformidade, segundo se verifica da síntese do processo licitatório (fls. 2.084/2.088), realizada a sessão pública para recebimento das propostas e dos documentos de habilitação em 23.11.2018, classificaram-se para a fase de habilitação, em primeiro lugar, *(i)* o CONSÓRCIO PSD-SP (liderado pela empresa MPE Engenharia e Serviços S/A, e integrado ainda pela empresa chinesa Zhuzhou CRRC Times Electric Co., Ltd.), com proposta no valor total de **R\$ 374.129.463,18** (30,05% menor que o valor orçado pelo METRÔ); em segundo lugar, *(ii)* o CONSÓRCIO KOBRA (liderado pela empresa Husk Eletrometalurgica Ltda., e integrado ainda pela empresa MG Engenharia e Construção Ltda., e pelas empresas sul-coreanas Samjung Tech Co., Ltd. e Woori Technology, Inc.), com proposta no valor total de **R\$ 409.298.074,92** (23,48% menor que o valor orçado pelo METRÔ); e, em terceiro lugar, *(iii)* o CONSÓRCIO TELAR (liderado pela empresa Telar Engenharia e Comércio S/A, e integrado ainda pela empresa Serveng-Civilsan S/A Empresas Associadas de Engenharia e pela empresa sul-coreana Dongwoo Autodoor Co., Ltd.), com proposta no valor total de **R\$ 486.780.172,03** (8,99% menor que o valor orçado pelo METRÔ) (cf. fls. 2.084).

Assim sendo, seguindo a ordem das fases estabelecida no edital, de acordo com o art. 40 da LE nº 6.544/1989, superada a fase de classificação comercial, segundo o Relatório Técnico GPF-003/2019, de 29.01.2019 (fls. 628/629), verificou-se que "o **CONSÓRCIO KOBRA não atendeu ao requisito do**

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

edital de licitação no tocante ao Patrimônio Líquido Mínimo” (g.o.), bem como os demais proponentes “atenderam aos requisitos de qualificação econômico-financeira estabelecidos no edital de licitação, observando-se que a análise reflete a situação financeira das empresas nas datas de encerramento do exercício social dos demonstrativos contábeis” (cf. fls. 629), posto que o patrimônio líquido mínimo exigido era R\$ 68.300.000,00 para os consórcios (cf. item ‘5.3.2.6.1.1’), e o CONSÓRCIO KOBRA havia apresentado patrimônio líquido de apenas R\$ 65.506.000,00 (precisamente R\$ 65.506.417,36, cf. fls. 378 e 596).

E, conforme se verifica do Relatório Técnico GPF-017/2019, de 20.03.2019 (fls. 2.092), em complementação ao aludido Relatório Técnico GPF-003/2019, “a Comissão de Licitação deliberou sobre a realização de saneamento, para a atualização das demonstrações contábeis de todas as empresas integrantes dos três consórcios” (os CONSÓRCIO PSD-SP, KOBRA e TELAR), “mediante o encaminhamento dos documentos relativos ao exercício social de 2018” (g.n.), havendo apenas o CONSÓRCIO KOBRA – instado pela mensagem que lhe foi enviada em 08.03.2019 (cf. fls. 549), respondida em 13.03.2019 (cf. fls. 550/578) – atendido “a solicitação do saneamento, com a apresentação das demonstrações contábeis do exercício de 2018 das empresas consorciadas”, realizando-se então “a atualização da avaliação da qualificação econômico-financeira das empresas do CONSÓRCIO KOBRA”, que passou a apresentar patrimônio líquido de R\$ 76.399.000,00 (precisamente R\$ 76.398.909,25, cf. fls. 597), ou seja, acima do valor mínimo exigido de R\$ 68.300.000,00, e mantendo-se, ademais, “os resultados das avaliações do Relatório Técnico GPF-003” em relação aos CONSÓRCIOS PSD-SP e TELAR, que informaram que as suas respectivas demonstrações contábeis não estavam disponíveis, concluindo-se ao final que todos os proponentes “atenderam aos requisitos de qualificação econômico-financeira estabelecidos no edital de licitação, observando-se que a análise reflete a situação econômico-financeira das empresas nas datas de encerramento do exercício social dos demonstrativos contábeis”.

Por outro lado, de acordo com a Ata de Reunião da Comissão de Licitação (Fase de Habilitação Técnica) realizada em 04.02.2019, “e com base nas considerações realizadas pela Gerência de Operações – GOP através do

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Anexo ao Processo emitido em 01.02.2019 e, com fundamento no item 8.2 das Condições Específicas do Edital”, decidiu-se promover a realização de diligências também para o saneamento dos atestados de qualificação técnica fornecidos pelos 3 (três) consórcios proponentes (fls. 823/824), havendo sido solicitado ao CONSÓRCIO PSD-SP (assim como aos CONSÓRCIOS KOBRA e TELAR em relação aos seus respectivos atestados) a prestação de esclarecimentos e informações acerca dos atestados reproduzidos às fls. 829/830, 831/832 e 833/834, por meio da mensagem eletrônica enviada no mesmo dia 04.02.2019 (fls. 827/828), os quais foram prestados pelo CONSÓRCIO PSD-SP em 07.02.2019 (fls. 825/826).

“1. AO CONSÓRCIO PSD-SP

1.1 Sobre os atestados emitidos pela Ningbo Metro Co., Ltd. em 17.09.2018, referente às linhas 1 e 2 (...): Esclarecer se as linhas 1 e 2 indicadas nos atestados se encontravam em operação e permaneceram operando durante o período de fornecimento e implementação das portas de plataforma;

1.2 Sobre o atestado emitido pela Guangzhou-Shenzhen-Hong Kong Passenger Railway Co., Ltd. em 21.09.2018 (...): Informar qual a altura das portas de plataforma e esclarecer se foram integradas ao Sistema de Sinalização de trens da linha;

1.3 Sobre o atestado emitido pela Liaoning Qihui Electronic System Engineering Co., Ltd. em 12.09.2018 (...): Informar qual a altura das portas de plataforma.

2. AO CONSÓRCIO KOBRA

2.1 Sobre o atestado emitido pelo Metrô de Seul em 21.09.2018 (...): Informar a linha onde as portas de plataforma foram instaladas. Esclarecer se a linha indicada se encontrava em operação e permaneceu operando durante o período de fornecimento e implementação das portas de plataforma. Esclarecer se as portas de plataforma foram integradas ao Sistema de Sinalização de trens da linha;

2.2 Sobre o atestado emitido pela Samsung C & T Co. Ltd. em 20.09.2018 (...): Informar a linha onde as portas de plataforma

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

foram instaladas. Esclarecer se a linha indicada se encontrava em operação e permaneceu operando durante o período de fornecimento e implementação das portas de plataforma. Esclarecer se as portas de plataforma foram integradas ao Sistema de Sinalização de trens da linha.

3. AO CONSÓRCIO TELAR/SERVENG/DONGWOO

3.1 *Sobre o atestado emitido pela Korea Rail Network Authority em 18.10.2018 (...): Informar a linha onde as portas de plataforma foram instaladas*” (cf. fls. 823/824).

Todavia, analisados os esclarecimentos prestados pelos 3 (três) consórcios, restaram habilitados apenas os CONSÓRCIOS KOBRA e TELAR, havendo sido o CONSÓRCIO PSD-SP considerado inabilitado, conforme se verifica da mensagem enviada pelo METRÔ em 11.02.2019 (fls. 835/836) e do quadro de análise de capacitação técnica de fls. 2.229/2.231, indicando que **(i)** em 2 (dois) atestados fornecidos pelo CONSÓRCIO PSD-SP não restou comprovada a implementação das Portas de Plataforma em linhas metroferroviárias em operação; **(ii)** em um atestado não restou comprovada a integração das Portas de Plataforma com a sinalização; e, no último deles, **(iii)** não restou comprovado o atendimento ao requisito da altura de 2,10 metros de altura das Portas de Plataforma (cf. fls. 2.229).

De outra banda, conforme o Parecer JUC/CLA nº 139/2019 (fls. 630/632), acerca da análise dos documentos de habilitação jurídica apresentados pelos 3 (três) consórcios classificados, conclui-se que “*consideradas as não conformidades na documentação apresentada pelos CONSÓRCIOS PSD-SP, KOBRA e TELAR (...), submete-se à Comissão de Licitação, para que pondere sobre a possibilidade de admitir o saneamento das falhas listadas acima, nos termos do item 8.5 das Condições Específicas do Edital*”, recomendando-se ainda a verificação “*no site específico, se as empresas a serem potencialmente contratadas, através do consórcio em tela, não foram declaradas inidôneas ou estão impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual*” (cf. fls. 632).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Sendo assim, em prosseguimento, foi elaborado o Parecer JUC/CLA nº 183/2019 (fls. 749/752), complementar ao Parecer JUC/CLA nº 139/2019 (fls. 630/632), “*em atendimento aos saneamentos sugeridos*”, no qual se verificou, após a apresentação de documentos pelos CONSÓCIOS PSD-SP, KOBRA e TELAR, a regularidade dos mesmos, razão pela qual concluiu-se que os 3 (três) consórcios “*cumpriram os requisitos previstos nos subitens 5.3.2.2 a 5.3.2.3.9 (habilitação jurídica e regularidade fiscal e trabalhista) e 5.3.2.4.1 a 5.3.2.4.4 (qualificação econômico-financeira) das condições específicas do edital, bem como apresentaram os Anexos I (carta de credenciamento), VI (carta de habilitação), VII (declaração para empresas estrangeiras que não funcionam no Brasil) e VIII (prova de constituição de representante legal para empresas estrangeiras que não funcionam no Brasil), do respectivo edital analisado, sendo considerados HABILITADOS no que concerne aos requisitos supramencionados*” (fls. 752).

Diante de tal quadro, após os saneamentos efetuados, a Comissão de Licitação e Julgamento, por meio da Ata de Julgamento da Fase de Habilitação/Seleção do dia 20.03.2019, “*com base no edital, nas propostas e documentos para habilitação apresentados pelos proponentes, nos Relatórios GPF 003/2019 e 017/2019; no Relatório de Análise GOP de 11.02.2019; nos Pareceres Jurídicos JUC/CLA nº 139/2019 e 183/2019; nos documentos apresentados para saneamento de falhas identificadas na análise jurídica; nos documentos apresentados relativos aos diligenciamentos requisitados pela GPF e pela GOP*”, e dados constantes do processo licitatório, finalmente “*concluiu pela habilitação dos proponentes CONSÓRCIO KOBRA (...) e CONSÓRCIO TELAR (...), inabilitação do proponente CONSÓRCIO PSD-SP (...) e pela seleção do proponente CONSÓRCIO KOBRA (...)” (cf. fls. 841) (g.n.).*

Não se conformando sobretudo com a habilitação econômico-financeira do CONSÓRCIO KOBRA, o CONSÓRCIO TELAR interpôs recurso administrativo em 29.03.2019 (cf. fls. 590/614), o qual restou rejeitado pelo Parecer JUC/CLN nº 387/2019 (fls. 617/624), comunicado ao CONSÓRCIO TELAR por carta enviada em 13.05.2019 (fls. 615), em atenção ao item ‘8.5’ do edital, ao § 5º

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

do art. 40 da LE nº 6.544/1989, e ao § 3º do art. 43 da LLic, bem como afastou as outras questões tratadas no recurso.

Lado outro, também inconformado com a sua inabilitação técnica, assim como com a habilitação econômico-financeira do CONSÓRCIO KOBRA, o CONSÓRCIO PSD-SP também interpôs recurso administrativo em 29.03.2019 (fls. 228/282), que igualmente restou indeferido conforme se verifica do Parecer JUC/CLN nº 403/2019 (fls. 210/227), cuja decisão foi comunicada ao CONSÓRCIO PSD-SP conforme missiva datada de 13.05.2019 (fls. 208), e publicada no DOE do dia 14.05.2019 (fls. 923).

Nessa conformidade, por força da Proposta de Resolução da Diretoria – PRD nº 183/2019, aprovada em 13.05.2019 (fls. 2.082/2.083), foi tomada a efetiva Resolução da Diretoria – RD nº 172/2019 nessa mesma data (fls. 2.081), que homologou o resultado da Concorrência Internacional nº 10002680, e adjudicou o objeto da licitação ao CONSÓRCIO KOBRA, havendo sido autorizado então, por meio da Resolução do Conselho de Administração – RCA nº 020/2019, de 15.05.2019 (fls. 2.089), e “*por solicitação da GOP – Gerência de Operações, a emissão do Contrato nº 1000268001*” firmado com o CONSÓRCIO KOBRA no dia 29.05.2019 (fls. 1.912/1.976).

