

Vistos.

Processo em ordem.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, qualificado e representado nos autos (fls. 02), com fundamento nos preceitos legais indicados, ajuizou a presente Ação Civil Pública, com o trâmite pelo rito processual especial [Vara da Fazenda Pública], contra SIDNEI FRANCO DA ROCHA, SEBASTIÃO MANOEL ANANIAS e VAL ROCHA ENGENHARIA LTDA, também qualificados e representados (fls. 811, 844 e 1645/1646, respectivamente). A ação civil pública indica a prática de atos de improbidade administrativa na condução de processo de licitação.

Pediu-se a antecipação da medida de cautela, com a decretação da indisponibilidade do patrimônio e o julgamento da procedência da pretensão. Pediu-se a formalização da citação e das intimações necessárias. A petição inicial veio instruída com os documentos informativos (fls. 02/32) das alegações. Foi recepcionada a petição inicial (fls. 738/740). Recurso de agravo de instrumento interposto (fls. 39/48) contra a decisão, com negativa de provimento (fls. 216/248). Notificação e informações ofertadas (fls. 53/147) na fase preliminar. Impugnação (fls. 150/166). Recebimento (fls. 170) da ação civil pública. Citação (fls. 173) e oferecimento de defesa pelo requerido (fls. 180/187). Réplica (fls. 190/204).

O **Município de Restinga** solicitou o ingresso (fls. 175/177), no polo ativo, com o deferimento (fls. 208). Ofício para a vinda de informações do Município sobre os valores recebidos pelos contratados (fls. 210) e resposta (fls. 253/295). Redistribuição do feito pela instalação da **Vara da Fazenda Pública da Comarca de Franca** e recebimento (fls. 302). Momento processual para a especificação e justificação das provas pretendidas, com ausência de interesse dos litigantes. O processo foi preparado pela serventia e veio para conclusão - decisão. É o relatório. Fundamento e decido.

I — **JULGAMENTO** — Julgo antecipadamente. É possível o julgamento da lide. É desnecessária a produção de provas complementares para o pronunciamento [artigo 355, inciso I, do Código de **Processo Civil**]. Evitar-se-á a produção de provas desnecessárias ao desate da lide [artigo 370 do **Código de Processo Civil**]. Decidiu o Egrégio **Supremo Tribunal Federal**: “a necessidade de produção de prova em audiência há que ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique em cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado” [RE 101.171/SP, Ministro Francisco Rezek].

II — **PEDIDO E DEFESAS** — A ação civil pública indica a prática de atos de improbidade administrativa na condução de processo de licitação. Defesas ofertadas. As peças de defesa informam a regularidade administrativa na realização do procedimento de licitação. III — **PRESSUPOSTOS** — Observa-se a competência pelo local de ocorrência do fato considerado ilegal e configurado como improbidade [Lei nº 7.347/1885, artigo 2º (**Lei da Ação Civil Pública**)]. A competência da **Vara da Fazenda Pública** se firma pela natureza da pretensão, com nítido interesse público [Lei nº 7.347/1885 (artigo 2º da **Lei da Ação Civil Pública**)], **Código Judiciário do Estado de São Paulo** (Decreto-lei Complementar nº 3/1969) e Lei nº 12.153/2009 (**Lei dos Juizados da Fazenda Pública**).

De início, a competência das **Varas Cíveis** e, com a instalação da **Vara da Fazenda**, a sua competência e a redistribuição do feito ordenada pelo **Conselho Superior da Magistratura**. Também não se trata de procedimento criminal, quando a competência, no exercício da função pública de prefeito competiria ao **Egrégio Tribunal de Justiça** originariamente. Há competência. Observa-se também a legitimidade ativa do **Ministério Público do Estado de São Paulo** para a propositura da ação civil pública na defesa da moralidade e legalidade na condução do erário público [**Constituição Federal** (artigo 129, inciso III), **Lei da Ação Civil Pública** (artigo 1º, inciso IV e artigo 5º da Lei nº 7.347/1885), **Lei de Improbidade** (artigo 17 da Lei nº 8.429/1992), **Lei Orgânica do Ministério Público** (artigo 25 da Lei Federal nº

8.625/1993) e **Lei Orgânica do Ministério Público Estadual** (artigo 103, inciso VIII, da Lei Complementar nº 734/1993)].

