

Processo : 1254/07

Autor : Ministério Público do Estado de São Paulo

Réus : O.D., M.C.P., A.P.L., L.C.T., E.A.O.S., C.S., C.L.S., R.C.O., J.C.S.C. R.G., Construtora Gautama Ltda., Ecosama – Empresa Conc. De Saneamento de Mauá S/A e Construtora Mandala Ltda.

Trata-se de ação de responsabilidade civil por atos de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra O.D., M.C.P., A.P.L., L.C.T., E.A.O.S., C.S., C.L.S., R.C.O., J.C.S.C. R.G., Construtora Gautama Ltda., Ecosama – Empresa Concessionária de Saneamento de Mauá S/A e Construtora Mandala Ltda., por onde, sustentando terem os dez primeiros réus frustrado a licitude de processo licitatório, com isso permitiram, facilitaram ou concorreram para que os demais se enriquecessem ilicitamente. Tudo ligado a contrato de concessão celebrado pela Prefeitura Municipal de Mauá, representada pelo então, e agora novamente Prefeito, O.D., com a empresa Ecosama – Empresa Concessionária de Saneamento de Mauá S/A, que tem por objeto a gestão dos sistemas e serviços de esgotamento sanitário do Município de Mauá, que se aponta, foi precedido de processo licitatório irregular. É que o edital de licitação daquele certame atentou contra os princípios da impessoalidade, eficiência e economicidade quando fez exigir comprovação de qualificação econômica em que os índices de liquidez geral e corrente foram fixados muito além do indispensável à garantia do cumprimento das obrigações que deveriam ser assumidas. Ao assim procederem, sustenta o autor, teriam os dez primeiros réus restringido a competição, e, a final, apenas duas das quarenta e uma empresas que retiraram o edital puderam se habilitar e efetivamente concorrer, decorrendo disso que a escolha da proposta que deveria ser a mais vantajosa ao erário se deu com desrespeito aos princípios tutelados pelo caput do art. 3º da Lei 8.666/93. Ao depois, obrigações contratadas não estariam sendo cumpridas, especificamente no que tange à construção de uma estação de tratamento de esgoto e produção de água não potável, trazendo real perda patrimonial ao Município. Por isso, pede, devem ser pelos réus ressarcidos os prejuízos causados à Prefeitura de Mauá, declarando-se a nulidade da licitação nº 43/2001 e do contrato de concessão de serviços de esgotamento sanitário

firmado entre a Prefeitura Municipal de Mauá e empresa Ecosama, afora as demais cominações ligadas à perda de funções públicas, direitos políticos, multas civis e proibições de contratar com o Poder Público. Pela decisão de fls. 3064/3068 (16º Volume), determinou-se o aditamento da inicial para que fosse especificado o prejuízo do erário decorrente do contrato de licitação; também para que fosse justificada a presença de Mandala no polo passivo; bem como fosse alterado o valor dado à causa; e melhor fosse explicitada a necessidade da quebra de sigilo fiscal e bancário.

Recebida em aditamento a manifestação do autor (fls. 3070/3079 – 16º Volume), notificados os réus para apresentação da defesa preliminar de que trata o § 7º do art. 17 da Lei 8429/92, apenas R.G. deixou de se manifestar. Quanto aos demais, em síntese sustentaram: O.D. (36º Volume, Fls. 7021/7029) Entende não ser possível, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sua responsabilização no âmbito da lei de improbidade, porquanto classificado como agente político – Prefeito; invoca ser parte ilegítima para figurar nesta ação civil pública; Inexistindo ato de improbidade e de motivos que justifiquem, fundadamente, o deferimento da indisponibilidade dos bens dos notificados e quebra do seu sigilo fiscal e bancário. M.C.P. (35º Volume, Fls. 6962/6979) Entende ser parte ilegítima para aqui figurar, bem como sustenta a inexistência de ato de improbidade administrativa. A.P.L. (35º Volume, Fls. 6949/6959) Sustenta a inexistência da prática de ato de improbidade administrativo por parte dele; sendo legais a licitação e o contrato; não sendo possível responsabilizá-lo pela fiscalização da execução do contrato. L.C.T., E.A.O.S., C.S., J.C.S.C. (36º Volume, Fls. 7120/7029) Invocando prescrição em favor dos notificados integrantes da Comissão; sustentam a ilegitimidade deles para figurar na ação civil pública; bem como a inexistência de ato de improbidade; além de motivos que justifiquem, fundadamente, o deferimento da indisponibilidade dos bens dos notificados e quebra de seus sigilos fiscal e bancário. C.L.S. (35º Volume, Fls. 6980/7002) Sustenta ser parte ilegítima para nesta ação figurar; invocando prescrição; ressalta o adequado enquadramento das funções da comissão de licitação; ressaltando incongruência entre a causa de pedir e a indenização pleiteada; invoca ausência de dolo ou culpa; destacando a lesividade da presente ação