Diante do exposto, o autor DARCIO CANDIDO BARBOSA moveu a presente ação popular “*para defesa dos interesses da população da Cidade de São Paulo, especialmente dos usuários de transporte metroviário que foram vilipendiados pela empresa pública Ré, em virtude da contratação, exacerbadamente onerosa, de empresa para a elaboração de projeto executivo, fornecimento e implantação de portas de plataforma, simulador de testes e centros de monitoramentos para as linhas metroviárias da Ré, sem a observância dos exatos termos do edital de concorrência internacional de nº 10002680*” (fls. 02), na qual, após o indeferimento do pedido de concessão de tutela antecipada de urgência para “*suspensão liminar do ato lesivo impugnado*” (cf. fls. 2.269), confirmada por esta Colenda Câmara (TJSP, AI nº 2259781-71.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 27.01.2020; fls. 2.524/2.533 e 2.592/2.601), o V. Juízo *a quo*, pela r. sentença de fls. 2.534/2.551 ora apelada, (a)

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

rejeitou “o pedido de habilitação do CONSÓRCIO PSD-SP como assistente litisconsorcial do autor, requerido às fls. 2.369/2.380” (fls. 2.539); (b) afastou a alegação de ilegitimidade passiva dos dirigentes do METRÔ (fls. 2.540); e, por fim, (c) julgou parcialmente procedentes os pedidos do autor, “apenas para declarar a inabilitação e, por consequência, invalidar a contratação do CONSÓRCIO KOBRA na Concorrência Internacional nº 10002680”, posto haver entendido, em suma que, que:

“No tocante à contratação do CONSÓRCIO KOBRA, tal como já enfrentado no julgamento dos mandados de segurança nº 1024234-06.2019.8.26.0053 e nº 1027166-64.2019.8.26.0053, conexos a esta ação popular, vislumbro a ocorrência de ilegalidades na licitação, aptas a declarar a inabilitação do Consórcio vencedor da Concorrência Internacional nº 10002680, afastando, assim, a sua contratação. (...)

A solicitação de apresentação dos documentos contábeis relativos ao exercício social encerrado em 31.12.2018, portanto, viola os princípios da competitividade, da legalidade, bem como da vinculação ao instrumento convocatório, já que, não sendo os documentos já exigíveis e apresentados na forma da lei, não podem ser requeridos, em nítido benefício de determinada proponente e direcionamento do certame, sobretudo, considerando que a proponente beneficiada não tinha anteriormente atingido tal fim. (...)

Por outro lado, em que pese o reconhecimento da existência de ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade pública no que tange à contratação do CONSÓRCIO KOBRA na Concorrência Internacional de nº 10002680, a pretensão de habilitação do CONSÓRCIO PSD-SP não merece guarida. (...)

Nesse sentido, ao contrário da argumentação apresentado pelo autor popular, reproduzindo a ordem apresentada pelo CONSÓRCIO PSD-SP, entendo que, para se atestar a capacidade técnica da licitante, as características mencionadas nas alíneas i e ii devem ser reconhecidas concomitantemente, simultaneamente, observando, portanto, ao mesmo tempo (leia-se: nas mesmas obras e, portanto, mesmas certidões), a

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

capacidade de se colocar uma porta de plataforma com altura mínima de 2,10 metros, integradas ao sistema de Sinalização da linha, em linhas de metrô que já se encontram em operação e permanecem em operação durante o fornecimento. (...)

Assim, não restou comprovada a capacidade técnica do CONSÓRCIO PSD-SP nos termos do Edital e, portanto, não há que se falar em habilitação do mesmo e, menos ainda, que o CONSÓRCIO PSD-SP seja declarado vencedor da Concorrência Internacional em apreço” (fls. 2.543/2.551).

Respeitado o entendimento adotado pelo V. Juízo *a quo*, os recursos voluntários interpostos pelo METRÔ (fls. 2.552/2.584), pelo CONSÓRCIO KOBRA (fls. 2.779/2.797), pelo autor DARCIO CANDIDO BARBOSA (fls. 2.635/2.661) assim como a remessa necessária ora admitida em segundo grau (LAP, art. 19), comportam provimento para o fim de reformar a r. sentença de fls. 2.534/2.551, ao passo que o recurso do CONSÓRCIO PSD-SP (fls. 2.673/2.707) comporta parcial conhecimento, e, na parte conhecida, deve ser provido.

Preliminarmente, não há falar em anulação da r. sentença de fls. 2.534/2.551 por alegado cerceamento da atividade probatória do autor DARCIO CANDIDO BARBOSA, em razão do julgamento do feito no estado (cf. fls. 2.541), sem o acolhimento do pedido de fls. 2.342/2.344, efetuado apenas em caráter subsidiário (CPC, art. 326)⁽²²⁾, de produção de provas documental, oral (depoimento pessoal dos corréus e oitiva de testemunhas) e pericial (“*para comprovar se os demais consórcios foram inabilitados de forma correta, e principalmente, se o CONSÓRCIO PSD-SP teria condições técnicas de executar o contrato do METRÔ*”; cf. fls. 2.646), visto que a condução do processo pelo V. Juízo *a quo* não importou em qualquer ofensa ao contraditório ou à ampla defesa (CF, art. 5º, LV), em razão do julgamento da lide no estado (CPC, art. 355, I), e do indeferimento do subsidiário pedido de produção de provas (CPC, arts. 369, 370 e 464)⁽²³⁾, em razão do acolhimento do pedido

⁽²²⁾ **CPC, Art. 326.** *É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior (g.n.).*

⁽²³⁾ **CPC, Art. 369.** *As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

antecedente principal, visto que o V. Juízo *a quo* proferiu entendimento lastreado no vasto conjunto probatório já existente nos presentes autos e nos feitos conexos (os mandados de segurança nº 1024234-06.2019.8.26.0053 e nº 1027166-64.2019.8.26.0053), analisando, para tanto, os argumentos e os documentos relevantes das partes.

Assim, balizado pelas especificidades do caso concreto, fundamentadamente (CPC, art. 489, § 1º) proferiu sua hígida sentença de fls. 2.534/2.551, havendo oportunizado aos interessados a possibilidade para se manifestarem (cf. fls. 2.335, 2.337, 2.338/2.341 e 2.342/2.344), em consonância com os deveres de informação, prevenção e de consulta previstos no Código de Processo Civil em vigor, não se cogitando, portanto, a anódina alegação de cerceamento da atividade probatória:

“CERCEAMENTO DE DEFESA. Inocorrência. Produção desnecessária de outras provas. Provas dos autos suficientes para formar o convencimento do magistrado. Preliminar rejeitada” (TJSP, Ap nº 0002395-22.2011.8.26.0602, rel. Des. **CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI**, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 27.02.2018) (g.n.);

“PROCESSO CIVIL – CERCEAMENTO DE DEFESA – Inocorrência – O Juiz é o destinatário da prova, cabendo a ele decidir ser pertinente ou não a dilação probatória – Acervo documental que viabilizou o exaurimento da cognição judicial” (TJSP, Ap nº 0009136-96.2012.8.26.0132, rel. Des. **CARLOS EDUARDO PACHI**, 5ª Câmara Extraordinária de Direito Público, julgado em 30.09.2015) (g.n.).

Além do que já se expôs, insta consignar ainda que, estando a causa madura para o julgamento, o magistrado pode, inclusive, indeferir

pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

pedidos de dilação probatória inaptos à instrução do processo, não havendo se cogitar em cerceamento da atividade probatória, mas sim em prestígio ao vetor axiológico decorrente da duração razoável do processo, consagrado pelo art. 5º, inc. LXXVIII da CF, bem como pelos arts. 4º e 6º do CPC.

Por outro lado, resta prejudicada a análise de quase a totalidade das alegações contidas no recurso de apelação interposto pelo CONSÓRCIO PSD-SP (fls. 2.673/2.707), visto que, realmente, como já bem pontuado pelo V. Juízo *a quo* (fls. 2.539/2.540), o seu pedido de ingresso nos autos na qualidade de assistente litisconsorcial do autor (fls. 2.369/2.380) não comporta acolhimento.

Isto porque a legitimidade ativa para a propositura ou para a figuração no polo ativo da ação popular é restrita àqueles que ostentam a condição de cidadão, e, portanto, pessoas físicas.

Conforme a expressa previsão do inc. LXXIII do art. 5º da CF, *“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”* (g.n.); o que também é corroborado pelos expressos comandos da Lei nº 4.717/1965 (LAP) que, com prevalência às normas gerais existentes no Código de Processo Civil (CPC, arts. 119 e 124)⁽²⁴⁾, de aplicação apenas subsidiária (LAP, art. 22)⁽²⁵⁾, disciplinam a ação popular:

Lei nº 4.717/1965, Art. 1º. Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade

⁽²⁴⁾ **CPC, Art. 119.** *Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la. **Parágrafo único.** A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontra. **Art. 124.** Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.*

⁽²⁵⁾ **Lei nº 4.717/1965, Art. 22.** *Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação (g.n.).*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. (...)

§ 3º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

Art. 6º. *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 omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. (...)*

§ 5º É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular (g.n.).

Na doutrina, nesse mesmo sentido, o entendimento é uníssono:

*“Quando a Constituição diz que qualquer cidadão pode propor ação popular, está restringindo a legitimidade para a ação apenas ao nacional no gozo dos direitos políticos, ao mesmo tempo em que recusa aos estrangeiros e às pessoas jurídicas, entre estas os partidos políticos” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 42ª ed., 2019, p. 466) (g.n.);*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

“Qualquer cidadão pode ingressar em juízo por meio da ação popular; como já se registrou, cidadão é a pessoa natural no gozo dos direitos políticos (eleitor). Pessoas jurídicas não se legitimam à propositura de tal ação. No curso do processo, outros cidadãos poderão ingressar na causa, como litisconsortes ou assistentes” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 50ª ed., 2016, p. 725) (g.n.);

“Sujeito ativo já se viu que é o cidadão, assim considerado, para fins de ação popular, o eleitor. É perfeitamente possível o litisconsórcio ativo, que será facultativo, uma vez que é dado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular, nos expressos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei nº 4.717/65. E também é possível a sucessão, ou seja, a qualquer cidadão e também ao Ministério Público é dado promover o prosseguimento da ação, se ‘o autor desistir ou der motivo à absolvição da instância’, conforme consta do artigo 9º da Lei. Os casos de absolvição de instância eram previstos no artigo 201 do CPC de 1939; significa a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em decorrência de inobservância, por parte do autor, de ônus processuais impostos por lei. O CPC de 1973 não emprega mais essa expressão, mas continua a prever a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em hipóteses semelhantes, como as do artigo 267, II e III. O novo CPC, no artigo 485, elenca hipóteses em que o juiz não resolverá o mérito, entre elas: quando o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes (inciso II); quando por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias (inciso III); quando homologar a desistência da ação (inciso VIII). Em todas essas hipóteses, é possível a sucessão pelo Ministério Público ou por qualquer cidadão” (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO,

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Direito Administrativo, São Paulo: Forense, 32ª ed., 2019, p. 999) (g.n.);

“A legitimação ativa para a ação popular tem início pela própria Constituição ao consignar que qualquer cidadão é parte legítima para promover a demanda. Trata-se, portanto, de legitimação restrita e condicionada, porque, de um lado, não é estendida a todas as pessoas, mas somente aos cidadãos e, de outro, porque somente comprovada essa condição é que admissível será a legitimidade. A qualidade de cidadão tem que ser demonstrada já na inicial. A prova será feita com o título eleitoral ou com documento que a ele seja equivalente” (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 32ª ed., 2018, p. 1.203) (g.n.);*

“A legitimidade para propositura da ação popular é do cidadão, ou seja, o indivíduo que se encontra no pleno gozo de seus direitos políticos ativos (capacidade de votar). O autor da ação popular, por isso, deve instruir a petição inicial com o título de eleitor (art. 1º, § 3º, da Lei 4.717/1965. (...) Admite-se o litisconsórcio ativo, sendo facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular (art. 6º, § 5º, da Lei 4.717/1965). Não possuem legitimidade para utilização da ação popular: a) estrangeiros, (...); b) indivíduos com direitos políticos suspensos (...); c) as pessoas jurídicas (Súmula 365 do STF)” (RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, *Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Método, 5ª ed., 2017, pp. 839/840) (g.n.).*

Perante os Tribunais pátrios também não grassa qualquer dissenso ou mesmo dúvida acerca da impossibilidade de a pessoa jurídica de direito privado permanecer no polo ativo de ação popular, seja em qualquer

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

hipótese, tanto que de há muito a questão já se encontra sumulada perante o Excelso Pretório (STF, Súmula nº 365. *Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular*), seguindo antigo precedente, o que também é acompanhado pelos entendimentos acerca do tema perante o Colendo STJ e este Egrégio Tribunal:

“1) Não é facultada a pessoa jurídica de direito privado a ação popular do art. 141, § 38, da Constituição. 2) Excluída a sociedade autora, deve prosseguir a ação em nome do cidadão que interveio como litisconsorte ativo” (STF, RE nº 52.398/BA, rel. Min. VICTOR NUNES, 2ª Turma, julgado em 17.05.1963) (g.n.);