É Súmula: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público’ [Superior Tribunal de Justiça, Súmula nº 329]. Há legitimidade ativa. A legitimidade passiva decorre da responsabilidade pela ação praticada no exercício da atividade pública. Os requeridos exerciam atividade pública (Prefeito e Secretário Municipal) e questiona-se a ação ímproba na condução da licitação [artigo 2º da Lei de Responsabilidade]. A empresa participou do processo, e sua ingerência lhe legitima também [artigo 3º da mesma legislação]. Há legitimidade passiva. A prescrição vem regulada pela legislação especial [artigo 23, inciso I, da Lei de Improbidade], com prazo de cinco anos “após o término do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”.

Não houve sua fluência. E os efeitos do recebimento da ação retroagem da data da sua propositura [artigo 219, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, na época], interrompendo a fluência do lapso prescritivo. O inquérito civil é peça de investigação e coleta elementos para o Ministério Público na busca de informações. “O Inquérito Civil é um procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público; seu objetivo é a coleta de elementos de convicção que sirvam de base à propositura de uma ação civil pública para a defesa de interesses transindividuais ou seja, destina-se a colher elementos de convicção para que, à sua vista, o Ministério Público possa identificar ou não a hipótese em que a lei exige sua iniciativa na propositura de alguma ação civil pública” [Hugo Nigro Mazzilli, 'Ação Civil Pública', Editora Revista dos Tribunais]. A própria faculdade do procedimento de investigação e a sua instauração não evidenciam a necessidade do contraditório, embora se evidencie na execução a efetiva participação dos requeridos. Em ordem o feito.

IV – Análise Partes legítimas e bem representadas. Existe interesse no prosseguimento do processo. Estão presentes os pressupostos processuais. Estão presentes os elementos condicionais da ação civil pública. Vamos ao mérito. A ação civil pública indica a prática de atos de improbidade administrativa na condução de processo de licitação. A argumentação se baseia na ausência de respeito aos preceitos constitucionais e da legislação especial referentes aos procedimentos no processo de licitação. Discutem-se cinco situações. O prejuízo ao certame pela participação de única empresa; a falta de pesquisa do preço do serviço contratado; as cláusulas restritivas aos participantes; a ausência de empenho prévio e o aditamento depois da extinção do contrato.

De início, as informações do procedimento administrativo colacionado pelo **Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo** não condicionam a propositura da ação civil. Nem as ingerências da esfera criminal, cível ou administrativa, pela independência das instâncias [artigo 12 da Lei de Improbidade]. O **Tribunal de Contas** é órgão auxiliar do **Poder Legislativo** na fiscalização contábil, financeira e orçamentária do **Poder Executivo**, e a ele compete a atribuição de fiscalização das contas públicas e as suas decisões de aprovação ou rejeição das contas tem natureza administrativa: não vinculam o **Poder Judiciário** nas ações onde se discute a prática de atos de improbidade administrativa [artigo 21 da Lei de Responsabilidade].

Servem de base para a análise da situação verificada, e norteiam de certo modo a investigação. Mas, uma situação de irregularidade administrativa poderá não ser suficiente para a configuração de um ato de improbidade administrativa. E, aqui, percebe-se a dubiedade das conclusões do **Tribunal de Contas**, quando analisou situações parecidas. Mesmo no âmbito da análise da licitação [PA 19.146/2006, Concorrência nº 19/2006] realizada pelo **Município de Franca**, verificou-se a regularidade pela assessoria técnica (fls. 63, vol. 1) do tribunal da licitação, mas a sugestão não veio acatada pelo relator. E a divergência de manifestações do **Tribunal de Contas** sobre casos semelhantes, revela que os atos praticados no processo de licitação pelos agentes públicos (Prefeito e Secretário Municipal) não se configuraram como de improbidade, mas são irregularidades cometidas, passíveis de penalização na esfera administrativa quando da análise das contas pelo órgão, pois sem prejuízo material ao erário público, e sem a roupagem da intenção dolosa e de má fé na condução do interesse público.

