

Não vale como certidão.**Imprimir**

Processo : **0011334-53.2006.8.08.0024 (024.06.011334-7)** Petição Inicial :
200600292542 Situação : **Tramitando**
Ação : **Ação Civil de Improbidade Administrativa** Natureza : **Fazenda Pública**
- **Resolução 005/2012** Data de Ajuizamento: **04/05/2006**
Vara: **VITÓRIA - 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS, MEIO AMBIENTE E SAÚDE**

DistribuiçãoData : **28/02/2012 13:09**Motivo : **Redistribuição por Sorteio****Partes do Processo****Requerente**

MINISTERIO PUBLICO ESTADUAL

Requerido

SEBASTIAO DE SOUZA PAGOTTO
6510/ES - OMAR DE ALBUQUERQUE MACHADO JUNIOR
EDNA MARA PEREIRA PINTO
999981/ES - DEFENSOR PUBLICO
JOSE ARTHUR BERMUDEZ DA SILVEIRA
005926/ES - EDUARDO THIEBAUT PEREIRA
JOSE MARCOS CALIL SALIM
001567/ES - GLADYS JOUFFROY BITRAN
003895/ES - MARIA DO CARMO SUPRANI BONGESTAB
ARTHUR CAMPAGNOLI
001567/ES - GLADYS JOUFFROY BITRAN
003895/ES - MARIA DO CARMO SUPRANI BONGESTAB
SEBASTIAO LUIZ FOLADOR MENDES
001567/ES - GLADYS JOUFFROY BITRAN
003895/ES - MARIA DO CARMO SUPRANI BONGESTAB
HIDROBRASIL SANEAMENTO E LIMPEZA INDUSTRIAL LTDA
225A/ES - FRANCISCO ANTONIO CARDOSO FERREIRA
FORTE AMBIENTAL LTDA ME
33B/ES - GUALTEMAR SOARES

Juiz: JULIO CESAR COSTA DE OLIVEIRA**Sentença**

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

VITÓRIA - 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REGISTROS PÚBLICOS, MEIO AMBIENTE E SAÚDE

Número do Processo: **0011334-53.2006.8.08.0024 (024.06.011334-7)**Requerente: **MINISTERIO PUBLICO ESTADUAL**

Requerido: **ARTHUR CAMPAGNOLI, JOSE ARTHUR BERMUDEZ DA SILVEIRA, SEBASTIAO DE SOUZA PAGOTTO, HIDROBRASIL SANEAMENTO E LIMPEZA INDUSTRIAL LTDA, SEBASTIAO LUIZ FOLADOR MENDES, EDNA MARA PEREIRA PINTO, FORTE AMBIENTAL LTDA ME, JOSE MARCOS CALIL SALIM**

S E N T E N Ç A**VISTOS ETC. . .**

Trato de AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO em face de FORTE AMBIENTAL LTDA. E OUTROS (6) sustentando, em suma, a prática, por parte dos réus, de diversos atos ímprobos que culminaram com prejuízo ao erário, nos termos do art.10 da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), no curso do procedimento licitatório concorrencial de n. 02/2000, bem como da execução do contrato administrativo com a pessoa jurídica vencedora do certame, pugnando, nessa esteira, pela condenação dos réus nos termos do art. 12, II, da LIA.