para ela. R.C.O. (37º Volume, Fls. 7233/7237) Espera o não recebimento da inicial, com a rejeição da ação (§8º, do artigo 17, da Lei 8.429/92) Construtora Gautama Ltda. e Construtora Mandala Ltda. (35º Volume, Fls. 6821/6830) Entendem inadmissível a ação de improbidade, visto que inexistente ato de improbidade administrativa; sustentam não ser obrigatória a construção da estação de tratamento de esgoto para produção de águas para fins industriais – EPAI; bem como ser legal o contrato celebrado entre Ecosama e Sabesp. Ecosama (33º Volume, fls. 6514/6559) Aponta a necessidade de inclusão da Agência Reguladora dos Serviços de Água e Esgotos de Mauá – Arsa, por hipótese de litisconsórcio necessário; sustenta a inexistência da prática de ato de improbidade administrativa; e aponta como legal o procedimento licitatório; nega a existência de dirigismo contratual, e a legalidade dos índices exigidos pelo edital; refuta a obrigatoriedade da construção da estação de tratamento de esgoto para produção de águas para fins industriais – EPAI; sustenta a legalidade do contrato celebrado entre ela e a Sabesp; devendo ser indeferidos os pedidos liminares.

O Ministério Público em réplica (fls. 7258/7278) sustenta a inconstitucionalidade da fase preambular estabelecida pela Medida Provisória 2.180/01, não cabendo, neste momento, esmiuçar os argumentos de mérito articulados pelos réus.

De ser rejeitada a inicial. Antes, de se ver, passada irrecorrida a decisão de fls. 6446 (33º volume), que deu processamento ao feito nos moldes do § 7º do art. 17 da Lei 8.429/92, não há que se cogitar, agora, de conhecer das alegações de inconstitucionalidade da fase preliminar introduzida pela MP 2.180/01. Ao depois, entende-se, não só podem como devem ser analisadas todas as teses postas em debate, inclusive as de cunho meritório. A propósito disso, já se pronunciou o STJ: De acordo com os novos §§ 7º e 8º do art. 17 da Lei 8.429, de 1992, na ação de improbidade administrativa já nesta fase preliminar o próprio mérito da ação pode ser examinado (haver, ou não, ato de improbidade administrativa), e não se existe, concretamente, fato impeditivo do exercício de um direito, como ocorre na decadência ou prescrição. (...) Este juízo de admissibilidade amplíssimo e substancial da petição inicial em contraditório,