“Improbidade é maldade, perversidade, corrupção, devassidão, desonestidade, falsidade, qualidade de quem atenta contra os princípios e as regras da lei, da moral e dos bons costumes,

com propósitos maldosos ou desonestos. Ausente essas características na inobservância formal do ordenamento não há como aplicar pena por improbidade ao agente público” [Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 400.147.5/5, Comarca de Auriflamma, Des. Renato Nalini, Data j. 15/06/2006]. A ilegalidade não é sinônimo de improbidade administrativa. “De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado” [Superior Tribunal de Justiça, Resp. nº 213.994/0, Minas Gerais, Ministro Garcia Vieira, Data j. 29/09/1999]. Item a item, vejamos. Através do edital, o **Município de Franca** iniciou, a pedido da **Secretaria de Planejamento Urbano**, o início do processo de licitação [PA nº 19.146/2006 e Concorrência nº 19/2006], modalidade concorrência [artigo 22, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993 (Lei de Licitações)], para a contratação de menor preço unitário, visando à aquisição inicial metros cúbicos de concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ).

Houve aditamento do contrato e um acréscimo contratual de vinte cinco por cento (**25%**) para o fornecimento de mais metros cúbicos. A única participante, proponente e vencedora do certame, foi a empresa **Val Rocha**, e eram prefeito e secretário municipal na época, **Sidnei Franco** e **Sebastião Ananias**. São as irregularidades. O prejuízo ao certame pela participação de única empresa; a falta de pesquisa do preço do serviço contratado; as cláusulas restritivas aos participantes; a ausência de empenho prévio e o aditamento depois da extinção do contrato, ou, na exata indicação da petição inicial: a) a participação de apenas uma sociedade empresária no certame; b) a não realização de orçamento com indicação de pesquisa de mercado; c) a presença de cláusulas restritivas no edital; d) valor de empenho inferior ao contratado ocasionando a emissão de notas de empenho posteriores ao saldo remanescente e termo aditivo; e) o aditamento do contrato a pedido da contratada, após a extinção do contrato, dentre outras ilegalidades.

Três empresas fizeram a retirada do edital do certame, mas somente uma participou efetivamente da licitação. Houve publicidade. Observou-se o preceito da legislação na publicação de edital para chamamento dos interessados, e quando as empresas retiraram as regras do certame [“Artigo 30. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” / Lei de Licitações].

A participação de somente uma empresa não é tão incomum, mesmo em pregões, mas a situação não evidencia fraude ou conluio fraudulento das pessoas jurídicas, e mesmo, a participação dos agentes públicos intencionalmente. Não há como obrigar a participação de empresas nos processos de licitação realizados pelo Poder Público, mas, e friso, a análise será necessária se houver verificação de ações intencionais fraudulentas. Não foi o caso. A ausência da cotação do preço de mercado do concreto, base para o início da licitação e verificação dos parâmetros, veio suprido pela pesquisa realizadas pelo setor, quando analisou as planilhas de compra do mesmo produto em licitações anteriores e pela planilha do Departamento Estadual de Estradas. O balizamento de preços para a compra é indicado pela legislação, e foi feito pela pesquisa da compra do mesmo produto em outras licitações e lista correlata de ente público do Estado.

[“Artigo 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...) V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública”]. E o mais importante, o preço praticado se encontrava condizente com o preço de mercado do produto licitado, o concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ). A própria manifestação do Município de Franca, no âmbito do inquérito civil e no Tribunal de Contas, indica o preço cotado e demonstra a ausência de prejuízo (fls. 210/271 - vol. 2). Claro, houve falha no procedimento de apuração do preço do produto licitado pelo ente público, mas, de maneira alguma, o fato se enquadra na improbidade. Tanto, que o Tribunal de Contas não indicou prejuízo material pela valoração do produto adquirido. Também se alegou a existência de cláusulas de restrição no edital, impedindo a livre participação, quais sejam, a apresentação do certificado de registro cadastral, a presença de engenheiro nos quadros da sociedade empresária e a qualidade técnica da pessoa jurídica, a sua capacidade de participação e entrega do produto licitado e o horário para visitação.

Nenhuma das indicações impediu a participação das empresas no processo de licitação e a suposição, pela participação de única empresa, não gera a conclusão de ilegalidade e cerceamento. Muito menos a improbidade. E o próprio **Tribunal de Contas do Estado**, na análise de outros certames, como se observa da leitura das decisões administrativas, colacionadas e no próprio sítio eletrônico do tribunal, revelam divergências de conclusão. O setor técnico, como dissemos, não indicou irregularidades para rejeição das contas, mas a análise foi superada pelo relator. Não houve impugnação, também, do edital do certame. Depois, a qualidade técnica, segundo nossa compreensão, não alija do processo as empresas, mas aumenta a chance de sucesso da vencedora do certame realizar o cumprimento do contrato licitado.