Em sua petição inicial, o *parquet* embasa seu pleito condenatório nos seguintes termos: a) no ano de 2000, foi iniciado procedimento licitatório visando à contratação de empresa para a realização dos serviços de desobstrução e limpeza de redes e galerias de águas pluviais e esgotos, carga e transporte e disposição final dos detritos, em uma distância de 35 quilômetros, nas regiões 01, 02, 03 e 07 de Vitória; b) o procedimento licitatório foi direcionado à ré FORTE AMBIENTAL LTDA., uma vez que foram previstas no edital do certame diversas cláusulas restritivas da participação de outras empresas (como, por exemplo, a exigência de licença municipal ambiental, sendo que, à época, tal licença não era possível), tudo com a finalidade de beneficiar apenas a ré mencionada, que, ao final, acabou, efetivamente, sendo a vencedora do certame; c) a comprovar o direcionamento, ainda, esclareceu que o principal sócio da sociedade empresária vencedor, SEBASTIÃO PAGOTTO, era também sócio da pessoa jurídica DESENTUPIDORA LIDER LTDA., a qual era a então prestadora dos mesmos serviços àquela municipalidade; d) sustentou, ainda, que o contrato posteriormente firmado foi objeto de superfaturamento, e isso porque: d.1) o valor excedia em aproximadamente 100% (cem por cento) aquele que havia sido contratado quatro anos antes, quando realizado o último procedimento licitatório anterior àquele questionado nestes autos, não havendo qualquer razão lógica, mercadológica ou econômica que justificasse tal discrepância de valores; e d.2) a confirmar o sobrepreço praticado, deve-se ainda considerar que o valor apresentado pelo licitante vencedor era R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais) superior ao do outro licitante que participou do certame (no caso, a V.A. ENGENHARIA LTDA.), a qual, porém, foi, de maneira injusta, inabilitada do certame; e) no curso da execução do contrato, este foi objeto de prorrogação ilegal após o término de seu prazo de vigência, e isso porque, quando a prorrogação foi realizada, o contrato já se encontrava findo, o que também reforça o tratamento diferenciado e privilegiado que era dispensado à pessoa jurídica ré pelos agentes públicos listados na inicial.

Os réus foram notificados e apresentaram defesas prévias às fls. 4.687, 5.245, 6.934/6.940 (PREFEITURA DE VITÓRIA), e 6.948/6.963, defendendo, basicamente, a legalidade dos atos administrativos questionados nos autos e requerendo a extinção, preliminar, desta ação de improbidade, com o reconhecimento de sua improcedência.

A petição inicial foi recebida por meio do despacho de fl. 7.402, posteriormente complementado pela decisão de fls. 7.224/7.226.

O réu JOSÉ ARTHUR BERMUDEZ DA SILVEIRA ofereceu contestação às fls. 7.098/7.126 sustentando a legalidade de todos os atos narrados na inicial do *parquet* e pugnando pela improcedência desta demanda.

Os réus ARTHUR CAMPAGNOLI, JOSÉ MARCOS CALIL SALIM E SEBASTIÃO LUIZ FOLADOR MENDES ofereceram contestação às fls. 7.143/7.185 sustentando, preliminarmente, o cerceamento ao seu direito de defesa, tendo em vista a falta de dilação de prazo para manifestação e de acesso aos autos, estes de grande extensão, impossibilitando o regular labor dos procuradores que os representam, a inépcia da inicial, uma vez que, dos fatos narrados, não é possível extrair qualquer consequência jurídica sancionatória aos contestantes, e a prescrição da demanda. No mérito, defenderam a legalidade de todos os atos praticados e a inexistência de qualquer elemento de prova que justifique a imputação, a eles, de atos de improbidade administrativa.

Às fls. 7.207/7.221, os réus FORTE AMBIENTAL LTDA. E SEBASTIÃO LUIZ PAGOTTO ofereceram contestação pugnando pela improcedência da lide, reforçando a ausência de qualquer elemento que se caracterize como ímprobo dentro da narrativa fática constante da inicial.

Às fls. 7.542/7.543, a ré EDNA MARA PEREIRA, por seu curador especial, tendo em vista ter sido citada por edital e não se ter apresentado contestação de forma tempestiva, apresentou contestação por negativa geral, requerendo a improcedência desta demanda.

O *parquet* ofereceu réplica às fls. 7.524/7.530 pugnando pela rejeição das preliminares ofertadas pelos réus e requerendo o julgamento antecipado da demanda, ou, caso se entenda pela necessidade de dilação probatória, pela sua posterior oportunização ao replicante.

Às fls. 7.546/7.551 foi proferida decisão de saneamento, oportunidade em que foram rejeitadas todas as preliminares apontadas, fixados os pontos controvertidos, deferida a produção da prova pericial e, posteriormente à sua realização, também das provas testemunhal e documental.