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO POPULAR – INGRESSO DE ASSISTENTES LITISCONSORCIAIS – POSSIBILIDADE. 1. O art. 6º, § 5º, da Lei n. 4.717/65 estabelece que: ‘É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular’. 2. É possível o ingresso dos assistentes litisconsorciais na ação popular a qualquer tempo, desde que comprovado o requisito da cidadania, mediante cópia dos títulos de eleitor exigida pelo art. 1º, § 3º, da mencionada lei, o que, in casu, ocorreu. 3. Na hipótese dos autos, a assistência é qualificada ou litisconsorcial, porquanto o assistente atua com poderes equivalentes ao do litisconsorte, uma vez que a quaestio iuris em litígio também é do assistente, o que lhe confere a legitimidade para discuti-la individualmente ou em litisconsórcio com o assistido. 4. A assistência litisconsorcial se assemelha ‘a uma espécie de litisconsórcio facultativo ulterior, ou seja, o assistente litisconsorcial é todo aquele que, desde o início do processo, poderia ter sido litisconsorte facultativo-unitário da parte assistida’ (CPC Comentado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, 9ª Edição, Editora RT, p. 235, comentários ao art. 54 do CPC). 5. O simples fato de os assistentes litisconsorciais ostentarem a condição de cidadãos já pressupõe a

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

existência de interesse jurídico na causa, representado pela pretensão de ter um governo probo e eficaz. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no REsp nº 916.010/SP, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, julgado em 19.08.2010) (g.n.);

*“Agravo Interno – Decisão que não conheceu do pedido de suspensão da sentença proferida nos autos da ação popular que declarou a nulidade dos atos administrativos lesivos ao erário, em especial a licitação nº 2.666/2016 (Concorrência nº 006/2016) e consequente contratação pública (Contrato Administrativo de Concessão nº 001/2016 e 1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão nº 001/2016), bem como do Decreto Municipal nº 1.220/2016, confirmando a liminar deferida – **Pedido formulado por pessoa jurídica de direito privado – Interesse público primário não configurado na hipótese – Ausência de legitimidade ativa** – Ainda que se ingressasse no mérito, constatar-se-ia ausência dos requisitos específicos do remédio – Agravo não provido” (TJSP, Alnt nº 2038454-20.2020.8.26.0000/50000, rel. Pres. Des. PINHEIRO FRANCO, Órgão Especial, julgado em 19.08.2020) (g.n.);*

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO POPULAR – Decisão que fixou o prazo de 60 dias para a apresentação de informações relativas à ‘parceria’ entabulada entre o Banco Nossa Caixa e a Visa Vale, baseada em solicitação elaborada por pessoa jurídica que pleiteou o ingresso como assistente no polo ativo de ação popular, sem que houvesse manifestação judicial sobre o cabimento – Ausência de fundamentação mínima, apta a embasar a solicitação das informações – Informações que extrapolam o objeto da ação popular – **Illegitimidade da pessoa jurídica para figurar como autor, assistente ou litisconsorte em ação popular** – Art. 5º, § 6º da Lei 4.715/65 – **Indispensável a qualidade de cidadão** – Súmula 365 do STF – Decisão reformada. Recurso provido”*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

(TJSP, AI nº 0112730-71.2011.8.26.0000, rel. Des. MARIA LAURA TAVARES, 5ª Câmara de Direito Público, julgado em 24.10.2011) (g.n.).

Para finalizar, também não socorre ao CONSÓRCIO PSD-SP a aplicação do § 3º do art. 6º da LAP (“a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”) pela singela razão de que o ato objeto de impugnação pelo autor DARCIO CANDIDO BARBOSA não foi perpetrado pelo CONSÓRCIO PSD-SP, consistente na “contratação, exacerbadamente onerosa, de empresa para a elaboração de projeto executivo, fornecimento e implantação de portas de plataforma, simulador de testes e centros de monitoramentos para as linhas metroviárias da Ré, sem a observância dos exatos termos do edital de concorrência internacional de nº 10002680” (cf. fls. 02).

Do mesmo modo, igualmente não prevalece a alegação de que o pleito efetuado nestes autos pelo autor interfere no seu próprio interesse jurídico, o que ocorre apenas de modo reflexo, visto que o que se tutela nesta ação popular é somente o interesse público, para o qual não detém legitimidade *ad causam*, tanto assim que o seu interesse processual privado já é discutido e buscado pela possível via do mandado de segurança que entendeu por bem impetrar, em seu pleno exercício ao direito de ação e à inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV; CPC, art. 3º):

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. PEDIDO DE DISTRIBUIÇÃO DE MORADIA. ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. MEIO CONSTITUCIONAL À DISPOSIÇÃO DO CIDADÃO PARA INVALIDA-LO E NÃO PARA OBTER BENEFÍCIO PRÓPRIO. RECURSO NÃO CONHECIDO. DESTINA-SE A AÇÃO POPULAR A COMBATER ATO LESIVO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E NÃO A PROTEGER INTERESSE DE PARTICULARES. NÃO SATISFEITOS OS REQUISITOS BÁSICOS DE

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

ADMISSIBILIDADE, NÃO HÁ COMO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL” (STJ, REsp nº 36.534/DF, rel. Min. HÉLIO MOSIMANN, 2ª Turma, julgado em 14.12.1994) (g.n.).

Sendo assim, *in casu*, recebido o recurso do CONSÓRCIO PSD-SP na qualidade terceiro interessado (fls. 2.673/2.707), afastado o seu ingresso como assistente litisconsorcial do autor, seu recurso resta parcialmente conhecido, e na parte conhecida comporta provimento.

Prosseguindo-se na análise dos demais recursos interpostos pelo METRÔ (fls. 2.552/2.584), por DARCIO CANDIDO BARBOSA (fls. 2.635/2.661) e pelo CONSÓRCIO KOBRA (fls. 2.779/2.797), de início, afastam-se as alegações do CONSÓRCIO KOBRA (cf. fls. 2.786/2.789) acerca da suposta ausência de comprovação dos pressupostos necessários ao ajuizamento desta ação popular, fundada nas alegações de lesão ao patrimônio público e de desvio de finalidade (CF, art. 5º, LXXIII; LAP, art. 2º, ‘e’), posto que – como já ressaltado na r. sentença apelada (fls. 2.541/2.542) –, conforme é do entendimento fixado pelo Excelso STF, em sede de Repercussão Geral sob o Tema nº 836 (CPC, art. 927, III), “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” (g.n.):

“Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa. Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que é condição da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida. 1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A decisão objurada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico. 3. Agravo e recurso extraordinário providos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência” (STF, ARE nº 824.781/MT, rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, RG – Tema nº 836 – Mérito, julgado em 27.08.2015) (g.n.).

Do mesmo modo, afasta-se também a alegação de aplicação da teoria do fato consumado levantada pelo METRÔ (fls. 2.559/2.564), o que importaria na perda do objeto em discussão nos autos, posto que a higidez do saneamento que efetuou no certame licitatório, nos termos do item ‘8.5’ do edital (fls. 51), e do art. 40, § 5º, da LE nº 6.544/1989, já se encontrava *sub judice* antes mesmo da assinatura do contrato administrativo em 29.05.2019 (fls. 1.912/1.976), em razão da impetração dos mandados de segurança ainda em 15.05.2019 (proc. nº 1024234-06.2019.8.26.0053), e naquele mesmo dia 29.05.2019 (proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053), como também por força da ordem de suspensão de sua execução em sede de agravo de instrumento interposto nos autos do mandado de segurança nº 1027166-64.2019.8.26.0000 impetrado pelo CONSÓRCIO PSD-SP, que deferiu parcialmente a medida liminar naqueles autos (TJSP, AI nº 2125126-65.2019.8.26.0000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 11.02.2020; fls. 2.503/2.514); e que, conforme documentos trazidos aos autos do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal promovido pelo autor DARCIO CANDIDO BARBOSA (proc. nº 2094246-56.2020.8.26.0000), e do pedido de atribuição de efeito suspensivo também àquele mandado de segurança nº 1027166-64.2019.8.26.0000 (proc. nº 2067167-05.2020.8.26.0000)⁽²⁶⁾, como já se

⁽²⁶⁾ “**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Inexistência de obscuridade (CPC, art. 1.022, I) – Recurso conhecido e rejeitado**” (TJSP, ED nº 2067167-05.2020.8.26.0000/50000, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado monocraticamente em 15.05.2020); e “**SEGUNDOS**

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

expôs *ad nauseam* naqueles incidentes, lamentavelmente restou descumprida pelos contratantes.

De todo modo, como salientado pelo V. Juízo *a quo* nos autos do mandado de segurança nº 1024234-06.2019.8.26.0053 (fls. 491/492 daquele feito), não há falar na convalidação de eventuais anulabilidades ou nulidades que venham a se confirmar no presente julgamento conjunto das ações conexas, diante do disposto no § 2º do art. 49 da LLic⁽²⁷⁾.

*“Há vínculo lógico-jurídico entre a licitação e o contrato. Portanto, a tardia revelação do vício da licitação produz reflexos sobre o contrato já firmado. A proclamação do vício em momento posterior à assinatura do contrato não impede o desfazimento deste último. Anulada a licitação, a consequência lógica será a anulação do contrato. Em alguns casos, é possível ser retomada a licitação, a partir da fase em que ocorreu o vício. Se tal for inviável, não é cabível transferir para o particular os eventuais efeitos danosos derivados da invalidação” (MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**, São Paulo: RT, 16ª ed., 2014, p. 906) (g.n.).*

Na presente ação popular movida por DARCIO CANDIDO BARBOSA, assim como nas causas que lhe são conexas (CPC, art. 55, § 1º) – os mandados de segurança impetrados pelo CONSÓRCIO TELAR (proc. nº 1024234-06.2019.8.26.0053) e pelo CONSÓRCIO PSD-SP (proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053) –, a controvérsia gira acerca da verificação da higidez do

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Inexistência de contradição (CPC, art. 1.022, I) – Recurso conhecido e rejeitado” (TJSP, ED nº 2067167-05.2020.8.26.0000/50001, rel. Des. CARLOS VON ADAMEK, 2ª Câmara de Direito Público, julgado monocraticamente em 29.05.2020).

(27) Lei nº 8.666/1993, Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. (...) § 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei (g.n.). Vide também: LE nº 6.544/1989, art. 44.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

saneamento promovido pelo METRÔ no âmbito da Concorrência Internacional nº 10002680, com fundamento no item '8.5' do edital do certame (fls. 96), nos §§ 4º e 5º do art. 40 da LE nº 6.544/1989, assim como no § 3º do art. 33 da LLic:

8. PROCEDIMENTO HABILITATÓRIO. (...)

8.5. A critério da Comissão de Licitação e Julgamento, admitir-se-á o saneamento de falhas, desde que os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de inabilitação do proponente e aplicação da multa de 1% do valor do contrato, com previsão legal no § 5º do art. 40 da Lei 6.544/89, sem prejuízo do contraditório e ampla defesa (fls. 51) (g.n.);

LE nº 6.544/1989, Art. 40. *A licitação poderá ser processada e julgada observadas as seguintes etapas consecutivas: (...)*

VI – abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação dos concorrentes cujas propostas tenham sido classificadas até os 3 (três) primeiros lugares; (...)

§ 4º *É facultado à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório, vedada a criação de exigência não prevista no edital.*

§ 5º *Para os efeitos do disposto no inciso VI deste artigo, admitir-se-á o saneamento de falhas, desde que, a critério da Comissão de Licitação, os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de inabilitação do licitante e aplicação da multa prevista no edital (g.n.);*

Lei nº 8.666/1993, Art. 43. *A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...)*

§ 3º *É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo,*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta (g.n.).

Pelo simples cotejo entre as disposições legais do § 4º do art. 40 da LE nº 6.544/1989 (“*é facultado à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório, vedada a criação de exigência não prevista no edital*”) e do § 3º do art. 43 da LLic (“*é facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta*”), verifica-se que elas são praticamente idênticas, diferindo apenas ao final.

Por sua vez, o § 5º do art. 40 da LE nº 6.544/1989, no qual expressamente se funda o item ‘8.5’ do edital, que, além de admitir o saneamento de falhas, expressamente também autoriza a colmatação de eventual elemento faltante – afinal, se algo faltou, ficou ausente, por certo é porque anteriormente já deveria constar do envelope que foi entregue –, ressaltando apenas a necessidade de respeito ao exíguo prazo assinado de apenas 3 (três) dias, que, em relação ao CONSÓRCIO KOBRA, diga-se desde já, foi respeitado (LE nº 6.544/1989, art. 84, par. ún.; LLic, art. 110, par. ún.), visto que, conforme os referidos dispositivos, na contagem dos prazos, que só se iniciam e vencem em dias de expediente no órgão ou na entidade, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento.