Sobre o horário de visita, restrito e diminuto, não levou a inabilitação da empresa participante. O registro de engenheiro no quadro da sociedade também não alijou profissional habilitado autônomo, como bem indica as decisões administrativas. A divergência da aplicação das súmulas pelo **Tribunal de Contas** é patente, e o próprio **Município de Franca**, acatando o novo entendimento da Corte, comprometeu-se ao cumprimento. Na verdade, nenhuma das cláusulas do edital foi impugnada pelas empresas interessadas, e nenhuma cláusula restringiu a execução da licitação. Evidente, que aqui se revela a dificuldade do transporte do produto e a alteração do preço pela distância percorrida. Estas, ao que parece, foram as causas de única participação, frente ao preço lançado pelo ente público.

Os termos do edital (item 5 e subitens) não serviram para a inabilitação, nem cerceamento a participação, mas recomendam modificação de sua redação para melhor equacionamento nas próximas licitações, como indicou o próprio relato do **Tribunal de Contas**. Finalmente, verifico a presença do empenho e pagamentos no curso do processo de licitação (fls. 335/415 - vols. 3/4), sempre com a apresentação da nota do serviço, e havia orçamento suficiente para o encargo contratado, bem como, não se verifica ilegalidade no aditamento, seguindo percentual previsto na lei [artigo 65 da Lei de Licitação]. Houve solicitação do aditamento pela empresa, e parecer jurídico do ente público pela sua recomendação, sem estar o contrato extinto [início 06/10/2006 e término 06/04/2007 nas fls. 141], com pedido de aditamento antes do término [fls. 146 com data de 1503/2007], e trâmite regular (fls. 146/155 vol. 1).

Esta situação nem foi aventada pelo **Tribunal de Contas** na apreciação do contrato, e não revela irregularidade. Portanto, sob o aspecto da improbidade administrativa, “maldade, perversidade, corrupção, devassidão, desonestidade, falsidade, qualidade de quem atenta contra os princípios e as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos”, não verifico elemento para a sua configuração, frente ao processo de licitação realizado pelo **Município de Franca** [PA 19.146/2006, Concorrência nº 19/2006]. Não se esconde as irregularidades, passíveis de penalização na esfera administrativa. Não houve prejuízo ao erário público e os agentes, **Sidnei Franco da Rocha** e **Sebastião Manoel Ananias**, prefeito e secretário na época, não agiram dolosamente, ou intencionados a causar prejuízo ou benefício a terceiros.

A empresa **Val Rocha** participou do certame e realizou a entrega do produto combinado como licitado. Sobre as matérias referentes à conduta pessoal, bem como, eventual mácula ao sentimento pessoal, compreendo de cabe a cada um, na esfera de sua atuação, e se interesse, providenciar as medidas cabíveis. Finalmente, para efeito de julgamento, e nos limites da legislação [artigo 489 do Código de Processo Civil], todos os outros argumentos deduzidos no processo não são capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada. Este o direito.

V — **DISPOSITIVO**. Em face de todo o exposto, com fundamento nos preceitos legais indicados [artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade), Constituição Federal, Lei de Licitações e preceitos especiais], julgo improcedente a pretensão [ação civil pública], formulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra SIDNEI FRANCO DA ROCHA, SEBASTIÃO MANOEL ANANIAS e VAL ROCHA ENGENHARIA LTDA, extinguindo o processo, com resolução de mérito, pois não reconheço a prática de atos de improbidade administrativa na condução do processo de licitação [PA 19.146/2006, Concorrência nº 19/2006], mas irregularidades na condução do procedimento, sem natureza dolosa e intencional.

SUCUMBÊNCIA. Pela caracterização da sucumbência e pela imposição dos ônus consequentes pelo princípio da causalidade [artigo 82 e seguintes, do Código de Processo Civil], condeno órgão ministerial ao pagamento das custas e das despesas processuais, atualizadas do efetivo recolhimento, e tudo encontrado na fase de liquidação, com ressalva as isenções legais. Descabe a condenação na verba honorária advocatícia. **COMUNICAÇÃO.** Providencie a serventia o encarte da presente decisão nas ações correlatadas propostas e com discussão sobre a imposição da penalidade administrativa pelo Tribunal de Contas para conhecimento. Ciência. Oficie-se. Publique-se. Registre-se. Comunique-se. Intime-se e cumpra-se. Franca, 29 de novembro de 2016.