Às fls. 7.556/7.562, 7.570/7.578, e 7.693/7.697, as partes apresentaram seus assistentes técnicos e ofereceram os respectivos quesitos quanto à perícia que fora deferida.

À fl. 7.783/v, o Ministério Público Estadual desistiu da prova pericial cuja produção havia requerido.

Às fls. 7.791/7.792, o perito designado pelo juízo ofereceu seus honorários para a realização da perícia.

À fl. 7.811, foi determinada a intimação das partes para que realizassem o pagamento dos honorários periciais, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de preclusão.

Às fls. 7.813/7.815 e 7.819, os réus ARTHUR CAMPAGNOLI, SEBASTIÃO FOLADOR e JOSÉ CALIL SALIM noticiaram sua impossibilidade econômica de arcar com os honorários periciais, nos termos do que proposto pelo *expert*, requerendo a intimação deste para aceitar o pagamento de forma parcelada, ou, subsidiariamente, a concessão de dilação de prazo para que as partes tentem levantar o montante necessário para pagamento, enquanto o réu JOSÉ ARTHUR BERMUDEZ DA SILVEIRA noticiou sua impossibilidade econômica de realizar o pagamento dos honorários em comento e requereu a concessão, em seu favor, dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

É o sucinto relatório, decido:

Ab initio, observo que se encontra pendente a produção de provas de natureza pericial contábil, testemunhal e documental, todas, por sinal, deferidas na r. decisão de saneamento.

Ocorre, porém, que, na esteira do que passarei a demonstrar adiante, tenho, após analisar com bastante atenção os fatos que constituem a causa de pedir e o pedido contidos na petição inicial desta ação de improbidade administrativa, nenhuma das provas cuja produção se encontra pendente (e que, pelo que pude observar, foi a principal responsável pelo já alongado período de tramitação da demanda) se mostra imprescindível para o julgamento de mérito, razão por que tenho por aplicável, neste momento, a previsão contida no artigo 355, I, do Código de Processo Civil de 2015, que permite o julgamento antecipado do mérito quando “não houver necessidade de outras provas”.

Ainda quanto a este ponto, relembro que este processo se encontra dentre aqueles contidos na “Meta 4” do Conselho Nacional de Justiça, tendo sido ajuizado em 2006, ou seja, com tempo de tramitação superior a 13 anos, sem qualquer indicação de um desfecho próximo.

Nessa linha, ainda que não se descure que a necessidade de observância ao princípio da duração razoável do processo não pode suplantar o devido processo legal e o direito das partes à plena atuação probatória para a comprovação dos fatos controvertidos, fato é que, no caso destes autos, repiso, as diligências probatórias pendentes em nada contribuirão para o julgamento de mérito, e isso porque os elementos documentais já produzidos são plenamente suficientes para embasar o pronunciamento de mérito, a partir da narrativa constante da petição inicial e do conteúdo das manifestações defensivas das partes.

Portanto, e considerando que, na esteira do entendimento consolidado do c. Superior Tribunal de Justiça, “os princípios da livre admissibilidade da prova e da persuasão racional autorizam o julgador a determinar as provas que repute necessárias ao deslinde da controvérsia, e a indeferir aquelas consideradas prescindíveis ou meramente protelatórias”, não configurando “cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção da prova solicitada pela parte, quando devidamente demonstrada a instrução do feito e a presença de dados suficientes à formação do convencimento” (AgInt no AREsp n. 1.457.765/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/8/2019, DJe 22/8/2019), passo ao

julgamento antecipado do mérito, o que faço consoante os fundamentos expostos a seguir.

Antes de adentrar o mérito, pontuo, de início, que todas as questões preliminares aventadas pelas partes já foram objeto de apreciação, e rejeição, na r. decisão de saneamento (fls. 7.546/7.551), razão pela qual, não havendo preliminar pendentes, passo imediatamente ao exame meritório desta lide.