Nestes termos, é fato que o referido § 5º do art. 40 da LE nº 6.544/1989, na sua atual redação dada pela LE nº 13.121/2008 (art. 1º), inclusive expressamente mencionado no item ‘8.5’ do edital, se encontra em vigor, é aplicável ao caso em tela, e goza de presunção de constitucionalidade, cujo eventual afastamento por este órgão fracionário, sem prévia declaração de inconstitucionalidade pelo órgão competente, implicaria em evidente violação à cláusula de reserva de plenário, nos termos da Súmula Vinculante nº 10 do Excelso STF, segundo a qual “*viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Nesta altura, não é despiciendo anotar ainda, como já antes mencionado, que, submetido aos preceitos Lei nº 13.303/2016 (cf. art. 40), o METRÔ estatuiu ainda seu regulamento interno de licitações que, à época deste certame, em seu então vigente art. 68⁽²⁸⁾ previa que *“em qualquer fase da licitação e de seus procedimentos auxiliares é possível a realização de diligência destinada a sanear, esclarecer ou a complementar a instrução do processo, inclusive sendo admitida a apresentação de documento novo”*, o que ainda se repetiu nos regulamentos seguintes (art. 82).

Lado outro, como é cediço, as licitações, assim como todos os atos administrativos, também são regidas pelos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (CF, art. 37, *caput*), e devem assegurar *“igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”*, nas quais somente se permitirá *“as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”* (CF, art. 37, XXI) (g.n.).

⁽²⁸⁾ Cf. **Regulamento de Licitações, Contratos e demais ajustes da Companhia do Metropolitan de São Paulo – METRÔ (2018), Art. 68.** *Em qualquer fase da licitação e de seus procedimentos auxiliares é possível a realização de diligência destinada a sanear, esclarecer ou a complementar a instrução do processo, inclusive sendo admitida a apresentação de documento novo.* § 1º O procedimento será instaurado pela autoridade da licitação, por iniciativa própria ou a pedido da EQUIPE DE APOIO, devendo ser descrita a forma pela qual serão realizadas as diligências. § 2º A diligência poderá ser realizada in loco, por carta ou e-mail, por contato telefônico, por consultas à Internet ou ao mercado específico, bem como por qualquer outro meio idôneo apto a esclarecer a dúvida suscitada. § 3º O registro das diligências realizadas in loco deverá conter, minimamente, o local, a data e o horário da visita, o nome e a função da(s) pessoa(s) responsável(is) pelo local vistoriado, bem como todas as informações colhidas. § 4º A carta ou e-mail enviado e o documento recebido em resposta deverão ser anexados ao processo administrativo. § 5º O registro das diligências realizadas por contato telefônico deverá conter a indicação da data da ligação, do número de telefone contatado, do nome e função da pessoa contatada, bem como de todas as informações colhidas. § 6º As consultas realizadas pela Internet e as consultas ao mercado específico, em sede de diligência, deverão ser anexadas ao respectivo processo administrativo (g.n.) (cf. <http://www.metro.sp.gov.br/metro/licitacao/regulamento.aspx>; <http://www.metro.sp.gov.br/pdf/licitacao/lei-13303/regulamento.pdf>).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Inspiradas nos exatos limites impostos pela Constituição Federal, tanto a lei geral federal (Lei nº 8.666/1993 – LLic, art. 3º), quanto a lei estadual aplicável ao presente caso (LE nº 6.544/1989, art. 3º), seja repetindo o que já consta do texto fundamental, seja explicitando suas diretrizes (CF, art. 37, *caput*, e inc. XXI), complementam-se e estabelecem, entre outros princípios correlatos (entre eles o da razoabilidade), as garantias à isonomia entre os proponentes, à seleção da proposta mais vantajosa para a administração (princípio que também possui íntima ligação com a busca da satisfação do interesse público, e se constitui no fim precípua de ambas as normas), ao julgamento objetivo, e à vinculação ao instrumento convocatório (o edital, a “*lei interna*”, “*matriz da licitação e do contrato*”, não se podendo nada “*exigir ou decidir além ou aquém do edital*”)⁽²⁹⁾, vedada ainda a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório (cf. LLic, art. 3º, § 1º, I; LE nº 6.544/1989, art. 3º, § 1º).

Deste modo, no exercício da possibilidade de saneamento das falhas constatadas, e em acatamento aos princípios que regem as licitações de um modo geral, entre eles o da razoabilidade⁽³⁰⁾, como se mencionou,

⁽²⁹⁾ Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 15ª ed., 2010, pp. 166/167.

⁽³⁰⁾ *“Um aspecto relevante que não pode ser deixado de lado na análise dos princípios é a aplicação da razoabilidade. Conforme foi abordado, em tese de doutorado, a razoabilidade deriva, no fundo, muito mais de uma exigência jurídica de racionalidade e de ponderação no sopesamento entre princípios, do que de um princípio propriamente dito, apesar de sua previsão legal como princípio, por exemplo, no art. 2º da Lei 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), o que não descaracteriza a essência de sua natureza jurídica. Existem diversas orientações acerca da natureza jurídica da razoabilidade, que associamos à reflexão aberta pela proporcionalidade: há os que a enxergam, seguindo a terminologia legal, como um princípio; há, por outro lado, os que a colocam acima dos princípios, como um expediente que desempenha função metanormativa na resolução do conflito entre princípios, nesta perspectiva, ela é vista como o ‘princípio dos princípios’; outros a consideram, ainda, um postulado ou método; sendo, por fim, associada à prudência ou juízo de equidade. (...) Mesmo que a Lei de Licitações, como processo especial, não siga o formalismo moderado, pois a formalidade é observada, por exigência expressa da lei, com maior rigor, conforme visto, ainda assim não se afigura razoável supor que a aplicação da lei deva ser feita a partir de eventual excesso de formalismo, pois esta atitude pode ter o condão de afastar do certame licitantes idôneos e com boas práticas em suas atividades empresariais. No fundo, o irrazoável, incluindo-se também no conceito o desproporcional, é algo que tanto se relaciona estruturalmente com o excesso como com a falta. No caso da licitação: não há só o excesso de formalismo, mas também a ausência do certame ou a sua dispensa em circunstância não autorizada por lei pode indicar uma conduta infundada ou irrazoável por parte da Administração Pública. (...) Não se pode mais aplicar de forma isolada a cláusula prevista no final do inc. XXI do art. 37 da CF/1988, segundo a qual, na licitação,*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

conforme se verifica dos documentos carreados aos autos desta ação, bem como das ações que lhe são conexas, pelas partes envolvidas, a Comissão de Licitação, (i) por meio do Relatório Técnico GPF-017/2019, de 20.03.2019, solicitou a todas as empresas integrantes dos CONSÓRCIOS PSD-SP, KOBRA e TELAR a atualização de suas demonstrações contábeis referentes ao exercício social de 2018, para fins de qualificação econômico-financeira; assim como, (ii) através da Ata de Reunião, de 04.02.2019, solicitou aos CONSÓRCIOS PSD-SP, KOBRA e TELAR a prestação de esclarecimentos e informações acerca dos respectivos atestados comprobatórios de qualificação técnica que haviam apresentado; como ainda (iii) por meio do Parecer JUC/CLA nº 139/2019, produzido pela Gerência Jurídica do METRÔ, em análise dos documentos apresentados para fins de habilitação jurídica, “*consideradas as não conformidades na documentação apresentada pelos CONSÓRCIOS PSD-SP, KOBRA e TELAR (...), submete-se à Comissão de Licitação, para que pondere sobre a possibilidade de admitir o saneamento das falhas listadas (...), nos termos do item 8.5 das Condições Específicas do Edital*”; o que envolveu, como se pôde verificar, os 3 (três) consórcios classificados na sessão pública de 23.11.2018, conforme consta da síntese do processo licitatório, sem que se possa falar em benefício ou detrimento de qualquer um dos consórcios proponentes, mas sim na necessidade vislumbrada pela Comissão de Licitação de sanear todas as falhas verificadas nos documentos que lhe foram apresentados:

“Os esclarecimentos e as diligências referidos no art. 43, § 3º, não são previstos como instrumento de defesa dos interesses dos licitantes. Trata-se de uma atividade desenvolvida no interesse da entidade que realiza a licitação. A finalidade da diligência é assegurar a eliminação de propostas defeituosas e não satisfatórias e a preservação daquelas que atendam às exigências legais e editalícias. Portanto, a realização de

*somente se permitirá ‘as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’, uma vez que o novo objetivo da licitação transforma o instituto também em um meio de realização planejado do desenvolvimento nacional sustentável, o que está em sintonia, acrescentando-se, com uma série de outras determinações emanadas da Constituição” (IRENE PATRÍCIA NOHARA, **Tratado de Direito Administrativo – Licitação e Contratos Administrativos**, vol. 6, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2ª ed. e-book baseada na 2ª ed. impressa, 2019, Parte I, Cap. 8, item 10) (g.n.).*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

*diligência que conduz à admissão da participação de um licitante, superando dúvidas iniciais sobre o preenchimento de requisitos exigidos, realiza o interesse de ampliar o número de licitantes. Não se trata de beneficiar aquele licitante. O mesmo raciocínio se aplica aos casos em que a diligência conduzir à exclusão do licitante: a finalidade da decisão não é beneficiar os demais licitantes, mas assegurar o interesse de excluir do certame competidores destituídos dos requisitos necessários. Essa ponderação é fundamental porque fornece os limites para a autonomia da autoridade julgadora na apreciação do cabimento da diligência” (MARÇAL JUSTEN FILHO, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993**, São Paulo: RT, 16ª ed., 2014, pp. 804/805) (g.n.).*

Inclusive, não é irrelevante observar que em hipótese na qual todos os proponentes, após a análise dos documentos apresentados para fins de habilitação, restassem desqualificados, como alegou o METRÔ ocorreria nessa hipótese, seja pelo motivo que fosse (inabilitação jurídica, técnica ou econômico-financeira), caberia até mesmo a aplicação de solução ainda mais drástica do que o amplo saneamento promovido no certame, mediante a aplicação não do item ‘8.5’ do edital, mas sim do seu item ‘8.8’, em consonância com o estatuído tanto § 3º do art. 48 da LLic, quanto no par. ún. do art. 43 da LE nº 6.544/1989 (muito embora esta última regra se refira apenas a caso de desclassificação, talvez até por eventual lacuna técnica do legislador estadual), permitindo assim a apresentação de novos documentos pelos proponentes que ainda restarem no certame em todas as frentes:

8. PROCEDIMENTO HABILITATÓRIO. (...)

8.8. Quando todas as propostas forem desclassificadas ou todas as PROPONENTES forem inabilitadas, a COMPANHIA DO METRÔ poderá fixar às PROPONENTES o prazo de 8 (oito) dias úteis para apresentação de nova documentação ou outras propostas escoimadas das causas referidas neste item (fls. 51);

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Lei nº 8.666/1993, Art. 48. *Serão desclassificadas: (...)*

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis (g.n.);

LE nº 6.544/1989, Art. 43. *Serão desclassificadas: (...)*

Parágrafo único. Quando todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de 8 (oito) dias úteis para apresentação de outras escoimadas das causas referidas neste artigo (g.n.);

“Se todos os participantes forem inabilitados, situação denominada de licitação fracassada, a Administração pode dar-lhes o prazo de oito dias (ou de três, no convite) para que apresentem nova documentação. Trata-se de regra contida nos seguintes termos, empregados pelo § 3º do art. 48 da Lei, com a redação da Lei 9.648/1998: ‘Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis’” (IRENE PATRÍCIA NOHARA, *Tratado de Direito Administrativo – Licitação e Contratos Administrativos*, vol. 6, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2ª ed. e-book baseada na 2ª ed. impressa, 2019, Parte I, Cap. 11, item 2) (g.n.);

“Os procedimentos adotados na licitação devem observar fielmente as normas contidas na legislação (art. 4º da Lei 8.666/1993). O referido princípio decorre do princípio

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

*constitucional do devido processo legal. É oportuno ressaltar que o princípio do procedimento formal não significa excesso de formalismo. Não se pode perder de vista que a licitação é um procedimento instrumental que tem por objetivo uma finalidade específica: celebração do contrato com o licitante que apresentou a melhor proposta. Por esta razão, a legislação tem flexibilizado algumas exigências formais, que não colocam em risco a isonomia, com o intuito de garantir maior competitividade. Exemplos: quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar prazo para que os licitantes apresentem nova documentação ou outras propostas (art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993); nas licitações para formalização de PPPs, o edital pode prever a 'possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório' (art. 12, IV, da Lei 11.079/2004); as microempresas e empresas de pequeno porte podem corrigir falhas nos documentos de regularidade fiscal e trabalhista (art. 43, § 1º, da LC 123/2006, alterado pela LC 147/2014) etc." (RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, **Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo: Método, 7ª ed., 2018, pp. 32/33) (g.n.).*