destarte, extrema a ação de improbidade administrativa de qualquer outra ação que segue o rito comum, assemelhando-se ao que o Código de Processo Penal reserva, por exemplo, para o processo dos crimes de responsabilidade funcionários públicos (CPP, arts. 516- 517).(REsp 841421/MA, rel. MIN. LUIZ FUX, j . 22.5.2007) grifo meu. Assim, neste momento, estando o juiz convencido da inexistência do ato de improbidade apontado na inicial, de rigor a rejeição da ação nos termos do § 8º do art. 17 da Lei 8429/92. É que o pedido inicial se funda, essencialmente, na imputação de nulidade do processo de licitação que levou à concessão da gestão dos sistemas e serviços de esgotamento sanitário do Município de Mauá, fundamentalmente, por exigir comprovação de qualificação econômica, exigindo índices de liquidez geral e corrente fixados muito além do indispensável à garantia do cumprimento das obrigações que deveriam ser assumidas, atentando, assim, contra os princípios da impessoalidade, eficiência e economicidade, com restrição da competição. Esses os fatos e fundamentos do pedido constante da inicial. Senão vejamos: A fls. 20, no item 2.1, fez indicar o autor os atos de improbidade administrativa que teriam sido praticados. Fazendo referência a preceito constitucional dito infringido, e indicando violação expressa ao caput e incisos VIII e XII do art. 10 da Lei 8429/92, apontou que o Edital de Licitação em tela atentou contra princípios que o art. 11 dessa mesma lei busca proteger. Lembrou o autor que a constatação do Tribunal de Contas do Estado, ao analisar os requisitos exigidos em tópico do edital ligado à qualificação econômica dos licitantes, fixou índice muito além do indispensável à garantia do cumprimento das obrigações a serem contratadas, nisso sendo apontada afronta ao inciso XXI do art. 37 da CF. Prosseguindo o autor em sua análise, sustenta aquela exigência (qualificação econômica dos licitantes) como inconstitucional, e ter sido ela determinante para que apenas duas das quarenta e uma empresas que retiraram o edital pudessem se habilitar e efetivamente concorrer, declinando, a partir dali os prejuízos disso decorrentes. Fala o autor da restrição de competitividade e do enriquecimento ilícito de quem se beneficiou com a concessão dos serviços licitados, concluindo a fls. 25 com a indicação taxativa de que a qualificação econômica restringiu a competitividade da licitação e a escolha da proposta mais vantajosa ao erário. Vê-se, pois, que o autor, com exclusividade, nisso fundamentou seu pedido. É certo, tudo isso

apoiado em conclusões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, e nesse sentir, e sempre respeitando as opiniões divergentes, entendo que as conclusões do TCE em torno desse assunto (exigência de índices de liquidez geral e corrente fixados muito além do indispensável à garantia do cumprimento das obrigações), está fundada em premissas que, se cotejadas com elementos constantes dos autos, se diluem a ponto de não autorizar o recebimento desta ação. O Acórdão do Tribunal de Contas (fls. 890/891 - 5º Volume) concluiu pela irregularidade do certame pela afronta dos princípios constitucionais da isonomia e da plena competitividade, tanto em razão dos índices de liquidez mínimos exigidos, como em face dos critérios de julgamento adotados, resultantes do tipo inapropriado de licitação eleito pela Administração. A respeito dos critérios de julgamento adotados no processo de licitação, não é tema tratado na presente ação, estando, como visto, o pedido fundado naquele primeiro fundamento, ligado tão só à qualificação econômica dos licitantes. Na essência, e especificamente no tocante ao que repercute nesta ação, o Tribunal de Contas sustentou restar claro que o contrato de concessão é irregular por se mostrar exorbitante a exigência de índices de liquidez mínimos nos níveis verificados, não acolhendo a justificativa de que referida contratação tem por objetivo a concessão de serviços de esgotamento sanitário deste Município pelo longo período de trinta anos, com valor de ajuste expressivo (R\$ 1.623.082.281,00) e com significativo valor de investimentos a tudo isso atrelado. É que no entender do TCE, tais variáveis são características intrínsecas de toda concessão de serviço público, não havendo, portanto, a excepcionalidade invocada em justificação da adoção daqueles índices. Ocorre que em momento anterior, o mesmo Tribunal de Contas acolheu tais justificativas quando do exame prévio do edital da licitação. Exame prévio em que se transformou representação impetrada pela SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo. Naquela oportunidade, ficou deliberado que melhor avaliação disso tudo deveria ser feita quando da remessa do contrato ao Tribunal, quando então seriam averiguados os reflexos que traria aquela exigência à competitividade do certame, já que poderia dele inibir a participação de eventuais interessados. Surge, então, a indicação de que das 41 empresas que retiraram o edital, apenas 2 participaram do certame, tomado tal fato como indicativo da exorbitância dos índices exigidos. Dizer, tão-