Relembro, nessa esteira, que tratam estes autos de uma ação de improbidade administrativa ajuizada pelo *parquet* estadual em face dos réus (pessoa jurídica contratada, seus dois sócios, os três membros da comissão permanente de licitação municipal e, por fim, o Secretário Municipal de Obras à época) fundada nos seguintes pedidos e causas de pedir: a) no ano de 2000, foi iniciado procedimento licitatório visando à contratação de empresa para a realização dos serviços de desobstrução e limpeza de redes e galerias de águas pluviais e esgotos, carga e transporte e disposição final dos detritos, em uma distância de 35 quilômetros, nas regiões 01, 02, 03 e 07 de Vitória; b) o procedimento licitatório foi direcionado à ré FORTE AMBIENTAL LTDA., uma vez que foram previstas no edital do certame diversas cláusulas restritivas da participação de outras empresas (como, por exemplo, a exigência de licença municipal ambiental, sendo que, à época, tal licença não era possível), tudo com a finalidade de beneficiar apenas a ré mencionada, que, ao final, acabou, efetivamente, sendo a vencedora do certame; c) a comprovar o direcionamento, ainda, esclareceu que o principal sócio da sociedade empresária vencedora, SEBASTIÃO PAGOTTO, era também sócio da pessoa jurídica DESENTUPIDORA LIDER LTDA., a qual era a então prestadora dos mesmos serviços àquela municipalidade; d) sustentou, ainda, que o contrato posteriormente firmado foi objeto de superfaturamento, e isso porque: d.1) o valor excedia em aproximadamente 100% (cem por cento) aquele que havia sido contratado quatro anos antes, quando realizado o último procedimento licitatório anterior àquele questionado nestes autos, não havendo qualquer razão lógica, mercadológica ou econômica que justificasse tal discrepância de valores; e d.2) a confirmar o sobrepreço praticado, deve-se ainda considerar que o valor apresentado pelo licitante vencedor era R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais) superior ao do outro licitante que participou do certame (no caso, a V.A. ENGENHARIA LTDA.), a qual, porém, foi, de maneira injusta, inabilitada do certame; e) no curso da execução do contrato, este foi objeto de prorrogação ilegal após o término de seu prazo de vigência, e isso porque, quando a prorrogação foi realizada, o contrato já se encontrava findo, o que também reforça o tratamento diferenciado e privilegiado que era dispensado à pessoa jurídica ré pelos agentes públicos listados na inicial.

A presente demanda tem por objeto, portanto, a alegada prática de atos de improbidade administrativa que teriam ferido princípios administrativos (art. 11 da Lei de Improbidade – n. 8.429/92) e causado prejuízos ao erário (art. 10 da mesma norma), em decorrência de procedimento licitatório (no caso, a Concorrência n. 02/2000) aberto para a escolha de empresa para a realização de serviços de desobstrução e limpeza de redes e galerias de águas pluviais e esgotos, carga e transporte e disposição final dos detritos, em uma distância de 35 quilômetros, nas regiões 01, 02, 03 e 07 de Vitória, pelo período de 24 (vinte e quatro) meses, atos ímprobos estes que, em suma, resumiram-se ao direcionamento doloso do certame, com a finalidade de beneficiar a licitante que culminou por vencê-lo (a ora ré FORTE AMBIENTAL LTDA., então denominada HIDROBRASIL LTDA., bem como seu principal sócio, o também réu SEBASTIÃO PAGOTTO), à prática de sobrepreço, na medida em que o objeto licitado superou, em grande escala, o valor que era praticado no mercado, e, por fim, a prorrogação ilegal do contrato por mais 24 (vinte e quatro) meses, uma vez que referida prorrogação foi

realizada após o termo final do contrato inicial, demonstrando, portanto, a evidente intenção de beneficiar a empresa contratada.

Três, portanto, são os atos administrativos que o *parquet* reputa como ímprobos e que teriam envolvido todos os réus nesta demanda, os quais serão analisados de maneira individualizada na sequência.

Antes de fazê-lo, porém, entendo fundamental estabelecer premissas que guiarão a análise de todos esses atos, de forma que, por razão de lógica, passo imediatamente a esclarecê-las.