Corroborando com esse entendimento, **CARLOS ARI SUNDFELD**, em elucidativo parecer publicado acerca da “*viabilidade do saneamento de falhas documentais na licitação para concessão comum com inversão de fases*”, entende que “*a proibição de juntada de novos documentos (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993) não prevalece em diligência na fase de habilitação de concessão comum com inversão de fases, sendo-lhe aplicável, por identidade de razão, a autorização para saneamento de falhas documentais do art. 12, IV, da Lei 11.079/2004 – Lei de PPP*” – entendimento esse que também pode ser estendido a outros certames com inversão de fases, como ocorreu na Concorrência Internacional nº 10002680 sub

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

examine, igualmente regida pela LE nº 6.544/1989, e, portanto, submetida ao preceito do § 5º do seu art. 40 –, que, nesta altura, comporta parcial transcrição, *in verbis*:

“A principal tese contrária à habilitação da consulente advoga que o § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993 impede a juntada de novos documentos, após a entrega dos documentos de habilitação e proposta. (...) O suposto descumprimento dessa regra também afetaria, segundo alegado, o princípio da isonomia. Aceitar o saneamento de falhas por meio da juntada de cartas, atestados ou quaisquer documentos previstos no edital constituiria quebra de ‘regra de ouro’ da licitação, a isonomia, que impõe tratamento igualitário a todos os licitantes. Tem-se por pressuposto que essa igualdade seria violada se a comissão abrisse a oportunidade de saneamento dessas falhas formais. Teme-se o tratamento privilegiado de uns (aqueles que não cumpriram integralmente as exigências) em detrimento de outros (dos que cumpriram integralmente as exigências ou dos que, não havendo cumprido, não tiveram oportunidade de sanar suas falhas). Todavia, as objeções não procedem. (...), levando-se em conta o procedimento adotado pelo edital, a legislação federal e estadual aplicável, bem como a natureza da incompletude sanada, a decisão da comissão de licitação foi plenamente válida. (...) O formalismo deixou de ser um dogma nas licitações brasileiras. É certo que a nossa tradição legislativa em matéria de licitação, no ambiente da Lei 8.666/1993, prestigiou por demais os aspectos formais em detrimento da realidade (verdade material). A regra era a da quase absoluta intransigência na análise e confrontação dos documentos habilitatórios. A habilitação era sempre a fase inicial – e eliminatória – de todos os certames. Como se sabe, no esquema procedimental da Lei 8.666/1993, só os licitantes habilitados poderiam ter conhecidas suas propostas. Quem não atendesse de modo absolutamente preciso às exigências do edital não teria sequer sua proposta analisada e os envelopes contendo suas propostas (técnica e econômica) deveriam ser

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

devolvidos ainda lacrados. (...) Todavia, a experiência demonstrou que o formalismo não atende a todas essas expectativas. Fraudes, contratações temerárias, aconteceram e acontecem, não obstante a aplicação – às vezes cega – do maior rigor possível na análise das mais insignificantes filigranas. De outro lado, os malefícios desse excessivo rigor começaram a brotar. (...) A constatação dessa realidade fez com que fosse implantada, embora de modo assistemático, uma verdadeira revisão legislativa no paradigma das licitações no Brasil. A legislação passou, paulatinamente, a substituir o formalismo infrutífero pela verdade material. Resgatou-se o objetivo primordial das licitações, que é a obtenção da melhor proposta, entre aqueles que, de fato, apresentem condições de contratar. O marco dessa nova tendência surgiu com a Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472, de 16.07.1997. Referida lei adotou um sistema próprio de licitações para a agência reguladora criada para o setor e também para as outorgas dos serviços de telecomunicações. Foi nesse âmbito que foi criado o pregão, nova modalidade de licitação, que instituía uma inversão de fases em relação ao padrão adotado na Lei 8.666/1993. A inversão de fases traz para o início do procedimento a análise e julgamento das propostas, deixando para o fim a verificação do atendimento às exigências de habilitação. Esse método, como se sabe, foi estendido para toda a Administração Pública posteriormente. As modificações trazidas pela regulamentação de telecomunicações não ficaram apenas nas contratações de natureza ordinária (bens e serviços comuns adquiridos pela agência). A resolução que disciplinou as licitações para outorgas de serviços de telecomunicações também admitiu a inversão de fases e mais: previu expressamente, pela primeira vez, a possibilidade de os licitantes sanarem falhas formais encontradas na sua documentação habilitatória ou na proposta. A regulamentação deixou expressa uma decorrência necessária da mudança feita com a inversão de fases. Ao romper o dogma de que a Administração só poderia abrir a proposta de quem tivesse

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

atendido, minuciosamente, às exigências de habilitação do edital, deixou de ter sentido aquela restrição contida na parte final do § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993, que impedia de modo absoluto a juntada de documentos que deveriam constar originalmente na proposta. (...) Esse exemplo isolado apresentou resultados positivos e foi amplificado pelo legislador nacional. A alteração legal mais visível foi, sem dúvida, a já mencionada criação da modalidade pregão, para as contratações de bens e serviços comuns. Estendida à Administração Pública Federal por força de medida provisória, ganhou abrangência geral, para todos os entes federativos, a partir da edição da Lei 10.520, de 17.07.2002. Mas não foi só. O prestígio dado à verdade material nas licitações públicas também chegou aos procedimentos envolvendo concessões. A primeira mudança veio com a Lei 11.079, de 30.12.2004 (Lei de PPP), que criou mais duas espécies de concessão: a patrocinada e a administrativa. Referida lei instituiu regras próprias para o procedimento licitatório a ser adotado em tais contratações. A modalidade a ser aplicada seria a concorrência (com raiz na Lei 8.666/1993), mas com regras próprias, que mudaram consideravelmente seu perfil original. (...) A instituição da inversão de fases contempla, naturalmente, uma maior tolerância procedimental em relação à verificação do atendimento dos requisitos habilitatórios. Aceita-se conhecer a proposta de todos, antes de qualquer verificação, com o evidente intuito de se prestigiar a obtenção da melhor proposta. Diante dessa opção procedimental, a rigidez na verificação de requisitos formais seria absurda. A correção de falhas ou omissões, que não alterem o sentido original do proposto, é uma decorrência dessa opção pela verdade real, isto é, pela verificação dos efetivos atributos do proponente e não apenas do rol de documentos que ele foi capaz de organizar e entregar na data aprazada. (...) Em suma: nas licitações invertidas, iniciadas com o julgamento das propostas e terminadas com a análise dos documentos de habilitação apenas do autor da melhor proposta, não tem qualquer sentido ou utilidade o rigor

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

procedimental que leve à automática inabilitação desse licitante por conta de simples falta documental. O relativo informalismo procedimental na fase de habilitação, com oportunidade para o saneamento de falhas documentais, é o que melhor se coaduna com a lógica da licitação invertida. A Lei de PPP trouxe para o universo das concessões a consagração legal dessa ideia como norma geral – a qual, por identidade de razão, tem de ser aplicada a todas as licitações de concessão. Assim, há em vigor, atualmente, uma norma geral das licitações com inversão de fases para outorga de concessões: a norma que confere à comissão a competência para, na fase de habilitação, abrir prazo para o autor da melhor proposta sanear simples falhas documentais. Nesse ponto, as normas especiais que regem as licitações para concessões criam uma diferença procedimental significativa em relação às normas previstas na Lei 8.666/1993. Para se adequar à maior flexibilização prevista nas licitações de concessões, é inevitável que alguns dispositivos da Lei Geral de Licitações deixem de ser aplicados. É o caso, por exemplo, da sequência de fases prevista nos incisos do art. 43, que se mostra totalmente inapropriada quando se adota a inversão de fases. Do mesmo modo, não cabe aplicação, diante da previsão de saneamento de falhas, da rigorosa vedação estabelecida na parte final do § 3.º do mesmo art. 43: ‘vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta’. Se a legislação especial passou a permitir o saneamento de falhas e a complementação de insuficiências, por óbvio, deixou de ser proscrita a inclusão de documentação nova, como faz a Lei 8.666/1993 para suas licitações ordinárias. No caso em tela, é fundamental lembrar ainda da lei paulista de licitações (Lei 6.544, de 22.11.1989), que, seguindo essa tendência à flexibilização dos rigores formais dos procedimentos licitatórios, passou a prever expressamente, a partir da nova redação que lhe foi dada pela Lei 13.121, de 07.07.2008, o saneamento de falhas (art. 40, § 5º). A ausência de referência expressa dessa lei paulista na legislação indicada

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

pelo edital como aplicável à licitação não suprime, por óbvio, sua vigência. Trata-se de lei válida, vigente e, por isso, plenamente aplicável aos procedimentos licitatórios realizados no âmbito da administração estadual, inclusive para concessões. A referida lei conferiu às comissões paulistas de licitação a atribuição de, na realização de diligências, admitir o saneamento de falhas, desde que, a seu critério, os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de três dias. A lei paulista instituiu regra que pauta o exercício da discricionária competência de conduzir uma diligência elucidativa. Como tal, é plenamente aplicável, independentemente de menção expressa no edital. Tudo o que foi acima demonstrado indica que, sob o ponto de vista da legislação aplicável à matéria, é plenamente justificável a abertura de diligência para sanar falhas da documentação apresentada por licitante que oferecera a melhor proposta. Trata-se de providência perfeitamente compatível com a legislação de concessões e com a legislação paulista de licitações. Tais normas afastam, para o presente tipo de certame, a restrição contida na parte final do § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993. (...) A suposta ofensa ao princípio da isonomia, pelo simples fato de se aceitar a correção de falhas formais da proposta, tornou-se uma espécie de lugar-comum dos adeptos do antigo rigor formalista das licitações brasileiras. Alega-se que, com a possibilidade do saneamento, a comissão de licitação teria oportunidade de, subjetivamente, conceder tratamento mais flexível ou mais rigoroso na aplicação dessa diligência, ao seu bel prazer, expondo a risco a objetividade e a igualdade de encargos e tratamento que devem estar presentes no certame. Esse risco de tratamento diferenciado a licitantes, contudo, não decorre minimamente da admissibilidade de saneamento de falhas formais. É óbvio que, na aplicação da regra, deve existir absoluta imparcialidade por parte das autoridades condutoras do certame. Aliás, assim deve ser com a aplicação de qualquer regra licitatória. A realização de diligências para esclarecer dúvidas, juntamente

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

*com outras decisões a cargo da Administração – como a própria verificação de exequibilidade das propostas, a aferição da conveniência de homologar ou revogar a licitação diante de fato novo (art. 49 da Lei 8.666/1993), entre vários outros exemplos – devem ser norteadas pela impessoalidade. É claro que, havendo desvio de conduta dos agentes públicos, quaisquer dessas decisões podem ser maculadas por perseguições ou favorecimentos escusos. Todavia, não é por admitir certo grau (inafastável na maior parte dos casos) de intervenção volitiva do agente que a competência deva ser afastada do processo licitatório. A questão é examinar se, no caso concreto, houve ou não tratamento discriminatório aos licitantes. A regra que permite a realização de diligências, com correção de falhas, está posta legalmente e prevista no edital. Vale para todos. E assim deve ser aplicada. Não há qualquer favorecimento na sua adoção. Não procede a alegação, própria de quem não venceu a disputa econômica, de que se sente prejudicado por ter cumprido tudo o que exigia o edital, enquanto o vencedor da disputa estaria sendo beneficiado por sanar seus vícios posteriormente. A possibilidade de saneamento de falhas é direito de todos os licitantes. Abstratamente, quando se inicia o procedimento, todos sabem da possibilidade, encartada na legislação aplicável, de a comissão determinar a realização de diligências. A regra, como não poderia deixar de ser, vale para todos. No entanto, dado o procedimento adotado, que prevê a análise da documentação apenas do autor da melhor proposta, a regra será aplicada, em princípio, apenas a este licitante. Não há, como se vê, qualquer violação à isonomia na adoção, em tese, da correção de falhas durante a realização de diligências por parte da comissão de licitação” (CARLOS ARI SUNDFELD, **Viabilidade do Saneamento de Falhas Documentais na Licitação para Concessão Comum com Inversão de Fases ‘in’ Pareceres – Licitação, Processo Administrativo, Propriedade**, vol. 3, São Paulo: RT, 2013, pp. 147/158) (g.n.).*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Na verdade, diferentemente do que se pugnou no parecer transcrito, nem mesmo é o caso de se falar em afastamento da restrição contida na parte final do § 3º do art. 43 da LLic na espécie, visto que o edital do certame expressamente previu a possibilidade de saneamento (item '8.5'), mediante manifesta alusão ao § 5º do art. 40 da LE nº 6.544/1989, na redação do art. 1º da LE nº 13.121/2008, o que se encontra não apenas em sintonia com o princípio da vinculação ao edital (cf. LLic, arts. 3º e 41; LE nº 6.544/1989, arts. 3º e 38)⁽³¹⁾, mas também representa seu inegável atendimento.