só, que assim se deu por força da restrição imposta pela exigência comentada, não colhe, com todo respeito. A fls. 6670 e 6671 do 34º Volume são apresentados quadros sinóticos que mostram, em reportagem dos documentos de fls. 6676/6747, que das 41 empresas que retiraram o edital, 12 delas atendiam os combatidos índices sobre os quais versam a presente. Se a preocupação do TCE era, na análise ordinária da matéria, aferir se a exigência dos índices combatidos influiria na competitividade do certame, na análise que desses números se faz, tem-se resposta negativa àquela pergunta. É certo, toda essa documentação não foi, à época, apresentada ao TCE, mas uma vez veiculadas nesta instância, inegável que a competitividade do certame não foi afetada. O por que de apenas duas empresas terem participado do certame, dentre as quarenta e uma que retiraram o edital, onde dentre elas doze havia que ao menos satisfaziam o requisito controvertido, é resposta que nesta ação não se pode dar. O fato é que, sob o ponto de vista da competitividade do certame, não se pode, tão só com base nesses elementos, afirmar que os ditos excepcionais índices exigidos tenham, como afirmado pelo autor, contribuído para restrição da competição. É bom destacar, nesse passo, transcrição que a inicial faz da fala do Secretário-Diretor Geral, quando opina no caso em testilha, *in verbis* a fls. 12, a partir do último parágrafo: "...ainda que se considere o montante do dispêndio, assim como lapso temporal necessário à consecução do serviço pretendido, não há que se falar que este possua elevada sofisticação técnica, e bem por isso penso que a origem exorbitou na eleição dos índices adotados, posto que a participação de apenas dois proponentes, num universo de quarenta e um que adquiriram o edital, não pode ser tida como razoável" grifo meu. Observe-se que o fato de apenas duas empresas terem participado do certame é o fator a que se prende o TCE para sustentar que houve exorbitância na eleição dos índices em discussão, arriscando a Secretaria-Diretoria Geral daquela Corte que não a consecução do serviço pretendido não possui elevada sofisticação técnica. Ser, ou não, de elevada sofisticação técnica a consecução do serviço pretendido, ainda que considerada naquela opinação, é fator que não repercute nos fatos e fundamentos do pedido feito, lembre-se, calcado tão somente na nulidade do processo de licitação, fundamentalmente por exigir comprovação de qualificação econômica, com exigência de índices de liquidez geral e corrente

fixados muito além do indispensável à garantia do cumprimento das obrigações que deveriam ser assumidas, atentando, assim, contra os princípios da impessoalidade, eficiência e economicidade, com restrição da competição. E como antes já analisado, a só ocorrência de duas das quarenta e uma eventual interessadas em participar do certame, por pelo menos doze delas atenderem aquelas exigências, não pode ser considerado atentatória à competitividade da licitação. Se não houve restrição à competição, não houve violação aos princípios da impessoalidade, eficiência e economicidade, e portanto violação expressa ao caput e incisos VIII e XII do art. 10 da Lei 8429/92, não se deu, o mesmo se dizendo em relação ao art. 11 dessa mesma, restando indene o inciso XXI do art. 37 da CF. Por fim, quanto às obrigações contratadas que não estariam sendo cumpridas, especificamente no que tange à construção de uma estação de tratamento de esgoto e produção de água não potável, e que estaria trazendo real perda patrimonial ao Município, foi taxativo o autor na inicial a fls. 15, seria isso melhor investigado no bojo do inquérito civil 11/07, instaurado em 31 de maio de 2007, pela Promotoria de Justiça da Cidadania de Mauá, onde, em conjunto com órgãos técnicos do TCE seriam realizadas fiscalizações *in locu* por parte do setor de engenharia, bem como análise profunda da parte econômica e contábil do projeto (último parágrafo), excluía ficando a questão de análise nesse processo.

Com todas essas considerações, portanto, nos termos do § 8º do art. 17 da Lei 8429/92, REJEITO a ação, convencido que estou da inexistência do ato de improbidade indicado na inicial. Sem sucumbência, custas na forma da lei. R e l.

Mauá, 29 de março de 2011

Olavo Zampol Júnior

Juiz de Direito