A Lei de Improbidade Administrativa, editada em 1992 e recebendo o n. 8.429, foi um verdadeiro marco na defesa do patrimônio público nacional, estabelecendo sanções severas para o servidor público que praticasse atos tidos como ímprobos.

Dentre tais atos, tal a severidade da norma, enquadraram-se não apenas aqueles que tenham ocasionado enriquecimento ilícito ao agente ou prejuízos ao erário, como, igualmente, os que tenham até mesmo acarretado violação a princípios administrativos.

E, considerando que, entre os princípios administrativos, encontra-se o da legalidade, passou-se a discutir, a partir da aplicação prática da LIA, especialmente em seus primeiros anos e da forma como a interpretava o Ministério Público (como é o caso desta demanda, em que os atos tidos como ímprobos foram praticados entre 2000 e 2002, ou seja, na primeira década de aplicação da Lei de Improbidade), se toda e qualquer ilegalidade ou irregularidade administrativa implicaria, necessariamente, a prática de atos de improbidade administrativa, considerando a previsão do art. 11 da LIA, ou, pelo contrário, se, a par do reconhecimento de eventual ilegalidade ou irregularidade, seria necessária a demonstração de requisitos específicos, que distinguíssem a atuação administrativa meramente inábil daquela efetivamente ímproba.

Nessa linha, e pacificando a questão, a jurisprudência do c. STJ, a partir de diferenciação realizada, inicialmente, pelo Ministro José Delgado, passou a entender que não há como equiparar o administrador eventualmente inábil com o ímprobo, e isso porque não é a simples ilegalidade ou irregularidade que caracterizará o ato de improbidade violador de princípios administrativos, mas, apenas, aquele que, a par da ilegalidade, revestir-se, igualmente, do dolo, da má-fé, da desonestidade, da intenção deliberada de praticar o ato de maneira contrária aos princípios que resguardam a Administração.

Ilustrando o entendimento que acabo de expor, cito este recente julgado do c. STJ:

DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO PELO ART. 11, VI (OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS POR DEIXAR O AGENTE PÚBLICO DE PRESTAR CONTAS QUANDO ESTEJA OBRIGADO A FAZÊ-LO) DA LEI 8.429/92. CONVÊNIO 816.101/2007, CELEBRADO ENTRE O

MUNICÍPIO DE BARRA DE SANTA ROSA/PB E O FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONDOTA QUE NÃO SE SUBSUME AO ART. 11, VI DA LIA, QUE DISCIPLINA O ATO ÍMPROBO ENSEJADOR DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS NUCLEARES ADMINISTRATIVOS POR AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS, QUANDO SE ESTÁ OBRIGADO A FAZÊ-LO. ACÓRDÃO DO TRF DA 5a. REGIÃO MANTIDO, POIS, DE FATO, NÃO HÁ TIPICIDADE FORMAL NA LIA QUANTO A EVENTUAL PRAZO DE DEMORA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO EX-PREFEITO QUE PUDESSE SIGNIFICAR A LINHA DE CRUZAMENTO PARA INGRESSO EM ATO ÍMPROBO. ADEMAIS, AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FORAM UNÂNIMES EM RECONHECER QUE O ENTÃO ALCAIDE APRESENTOU AS CONTAS DO CONVÊNIO, AINDA QUE A DESTEMPO, SINALIZANDO A FUNDAMENTAL DISTINÇÃO ENTRE IRREGULARIDADES FORMAIS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REGISTRE-SE, TAMBÉM, QUE A IDENTIFICAÇÃO DO DOLO É FUNDAMENTAL PARA A CONDENAÇÃO POR ATO MALEFICIENTE, O QUE NÃO OCORREU NA HIPÓTESE. AGRAVO INTERNO DO MPF A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se à conduta imputada ao Alcaide demandado - atraso em prestação de contas - pode ser atribuído o rótulo de improbidade administrativa.

2. A ilegalidade e a improbidade não são, em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), uma vez que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.