No presente caso, em que se ponderou pela necessidade de se obter *“maior segurança do processo licitatório, em relação à saúde e solidez financeira das empresas”*, mediante a determinação formulada indistintamente aos 3 (três) consórcios proponentes que restaram classificados para a fase de habilitação (os CONSÓRCIOS PSD-SP, KOBRA e TELAR), dos balanços patrimoniais e demais demonstrativos financeiros referentes ao exercício de 2018 de todas as empresas que os constituem – visto que, anteriormente, haviam entregue seus documentos de qualificação econômico-financeira juntamente com suas propostas comerciais somente em 23.11.2018, após o adiamento da sessão pública, e, portanto, naquela oportunidade, apresentaram documentos relativos ao exercício social de 2017, nos termos do disposto no item '5.3.2.5' e subitens '5.3.2.5.1' e '5.3.2.5.5' do edital, e nos arts. 1.065 e 1.078, I do CC⁽³²⁾, conforme se verifica do Parecer JUC/CLN nº 387/2019 (fls. 617/624), bem como do Parecer JUC/CLN nº 403/2019 (fls. 210/227) –, tal determinação, em aplicação ao item '8.5' do edital e ao § 5º do art. 40 da LE nº 6.544/1989, não se mostra apartada dos já aludidos princípios informadores da licitação, e de forma alguma contrasta com o inc. I do art. 31 da LLic⁽³³⁾, tendo em vista

⁽³¹⁾ **Lei nº 8.666/1993, Art. 41.** *A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. LE nº 6.544/1989, Art. 38.* *A administração não pode descumprir as normas e condições do edital, a que se acha estritamente vinculada.*

⁽³²⁾ **CC, Art. 1.065.** *Ao término de cada exercício social, proceder-se-á à elaboração do inventário, do balanço patrimonial e do balanço de resultado econômico. (...) Art. 1.078.* *A assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de: I – tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico.*

⁽³³⁾ **Lei nº 8.666/1993, Art. 31.** *A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: I – balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados*

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

a supremacia do interesse público em jogo, conforme bem esclarece **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**, em já antigo estudo doutrinário publicado sobre “o edital nas licitações”, mas que aqui pode ser rememorado em razão de suas considerações, visto que:

“(…) se as razões que determinam o estabelecimento dos índices de capacitação técnica e financeira descansam exata e precisamente na necessidade de subtrair a obra dos riscos ligados à incapacidade técnica ou financeira, não pode ser adotado um critério ou mecanismo de exclusão antecipada que vá além do estritamente necessário para garantir a segurança que se pretende. Ora, esta segurança, e tranquilidade quanto à capacidade de alguém para enfrentar tal compromisso, está relacionada, de um lado, com o vulto do empreendimento e, de outro, com o momento em que o interessado se apresenta (não em época pretérita). Em suma: a capacidade para assumir a obra – fator justificativo dos critérios de habilitação – determina-se por um potencial correlato aos encargos pedidos. Demais disso, determina-se por um potencial atual e não por um potencial anterior. Como a liberdade discricionária não pode ser exercida para fora da razão que a justifique, há de se entender que não se estende até o ponto de fixar índices da capacitação divorciados do montante dos compromissos previstos. Também não se alarga ao ponto de escolher um momento de aferição de capacidade descoincidente com a época em que esta seja relevante para garantia do interesse em nome do qual foi outorgada a discricção. Demais disso, afronta, à escala vista, os interesses e finalidades que devem nortear a licitação, pois reduz inutilmente o número de possibilidades de um negócio vantajoso para a promotora do certame. Assim, por exemplo, a fixação de um capital mínimo

na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta. Vide também: LE nº 6.544/1989, art. 27, § 3º.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

integralizado, à guisa de demonstrativo da capacidade financeira para um dado pleito, relaciona-se com o momento do certame e não com ocasiões anteriores. Com efeito: remetê-la a um instante é demasia inútil, pois conduz a um único resultado jurídico – antagônico à finalidade da licitação – qual seja, excluir da disputa interessados que poderiam enfrentar os encargos da obra sem riscos. Pretender que este requisito já deva estar preenchido em data prévia, anterior ao momento estabelecido para comprovação da idoneidade financeira – ‘verbi gratia’, seis meses antes do edital ou, à época do edital – é decisão gratuita que não se relaciona logicamente com a necessidade a ser satisfeita. Com isto nenhuma segurança se agrega além daquela que poderia ser obtida pela aferição da idoneidade em momento contemporâneo ao instante da comprovação da habilitação. E, reversamente, causa-se um duplo desproveito: à promotora do certame, que contará com afluência menor, e aos interessados em licitar, que ficarão marginalizados, sem que concorra causa substante para justificar esta eliminação. Estes resultados, porque agressivos à isonomia e desbordantes da discricionariedade, na medida em que desconhecem a finalidade que a alimenta, desembocam em situação desamparada de fomento jurídico” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, O Edital nas Licitações, ‘in’ RDP 39-40/26-37 – Jul/Dez de 1976) (g.n.).

Nesse compasso, em sentido oposto ao entendimento adotado pelo V. Juízo *a quo*, não se vislumbram vulnerações aos princípios da licitação (LLic, arts. 3º e 41; LE nº 6.544/1989, arts. 3º e 38) na adjudicação do objeto do certame ao CONSÓRCIO KOBRA, havendo o amplo saneamento promovido pelo METRÔ (cf. item ‘8.5’ do edital; LE nº 6.544/1989, art. 40, § 5º) – que não se limitou somente à questão atinente à qualificação econômico-financeira dos consórcios proponentes aqui também tratada, como antes visto –, buscado a segurança do certame e o pleno atingimento do interesse público, mediante à seleção da proposta mais vantajosa à Administração.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Na jurisprudência, em análise à possibilidade de saneamento nas licitações, já se decidiu no Colendo STJ e neste Egrégio Tribunal no seguinte sentido:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DAS ATIVIDADES INERENTES AOS CEMITÉRIOS. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. CAPITAL SOCIAL MÍNIMO ESCRITURADO. ART. 55, VI E XIII DA LEI Nº 8.666/93. SANEAMENTO POSTERIOR. NULIDADE DO CONTRATO NÃO DECRETADA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. 1. Os princípios que norteiam os atos da Administração Pública, quando em confronto, indicam deva prevalecer aquele que mais se coaduna com o da razoabilidade. 2. No balanceamento dos interesses em jogo, entre anular o contrato firmado para a prestação de serviços de recuperação e modernização das instalações físicas, construção de ossuários, cinzários, crematório e adoção de medidas administrativas e operacionais, para a ampliação da vida útil dos 06 (seis) cemitérios pertencentes ao Governo do Distrito Federal, ou admitir o saneamento de uma irregularidade contratual, para possibilitar a continuidade dos referidos serviços, in casu, essenciais à população, a última opção conspira em prol do interesse público. 3. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios objetivando a decretação de nulidade do contrato celebrado com a empresa vencedora da Licitação realizada pela Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – NOVACAP para a Concessão de Serviços Públicos precedido de Obra Pública sobre imóvel do Distrito Federal nº 01/2002 (administração dos cemitérios do DF), ao argumento de que a inobservância do capital social mínimo exigido do edital de licitação, não configura mera irregularidade, ao revés, constitui vício grave capaz de nulificar o Contrato Administrativo, mercê de violar o

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

disposto no art. 55, incisos VI e XIII, da Lei 8.666/93. 4. O princípio da legalidade convive com os cânones da segurança jurídica e do interesse público, por isso que a eventual colidência de princípios não implica dizer que um deles restará anulado pelo outro, mas, ao revés, que um deles será privilegiado em detrimento do outro, à luz das especificidades do caso concreto, mantendo-se, ambos, íntegros em sua validade. 5. Outrossim, convém ressaltar que a eventual paralisação na execução do contrato de que trata a presente demanda, relacionados à prestação de serviços realizada pelos 06 (seis) cemitérios pertencentes ao Governo do Distrito Federal, coadjuvado pela impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação dos referidos serviços, em razão da desmobilização da infraestrutura estatal, após a conclusão do procedimento licitatório in foco, poderá ensejar a descontinuidade dos serviços prestados pela empresa licitante, em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais. 6. In casu, merece destaque as situações fáticas assentadas pelo Tribunal a quo, insindicáveis nesta Corte, assim sintetizadas: (a) o procedimento licitatório, realizado pela Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – NOVACAP, teve como vencedor o Consórcio DCB, formado pelas empresas Dinâmica – Administração, Serviços e Obras Ltda.; Contil – Construção e Incorporação de Imóveis Ltda.; e Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda., o qual, antes da assinatura do contrato administrativo, valendo-se de permissivo legal, constituiu a empresa denominada Campo da Esperança Serviços Ltda.; (b) o Consórcio DCB, vencedor do procedimento licitatório sub examine, comprovou todos os requisitos para participação no certame, inclusive, a exigência do capital mínimo, de R\$ 1.438.868,00 (um milhão, quatrocentos e trinta e oito mil, oitocentos e sessenta e oito reais); (c) a empresa Campo da Esperança Serviços Ltda, criada para substituir o consórcio vencedor do certame, inobstante obrigada ao cumprimento das exigências editalícias nos mesmos moldes do vencedor, mormente no que se refere

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

ao valor do capital mínimo, foi constituída, inicialmente, com capital de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o qual foi majorado para R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), mediante alteração dos seus atos constitutivos, e, posteriormente, ampliado para R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), em razão do cumprimento da decisão proferida pelo Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, com supedâneo no art. 798 do CPC, consoante se verifica da decisão de fls. 334/344. **7. Deveras, o Ministério Público Federal, na qualidade de custos legis, destacou que: ‘o princípio da continuidade dos serviços públicos admite o saneamento de uma irregularidade contratual, no intuito de atingir o interesse público. Correta a decisão do Tribunal a quo que entendeu possível a correção posterior de uma exigência prevista no edital de licitação (capital social mínimo de empresa) para preservar o bem comum dos administrados’ (fl. 662) 8. Recurso Especial desprovido” (STJ, REsp nº 950.489/DF, rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, julgado em 03.02.2011) (g.n.);**

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. DILIGÊNCIA. ART. 35, § 3º DO DECRETO-LEI Nº 2.300/86. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 280/STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PODER DISCRICIONÁRIO. 1. A ausência de prequestionamento dos artigos 3º, § 1º, inciso I, e 34 do Decreto-Lei nº 2.300/86 atrai a aplicação das Súmulas 282 e 356 da Suprema Corte. 2. ‘Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário’ (Súmula 280/STF). 3. Não compete a este Tribunal examinar matéria de índole constitucional, cuja análise é de competência exclusiva da Suprema Corte, nos termos do artigo 102, inciso III, da Constituição Federal. 4. A promoção de diligência é uma faculdade da Comissão de licitação, constituindo, portanto, medida discricionária do administrador. 5. Recurso especial conhecido em parte e nesta parte improvido” (STJ, REsp nº 102.224/SP, rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ª Turma, julgado em 05.04.2005) (g.n.);

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

“APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – Pretensão da impetrante de anular a decisão administrativa de habilitação da empresa VANGUARDA referentes à Concorrência Pública nº 005/2017 – Sentença que denegou a ordem pleiteada – Decisório que merece subsistir – Diligência prevista no art. 43, § 3º da Lei 8.666/93 que, segundo tese vencedora nesta Colenda Turma julgadora, por ocasião do julgamento da apelação cível 1051128-53.2018.8.26.0053, Relator Des. Aliende Ribeiro, j. 28.05.2019, habilita a proponente a corrigir equívocos no procedimento de licitação: ‘A realização de diligências para o saneamento de falhas estava prevista no edital – Dados contábeis apresentados quando da entrega do envelope – Diligência efetuada para viabilizar a correção do equívoco e apurar a veracidade dos dados contábeis informados no início do procedimento licitatório – Ausente violação ao princípio da isonomia – Diligência que, além de permitir a escolha da proposta mais vantajosa, não proporcionou favorecimento indevido’ – Sentença mantida – Negado provimento ao recurso” (TJSP, Ap nº 1049607-73.2018.8.26.0053, rel. Des. RUBENS RIHL, 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 28.01.2020) (g.n.); Nesse mesmo sentido, vide ainda: TJSP, Ap nº 1052259-63.2018.8.26.0053, rel. Des. RUBENS RIHL, 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 25.06.2019;

“MANDADO DE SEGURANÇA – Licitação – Entrega de Balanço Patrimonial de outra empresa por Empresa Habilitada – Insurgência em razão da concessão de prazo para entrega de Balanço Patrimonial Correto – Artigo 40, §§ 5º e 6º, da Lei estadual nº 6.544/89 com alterações da Lei 13.121/2008 dispõe sobre possibilidade de concessão de prazo para entrega de documentos – No mesmo sentido cláusula 16.14 do Edital nº 005/2017-CO – Comprovada a exatidão dos dados preenchidos no Anexo XX exigido pelo edital (Cálculo dos Quocientes de Estrutura de Capitais e de Liquidez para

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Execução dos Serviços) – Apresentação posterior do documento não proporcionou a empresa Vanguarda qualquer vantagem em sua proposta – Garantia de seleção de proposta mais vantajosa à Administração – Art. 3º da Lei 8666/93 – Denegada a ordem – Recursos providos” (TJSP, AP / RN nº 1049012-74.2018.8.26.0053, rel. Des. PERCIVAL NOGUEIRA, 8ª Câmara de Direito Público, julgado em 22.05.2019) (g.n.);

“LICITAÇÃO. Impetrante que se insurge contra a concessão do prazo de 3 (três) dias para que outra licitante, vencedora do certame, pudesse complementar sua documentação. Apresentação de documento faltante (comprovante de inscrição no CNPJ) que não proporcionou qualquer vantagem à vencedora. Edital que continha previsão expressa sobre saneamento da documentação. Previsão que atende ao disposto na legislação estadual (Lei nº 6.544/1989, art. 40). Complementação da documentação pertinente à habilitação que não infringe o disposto no art. 43, § 3º, ‘in fine’, da Lei nº 8.666/1993, que veda apresentação tardia de documentos relativos à proposta. Concessão de prazo para saneamento que representa concretização do objetivo legal da licitação de garantir ‘a seleção da proposta mais vantajosa para a administração’ (art. 3º, Lei nº 8.666/1993). Sentença que denegou a ordem. Recurso não provido” (TJSP, Ap nº 1028466-66.2016.8.26.0053, rel. Des. ANTONIO CARLOS VILLEN, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 26.03.2018) (g.n.).