3. Verifica-se, in casu, que houve a apresentação das contas, não obstante a destempe, bem como a inexistência de efeitos deletérios ao ente público decorrentes da conduta imputada ao acusado.

4. O mero atraso no cumprimento da obrigação de prestar contas, desassociado a outros elementos que evidenciem de forma clara a existência de dolo ou má-fé, não configura ato de improbidade previsto no art. 11, VI da Lei 8.429/92.

5. Agravo Interno do MPF a que se nega provimento.

(AglInt no REsp 1518133/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 21/09/2018) - destaquei

Outra premissa que deve ser obrigatoriamente fixada é a de que, tratando-se de ação civil enquadrada no direito administrativo sancionador, é do autor (no caso, do Ministério Público) o ônus de provar a presença de todos os elementos caracterizadores do ato de improbidade administrativa, não sendo lógico, ou mesmo razoável, entender que cabe ao agente a quem se imputa o ato de improbidade o ônus de demonstrar que não praticou atos de tal natureza, seja violando princípios da administração, ocasionando prejuízos ao erário ou se enriquecendo de maneira ilícita.

Em suma, portanto, também na ação de improbidade, incide a regra do art. 373, I, do CPC/15, de maneira que cabe ao autor o ônus de comprovar a existência dos fatos constitutivos de sua pretensão.

Com essas premissas fixadas, passo a analisar, individualmente e a partir dos elementos de prova produzidos nos autos, os atos de improbidade administrativa que a inicial imputa aos réus da presente demanda.

DA ALEGAÇÃO DE DIRECIONAMENTO DO CERTAME EM FAVOR DE EMPRESA DE PROPRIEDADE DO RÉU SEBASTIÃO PAGOTTO

Da narrativa da inicial, extrai-se, em suma, que a Prefeitura de Vitória, supostamente, teria feito inserir no edital de convocação para o certame (Concorrência Pública n. 02/2000), diversos itens restritivos da concorrência e que teriam sido inseridos exclusivamente para beneficiar a licitante que culminou por vencer o certame (a ora ré HIDROBRASIL LTDA., hoje FORTE AMBIENTAL LTDA.), bem como seu sócio proprietário, o ora réu SEBASTIÃO PAGOTTO, que também era sócio proprietário da empresa DESENTUPIDORA LIDER LTDA., que era quem prestava, até aquele momento, os mesmos serviços (no caso, de limpeza e desentupimento de galerias) à municipalidade.

Mais especificamente, sustenta o *parquet* que o edital possuía determinado item (item 3.3, “o”) que exigiria dos participantes a apresentação de certidão fornecida pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente demonstrando o licenciamento municipal para o exercício do objeto licitado, sendo que referida certidão somente poderia ser obtida pela licitante vencedora (HIDROBRASIL), e não pelas demais participantes, o que reforça o interesse em direcionar o certame a esta última, que, como anteriormente visto, possuiria, como sócio proprietário, o mesmo da então prestadora do serviço.

Os argumentos, porém, não resistem a uma análise mais aprofundada dos elementos de prova carreados aos autos e dos fatos que culminaram por se mostrar incontrovertidos, se não vejamos.

Restou incontroverso nos autos que a Prefeitura Municipal de Vitória, diante da iminência do término do contrato firmado com a então prestadora do serviço de desentupimento de galerias, bem como diante da notória ampliação do número de galerias e ramais para escoamento de águas pluviais e esgotos realizada entre os anos de 1996 e 1999 (período de vigência do contrato em comento), viu a necessidade de realizar novo procedimento licitatório para contratação de empresas para realizar este mesmo serviço, desta feita atualizando o objeto para enquadrá-lo à nova realidade física já mencionada (em linhas mais simples, o serviço teria que ser substancialmente aumentado, uma vez que, em decorrência da ampliação das galerias para escoamento de chuvas visando a minorar os impactos dos conhecidos alagamentos existentes na Capital, o serviço anteriormente prestado não atingia mais os padrões esperados pelo poder público).

Diante deste cenário, a equipe técnica da Prefeitura, mais especificamente de sua Secretaria de Obras, comunicou a necessidade de realização do certame e requereu à Procuradoria Jurídica do Município a análise do edital a ser publicado, tendo recebido parecer em sentido positivo.

Devidamente respaldada pelo setor jurídico da Prefeitura, a Secretaria de Obras fez, então, publicar o edital, sendo que onze empresas realizaram visitas técnicas para aferir a possibilidade de prestação do serviço, cinco ofereceram caução, e duas efetivamente apresentaram propostas (V.A. ENGENHARIA LTDA. e HIDROBRASIL LTDA.).

Dentre as exigências de habilitação editalícias, havia, de fato, a necessidade de apresentação de uma certidão expedida pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente atestando o licenciamento municipal para realização do serviço de limpeza de galerias,

sendo que, à época, tal exigência era de impossível cumprimento, uma vez que referida Secretaria, à época, ainda não havia sido instituída (veja-se, portanto, que o cumprimento era impossível para todos os licitantes, incluindo a licitante vencedora, sendo que a inclusão de tal cláusula se deveu, provavelmente, a uma previsão equivocada, por parte do órgão licitante, no sentido de que, à época, referida Secretaria já se encontraria em funcionamento, o que não veio a ocorrer).

Diante deste cenário, a empresa V.A. ENGENHARIA LTDA. impetrou o mandado de segurança tombado sob n. 024.000.047.670, distribuído a esta Vara dos Feitos da Fazenda Pública Municipal, no bojo do qual foi proferida decisão liminar afastando a necessidade de apresentação do documento em comento e permitindo a participação da impetrante mesmo sem apresentá-lo.

Ao ser cientificada da decisão judicial, bem como da impossibilidade de obtenção da certidão pelos licitantes, a Secretaria Municipal de Obras imediatamente afastou referida exigência, permitindo a participação de ambas as empresas (veja-se novamente que tanto a V.A. ENGENHARIA LTDA., quanto a HIDROBRASIL LTDA. não haviam apresentado o documento exigido, considerando sua impossibilidade) ainda que sem apresentar a certidão em comento.

Prosseguindo na fase de habilitação das duas licitantes, no entanto, verificou, a comissão de licitação, que a licitante V.A. ENGENHARIA LTDA. não havia descumprido outra exigência editalícia para habilitação, que, no caso, consistia no depósito de 1% (um por cento) do valor do contrato para fins de caucionamento.

Penso, então, que por essa razão (ou seja, pela inexistência de depósito tempestivo da caução, nos termos exigidos pelo edital), que foi a licitante em comento inabilitada pela Comissão de Licitação, valendo a menção de que o edital previa expressamente tal consequência para o licitante que não preenchesse a exigência.

Ainda sobre o tema, observo que, contra a decisão de inabilitação da CPL (Comissão Permanente de Licitação) municipal, a licitante V.A. ENGENHARIA ofereceu recursos administrativos, os quais tiveram provimento negado, bem como impetrou mandado de segurança tombado sob n. 024.000.048.595, comunicando, ainda, este mesmo fato, nos autos do mandado de segurança de n. 024.000.047.670, que, como visto, fora impetrado inicialmente para questionar a exigência editalícia relativa à certidão ambiental municipal.

Vejo, também, que, nos autos dos *mandamus* acima mencionados, foram proferidas sentenças, que vieram a transitar em julgado, reconhecendo a legalidade do ato de inabilitação da impetrante, e isso porque, como visto, deixara de apresentar a pertinente caução, nos termos exigidos pelo edital, instrumento este que previa como consequência para tal lapso a inabilitação do licitante.

Em suma, portanto, e ao contrário do que sustenta a narrativa do *parquet* na inicial, os elementos dos autos não apontaram nenhuma espécie de direcionamento licitatório à licitante vencedora.