Por outro lado, ainda que a questão não haja sido delimitada pelo autor na petição inicial desta ação (cf. fls. 01/32), se discutiu nestes autos também a outra questão debatida no mandado de segurança impetrado pelo CONSÓRCIO PSD-SP (proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053), acerca da verificação de suprimento da exigência de capacitação (habilitação) técnica do CONSÓRCIO PSD-SP – que na fase de classificação/julgamento das propostas ficou em primeira colocação, mediante a apresentação da proposta de menor valor entre as 3 (três)

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

classificadas para a fase de habilitação –, conforme o disposto no item ‘5.3.2.7.2.1’ (alíneas ‘i’ e ‘ii’) do edital, bem como da possibilidade de somatório dos atestados que apresentou, de acordo com a previsão do item ‘5.3.2.7.3’ (fls. 42/43).

Em relação à inabilitação técnica do CONSÓRCIO PSD-SP (fls. 66/68 do MS proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053, impetrado pelo PSD-SP), após o saneamento promovido pela Comissão de Licitação, quando então lhe foi concedido prazo para a prestação de esclarecimentos acerca dos atestados de capacidade técnica que apresentou (cf. fls. 829/830, 831/832 e 833/834 destes autos), conforme consta da Ata de Reunião da Comissão de Licitação (Fase de Habilitação Técnica) realizada em 04.02.2019 (fls. 823/824 destes autos), e respondidos tempestivamente pelo impetrante (fls. 825/826 destes autos), não assiste razão o V. Juízo *a quo*, razão pela qual a r. sentença merece reparo nesse ponto:

“(...) para se atestar a capacidade técnica da licitante, as características mencionadas nas alíneas i e ii devem ser reconhecidas concomitantemente, simultaneamente, observando, portanto, ao mesmo tempo (leia-se: nas mesmas obras e, portanto, nas mesmas certidões), a capacidade de se colocar uma porta de plataforma com altura mínima de 2,10 metros, integradas ao sistema de Sinalização da linha, em linhas de metrô que já se encontram em operação e permanecem em operação durante o fornecimento. (...)”

O item 5.3.2.7.3, por sua vez, que estabelece que o atestado de capacidade técnica da empresa licitante pode ser feito mediante o somatório de atestado, deve ser interpretado apenas no que tange à exigência de comprovação mínima em 12 plataformas, não no tocante às alíneas i e ii do subitem no 5.3.2.7.2.1 do Edital” (fls. 2.550).

Isto porque resta evidente que o item ‘5.3.2.7.3’, permite o somatório de atestados referentes ao item ‘5.3.2.7.2’ antecedente, observando que se o somatório se referisse exclusivamente ao requisito quantitativo da demonstração

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

solicitada de 12 (doze) plataformas, referida exigência estaria explícita no instrumento convocatório, de modo que se não houve referida limitação, é possível o somatório dos critérios qualitativos.

Ademais, a interpretação da cláusula '5.3.2.7.2.1' e alíneas 'i' e 'ii' (fl. 171 do MS proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053, impetrado pelo PSD-SP), no sentido da exigência de concomitância das 2 (duas) alíneas num mesmo certificado, se mostra exorbitante, obtusa e desproporcional, pois o fato de o CONSÓRCIO PSD-SP não haver comprovado sua expertise em um único certificado/atestado, não significa que não possua capacidade técnica para executar o objeto do contrato, exatamente nas condições em que solicitadas no instrumento convocatório, e nos moldes em que necessariamente deverão ser executadas pelo contratado:

“É admitida a comprovação de aptidão por meio de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. Nas licitações para fornecimentos de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado. (...) Realmente, o juízo deverá ser feito em razão de os atestados, somados, serem suficientes a demonstrar a capacidade de realização pelo licitante do objeto disputado, o que varia em função das características do serviço ou obra a ser executada. Se a complexidade do objeto da concorrência derivar mais da comprovação das tecnologias empregadas, do que das dimensões quantitativas, já considerou o TCU que: ‘não há pois, sentido em se vedar o somatório de atestados se o que se deseja é aferir a capacidade do licitante em manejar determinadas metodologias e técnicas’ (Acórdão 786/2006-Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti). A Súmula 263/2011 do TCU determina ser legal, para aferição da qualidade técnico-operacional, ‘a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado', desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado. (...) Trata-se, ademais, de aplicação da determinação constitucional que assegura na licitação igualdade de condições a todos os concorrentes, sendo apenas permitidas 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações' (art. 37, XXI, da CF/1988)" (IRENE PATRÍCIA NOHARA, *Tratado de Direito Administrativo – Licitação e Contratos Administrativos*, vol. 6, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2ª ed. e-book baseada na 2ª ed. impressa, 2019, Parte I, Cap. 11, item 2) (g.n.);

"Na qualificação técnica o licitante deve demonstrar que possui aptidão técnica para executar o objeto contratual (arts. 27, II, e 30 da Lei 8.666/1993). A exigência de qualificação técnica deve ser proporcional ao contrato que será celebrado pela Administração, devendo ser considerada ilegal a exigência de execução pretérita de serviços com qualidade superior ao objeto licitado. A capacidade técnica é dividida em três espécies: (i) genérica: prova de inscrição no Conselho Profissional ou órgão de classe (ex.: se o objeto do contrato for a execução de uma obra, a empresa deve comprovar a sua inscrição junto ao CREA); (ii) específica: demonstração de que o licitante já executou objeto assemelhado (art. 30, § 1º, da Lei); (iii) operativa: comprovação de que o licitante possui mão de obra e equipamentos disponíveis para execução do futuro contrato" (RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, *Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Método, 7ª ed., 2018, p. 133) (g.n.).

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Após os esclarecimentos prestados pelos consórcios acerca dos certificados de capacidade técnica, o METRÔ emitiu um relatório concluindo que: *“Com base nos documentos apresentados no Volume 2 – atestados e certidões – e nas respostas aos diligenciamentos prestados pelo Metrô, estão aptos a serem habilitados tecnicamente os consórcios KOBRA e TELAR TELAR/SERVENG/DONGWOOD”*(...), vez que: *“O Consórcio não comprovou o fornecimento e implementação de um sistema de PSD com todas as características técnicas exigidas no item 5.3.2.7.2.1.”* (fls. 54/68 do MS proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053, impetrado pelo PSD-SP).

Lado outro, no mesmo relatório, constou que o CONSÓRCIO PSD-SP, ainda que em certificados de capacidade técnica distintos, comprovou a instalação de equipamentos consistentes em portas de plataforma de 2,10 metros de altura, integradas ao sistema de sinalização já existente e com as estações/plataformas em plena operação (fl. 66, cf. cláusula ‘5.3.2.7.2.1’, alínea ‘ii’ – fl. 171 do MS proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053, impetrado pelo PSD-SP).

No mais, é imprescindível observar, por óbvio, que a instalação das portas (Linhas 1-Azul, inclusive no entroncamento com a Linha 2-Verde, e 3-Vermelha), ficará restrita aos intervalos noturnos em que o Metrô não se encontra aberto para o público, mas sim fechado para sua manutenção diária (cf. alínea ‘i’) – ou seja, não haverá maiores dificuldades para a instalação do objeto do contrato, vez que no período no qual as portas serão instaladas, as estações estarão fechadas ao público, com atenção prioritária à execução dos trabalhos necessários para a execução do objeto do contrato.

Acresça-se que, em contrato distinto do discutido nestes autos, outrora celebrado, o METRÔ permitiu o somatório dos certificados/atestados para comprovação da capacidade técnica (cf. fls. 590/767, 768/1.002, 1.003/1.102 e 1.310/1.311). Assim, em que pese o objeto daquele contrato não guardar similitude com o objeto discutido nestes autos – instalação de portas em plataformas do METRÔ – não é razoável que neste certame não seja possível o somatório.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Necessário esclarecer que o CONSÓRCIO PSD-SP demonstrou amplamente a maior experiência entre as três empresas classificadas no certame em implantação de portas – 2.528 (duas mil, quinhentas e vinte e oito – portas implantadas em 50 (cinquenta) estações, em detrimento de 142 (cento e quarenta e duas) portas em 24 (vinte e quatro) estações pelo CONSÓRCIO KOBRA, e de 12 (doze) portas em 12 (doze) estações pelo CONSÓRCIO TELAR (FLS.XXX) – além de haver demonstrado que é o que possui maior capacidade financeira (fls. 54/68 do MS proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053, impetrado pelo PSD-SP).

Segundo se verifica da síntese do processo licitatório (fls. 377/381), realizada a sessão pública para recebimento das propostas e dos documentos de habilitação, em 23.11.2018, classificaram-se para a fase de habilitação, em primeiro lugar, *(i)* o CONSÓRCIO PSD-SP (liderado pela empresa MPE Engenharia e Serviços S/A, e integrado ainda pela empresa chinesa Zhuzhou CRRC Times Electric Co., Ltd.), com proposta no valor total de **R\$ 374.129.463,18 (30,05% menor que o valor orçado pelo METRÔ)**; em segundo lugar, *(ii)* o CONSÓRCIO KOBRA (liderado pela empresa Husk Eletrometalurgica Ltda., e integrado ainda pela empresa MG Engenharia e Construção Ltda., e pelas empresas sul-coreanas Samjung Tech Co., Ltd. e Woori Technology, Inc.), com proposta no valor total de **R\$ 409.298.074,92 (23,48% menor que o valor orçado pelo METRÔ)**; e, em terceiro lugar, *(iii)* o CONSÓRCIO TELAR (liderado pela empresa Telar Engenharia e Comércio S/A, e integrado ainda pela empresa Serveng-Civilsan S/A Empresas Associadas de Engenharia e pela empresa sul-coreana Dongwoo Autodoor Co., Ltd.), com proposta no valor total de **R\$ 486.780.172,03 (8,99% menor que o valor orçado pelo METRÔ)** (cf. fls. 378 do MS proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053, impetrado pelo PSD-SP).

Desse modo, em observância aos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, e em especial ao da probidade administrativa e do interesse público, não é razoável inabilitar o CONSÓRCIO PSD-SP, arguindo a impossibilidade de somatório dos atestados (não há proibição explícita no edital a esse respeito), vez que o valor apresentado pelo primeiro colocado (CONSÓRCIO PSD-SP) em relação ao segundo

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

colocado (CONSÓRCIO KOBRA) é superior a R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais), ou seja, manter a inabilitação do CONSÓRCIO PSD-SP configuraria vultuosa lesão ao patrimônio público (LAP, art. 1º), de modo que a proposta que deve prevalecer é a da primeira colocada no certame – CONSÓRCIO PSD-SP, por ser a proposta mais vantajosa à Administração, (princípio que também possui íntima ligação com a busca da satisfação do interesse público), ao julgamento objetivo, e à vinculação ao instrumento convocatório (o edital, a “*lei interna*”, “*matriz da licitação e do contrato*”, não se podendo nada “*exigir ou decidir além ou aquém do edital*”)⁽³⁴⁾ vedada ainda a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório (cf. LLic, art. 3º, § 1º, I; LE nº 6.544/1989, art. 3º, § 1º).

Por fim, não prospera a alegação do METRÔ que não obstante a apresentação de proposta de menor valor, em se tratando de concorrência pública internacional pelo menor preço, somente será vencedor da licitação o proponente que demonstrar a menor proposta e desde que atenda aos imprescindíveis requisitos de qualificação (financeira, jurídica e técnica) exigidos no edital, sob pena de impacto no êxito do projeto, conforme previsto no art. 45, bem como no art. 30, § 1º, ambos da LLic⁽³⁵⁾, “*que tem como finalidade verificar se o licitante possui condições técnicas necessárias e suficientes para, em se sagrando vencedor do certame, cumprir com o objeto contratual de forma satisfatória*” (fls. 1.407 do MS proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053, impetrado pelo PSD-SP), pois a adequação das lajes para a instalação das portas não foi objeto do edital, ou seja, a responsabilidade por adequar as lajes é do METRÔ.

⁽³⁴⁾ Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 15ª ed., 2010, pp. 166/167.

⁽³⁵⁾ Lei nº 8.666/1993, Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...) § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos. Vide também: LE nº 6.544/1989, art. 27. § 2º.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Na jurisprudência, no que tange à interpretação de cláusulas editalícias, tanto no Colendo STJ, como neste Egrégio Tribunal, já se entendeu no seguinte sentido:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. PISO SALARIAL DA CATEGORIA DE MOTORISTAS E COBRADORES. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. 1. O edital de licitação, enquanto instrumento convocatório, delimita as condições norteadoras dos atos do certame, fixa o seu objeto de forma precisa e enumera os deveres e as garantias das partes interessadas. Sob essa perspectiva, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a competência do Poder Judiciário, quando da interpretação das condições editalícias do certame, limita-se a afastar possível ilegalidade do edital. (...) 3. A via da ação mandamental pressupõe a comprovação de suposta lesão a direito líquido e certo do suplicante. Não se verificando, nas razões do recurso, a existência de elementos probatórios concretos que evidenciem a transgressão de direito, impõe-se a extinção do feito. (...) 6. Recurso especial parcialmente conhecido e provido”.

Onde se lê: “Algumas questões devem ser consideradas. Com efeito, o edital, enquanto instrumento convocatório, delimita as condições norteadoras dos atos licitatórios, fixa o seu objeto de forma precisa e enumera os deveres e as garantias das partes interessadas, regulando, assim, o desenvolver de todo o relacionamento entre a Administração e os licitantes. Frente a tal premissa, o art. 3º da Lei nº 8.666/93 elenca o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que, além de pressupor obediência às prescrições sob as quais todo o processo de licitação se desencadeará, requer o pleno atendimento das condições exigidas para a participação no certame e dos parâmetros de julgamento das propostas. Corroborando esse entendimento, colho a opinião exarada pelo Ministro GILSON DIPP ao relatar os EDcl no AgRg no REsp nº

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

657.488-DF, in verbis: ‘Segundo estatui o brocardo jurídico: ‘o edital é a lei do concurso’. Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame’ (DJ de 16.5.2005). Acréscese-se às considerações acima expendidas que, valendo-se a Administração do seu poder discricionário para ditar as cláusulas do edital, que se traduz em disciplina das regras de fundo e procedimentais da licitação, firmou-se a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que a competência do Poder Judiciário, quando da interpretação das condições editalícias do certame, há que desincumbir-se de afastar possível ilegalidade do edital, o que efetivamente não se verifica no presente caso” (STJ, REsp nº 796.388/SP, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 2ª Turma, julgado em 14.08.2007) (g.n.);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Mandado de segurança. Pleito da autora, em tutela provisória de urgência, de que fosse suspenso o certame, em particular o ato que declarou a licitante Active Engenharia Ltda. vencedora e os demais atos que o sucederam. Decisão agravada que indeferiu o pedido. Manutenção. Ausência dos requisitos dos arts. 294 e 300, do novo CPC, mormente de demonstração da probabilidade do direito. Interpretação errônea dos termos do edital, cuja consequência é a desclassificação. Erro que foi de interpretação de cláusula editalícia e não de aritmética, passível de correção. Clareza da cláusula que se demonstra pelo fato dos demais licitantes terem a interpretado da forma pretendida pela Comissão Licitante. Agravante que poderia ter

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

suscitado esclarecimentos quanto ao sentido da cláusula, mas não o fez. Decisão agravada mantida. Agravo improvido”.

Onde se lê: “(...) não houve mero erro aritmético ou formalismo exagerado da Comissão de Licitação, mas interpretação errônea, pela autora, dos termos do Edital. (...) Não havia, mesmo, a princípio, margem a outra interpretação. E isso é corroborado pelo fato de todos os demais licitantes terem interpretado tal cláusula no sentido buscado pela Comissão Licitante, ao contrário da agravante. Não há, também, que se dizer que se trataria de mero erro de cálculo aritmético, corrigível de acordo com o item 3.1 do Edital. Tratou-se, como dito, de interpretação errônea de cláusula do Edital, estando correta, ao menos com os elementos trazidos até então, a desclassificação da agravante, por descumprimento do Edital”
(TJSP, AI nº 2007792-44.2018.8.26.0000, rel. Des. MARCELO SEMER, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 19.02.2018) (g.n.);

“LICITAÇÃO – EDITAL QUE CONTÉM REGRAS CLARAS QUANTO AO PESO DO PRODUTO A SER FORNECIDO, OBSERVADA A QUANTIDADE DE MATERIAL EM CADA LUMINÁRIA, BEM COMO O PREÇO DO MATERIAL A SER FORNECIDO, EXISTINDO POSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA QUE FORNECEU MENOR PREÇO MAS LUMINÁRIA COM PESO EM DESCONFORMIDADE COM O EDITAL E AMOSTRA INICIALMENTE DEPOSITADA. INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DO EDITAL PELA CONCORRENTE NÃO GERA DIREITO À INDENIZAÇÃO OU À ANULAÇÃO DO CERTAME. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”
(TJSP, Ap nº 9071509-96.2004.8.26.0000, antigo nº 363.183-5/0-00, rel. Des. REGINA CAPISTRANO, 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 24.03.2009) (g.n.).

Lado outro, não há falar em desclassificação do CONSÓRCIO PSD-SP em razão de inidoneidade das empresas que integram o

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

consórcio ou de seu administrador, Adagir de Salles Abreu Filho – itens ‘4.1.1’ e ‘4.1.2’ do edital⁽³⁶⁾, cf. fls. 2.899 – pois não há provas concretas nos autos acerca da prática de atos inidôneos de quaisquer das empresas que integram o CONSÓRCIO PSD-SP, tampouco de seu administrador.

Ademais, referido argumento foi apresentado com maior ênfase apenas nas contrarrazões do CONSÓRCIO KOBRA (cf. fls. 2.900), sem a apresentação de quaisquer documentos para embasar suas alegações, circunstância que demonstra que referida alegação, por ora, não passa de mera argumentação.

No mais, não houve qualquer manifestação do METRÔ sobre a inidoneidade do CONSORCIO PSD-SP na decisão que inabilitou o consórcio, tanto é assim que no Parecer JUC/CLA nº 139/2019 (fls. 263/265 do proc. nº 1024234-06.2019.8.26.0053), acerca da análise dos documentos de habilitação jurídica apresentados pelos 3 (três) consórcios classificados, recomendou-se ainda a verificação **“no site específico, se as empresas a serem potencialmente contratadas, através do consórcio em tela, não foram declaradas inidôneas ou estão impedidas de licitar e contratar com a Administração Pública Estadual”** (g.n. – cf. fls. 265 do proc. nº 1024234-06.2019.8.26.0053), de modo que não é possível qualquer manifestação sobre a suposta inidoneidade do CONSÓRSIO PSD-SP ou de seu administrador nesta sede processual.

Assim, se possível fosse a manifestação por este Relator quanto a inidoneidade do CONSÓRCIO PSD-SP, a análise teria que se estender aos demais consórcios.

⁽³⁶⁾ **“4. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO. 4.1. Poderão participar desta Concorrência Internacional as empresas brasileiras ou estrangeiras que funcionem no Brasil e as empresas estrangeiras que não funcionem no Brasil, mas que possuam representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente, que: 4.1.1. Não tenham sido declaradas inidôneas por Ato do Poder Público; 4.1.2. Não estiverem impedidas de licitar ou contratar com a Administração Pública do Estado de São Paulo ou com qualquer de seus órgãos descentralizados”** (fls. 164)

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Por fim, quando instado a se manifestar sobre reportagem feita pela revista ISTO É Dinheiro⁽³⁷⁾, em 13 de junho de 2019, na qual foi mencionado que o proprietário da empresa MG Engenharia (empresa integrante do CONSÓRCIO KOBRA), o engenheiro Francisco Germano Batista da Silva, ex-diretor da OAS Engenharia, o METRÔ argumentou que: **“(…) a licitação ocorreu de forma regular, obedecendo à Lei de Licitações, e diz que não avalia as pessoas físicas do grupo com quem faz contrato.” (g.n.)**, denotando que não há isonomia nas suas alegações.

Nessa conformidade, é imperiosa a reforma da r. sentença fls. 2.534/2.551, que concedeu a segurança pleiteada pelo CONSÓRCIO TELAR, para afastar a inabilitação dos CONSÓRCIOS PSD-SP e KOBRA, observando que o contrato administrativo formalizado entre o CONSÓRCIO KOBRA e o METRÔ (fls. 288/330 do MS proc. nº 1027166-64.2019.8.26.0053, impetrado pelo PSD-SP), iniciado antes da decisão definitiva nestes autos, não poderá ser retomado, vez que a menor proposta foi apresentada pelo CONSÓRCIO PSD-SP, sem que se possa

⁽³⁷⁾ <https://www.istoedinheiro.com.br/empresa-ligada-a-reu-leva-licitacao-do-metro/>. Uma empresa ligada diretamente a um réu do cartel do Rodoanel Sul foi contratada pelo Metrô de São Paulo, por R\$ 342 milhões, em uma licitação para instalação de portas de plataforma em 36 estações. Hoje, a empresa vencedora está sob o comando do filho do réu, que tem 18 anos. Na disputa, o Metrô desclassificou três dos cinco concorrentes. A estatal argumenta que a licitação ocorreu de forma regular, obedecendo à Lei de Licitações, e diz que não avalia as pessoas físicas que compõem os grupos com quem faz contrato. O réu é o engenheiro Francisco Germano Batista da Silva, ex-diretor da OAS Engenharia. Em setembro, ele foi denunciado, com outras 34 executivos de 24 empresas (além do ex-presidente da Dersa Paulo Vieira de Souza), por participar do suposto cartel acusado de fraudar licitações do Trecho Sul do Rodoanel. A denúncia corre na 5.ª Vara Federal Criminal de São Paulo. Silva fundou a empresa MG Engenharia, com um sócio, em junho do ano passado, pouco antes de ser citado pela Justiça. Em dezembro, ele deixou a sociedade e, em seu lugar, assumiu o filho, Victor Germano Moreira Batista da Silva, nascido em junho de 2000. A MG ainda tem como sócia outra empresa, que também é administrada pelo filho de Silva. Com essa composição, venceu a licitação do Metrô e assinou o contrato. A MG Engenharia faz parte do Consórcio Kobra, que tem entre os sócios dois grupos sul-coreanos e é liderado pela Husk Eletrometalúrgica, com sede em Araras (SP). Quando lançou a licitação, a companhia estimou o serviço em R\$ 526,8 milhões. Mesmo com o valor 35% menor do que este, a proposta da MG não chegou a ser a mais vantajosa. Das três concorrentes desclassificadas pelo Metrô, uma era mais barata: pedia R\$ 316 milhões. Todas as empresas que foram desclassificadas apresentaram recursos.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

2ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

aventar, na espécie, de algum ressarcimento àquele que, sem a devida autorização legal, celebrou, por sua própria conta e risco, contrato administrativo com o METRÔ (TJSP, Ap nº 9071509-96.2004.8.26.0000, antigo nº 363.183-5/0-00, rel. Des. REGINA CAPISTRANO, 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 24.03.2009), observando que os responsáveis e os beneficiários por possíveis danos causados ao erário poderão ser condenados ao pagamento das perdas e danos, caso haja, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa LAP, art. 11).

Em observância ao disposto nos artigos 85, § 8º e 11º do CPC, e à LAP, art. 12, bem como ao resultado deste julgamento, majoro os honorários advocatícios para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Por derradeiro, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional invocada, observando o pacífico entendimento do Colendo STJ de que *“é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida”*. Além disso, esclareço também que eventuais recursos de *“embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal”* (STJ, EDcl no RMS nº 18.205/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª Turma, julgado em 18.04.2006).

Ante o exposto, (i) **conheço apenas parcialmente** do recurso voluntário interposto pelo CONSÓRCIO PSD-SP, e, na parte conhecida, **lhe dou provimento**; bem como ainda (ii) **dou provimento** aos recursos voluntários interpostos pelo METRÔ, pelos CONSÓRCIOS KOBRA e pelo recurso voluntário interposto por DARCIO CANDIDO BARBOSA na ação popular (CPC, art. 487, I; LAP, art. 11) e à remessa necessária.

CARLOS VON ADAMEK

Relator