Pelo contrário, o que houve foi a inclusão de cláusula editalícia efetivamente inexecutável para todos os licitantes (inclusive o vencedor), fato este percebido no curso da fase de habilitação e corrigido no tempo devido, restando tal exigência afastada, bem como a inabilitação de um dos dois licitantes que participaram do certame (no caso, a V.A. ENGENHARIA LTDA.) pelo descumprimento de cláusula editalícia diversa, qual seja, o oferecimento tempestivo de caução, que, nos termos do instrumento convocatório e da própria Lei de Licitações, era exigência lícita e cujo descumprimento era suficiente para justificar a inabilitação do licitante.

Ainda quanto a este particular, reforço que a legalidade e a licitude da inabilitação da empresa V.A. ENGENHARIA LTDA. foram confirmadas por sentenças judiciais transitadas em julgado proferidas em mandados de segurança impetrados pela inabilitada, assim como foram respaldadas pela Procuradoria Jurídica do Município de Vitória, que igualmente se pronunciaram após consulta formulada pela Comissão de Licitação.

Vê-se, pois, que não procede a tese ministerial neste particular, e isso porque não se comprovou, como visto, qualquer espécie de direcionamento licitatório à empresa vencedora, valendo ainda a menção de que não há, na inicial ou em qualquer outra manifestação ministerial no curso desta lide, qualquer menção ao fato de que a empresa vencedora (HIDROBRASIL) teria descumprido qualquer exigência de habilitação que justificasse sua inabilitação do certame.

Reforço, por fim, que, segundo entendo, direcionamento ou improbidade haveria caso a CPL efetivamente habilitasse a empresa V.A. ENGENHARIA LTDA., e isso não apenas porque restara incontroverso o descumprimento de exigência habilitatória (de maneira que a habilitação feriria, por óbvio, princípios comezinhos e caros ao direito administrativo, tais como a impessoalidade, a isonomia de tratamento e a legalidade), como, também, porque havia sentenças judiciais transitadas em julgado reconhecendo a legalidade da inabilitação, não podendo a CPL, portanto, simplesmente desconsiderá-las.

Como consideração final, observo ainda que as alegações autorais no sentido de que o réu SEBASTIÃO PAGOTTO era um “sócio oculto” da empresa HIDROBRASIL LTDA., colocando como seus “laranjas”, dentre outros, a também ré EDNA MARA PEREIRA, não possuem qualquer relação com os atos de improbidade narrados na inicial desta demanda.

Nessa linha, caso tenha havido qualquer irregularidade societária, esta deve ser objeto de apuração na seara devida, seja cível/societária, seja até mesmo criminal, mas, uma vez que, como visto, os fatos narrados nestes autos dizem respeito, unicamente, à alegação de direcionamento licitatório à determinada pessoa jurídica, direcionamento este que, como visto, não ficou comprovado, exorbitaria os limites desta demanda a apuração das irregularidades narradas pelo *parquet*, razão pela qual delas não devem nem mesmo ser conhecidos.

Ainda sobre o tema, observo que não cabe aos agentes públicos listados na inicial desta ação de improbidade, os quais compunham, à época, o corpo técnico da Secretaria de Obras Municipal (a maior parte formada por engenheiros municipais), a realização de atividades de polícia investigativa para concluir pela legitimidade ou não da composição dos quadros societários das pessoas jurídicas que buscam participar de certames licitatórios.

Tais atribuições competem à polícia e ao próprio Ministério Público Estadual, não aos réus desta ação de improbidade.

A estes, cabia, apenas, a verificação quanto à presença dos requisitos necessários para a habilitação dos licitantes no certame, múnus este que, consoante ficou incontroverso na instrução desta demanda, os réus em comento exerceram de forma satisfatória, não sendo objeto de qualquer discussão na presente lide.

Comprovada, portanto, a inocorrência de qualquer espécie de direcionamento licitatório à licitante vencedora, não há como acolher a pretensão ministerial quanto a este particular, devendo a pretensão ser julgada improcedente.

DA ALEGADA PRORROGAÇÃO CONTRATUAL ILÍCITA

Prossegue o *parquet*, em sua inicial, sustentando que, depois de firmado o contrato administrativo para a prestação do serviço com a licitante vencedora, o que ocorreu em 27 de julho de 2000, contrato este que possuía a duração de 24 (vinte e quatro) meses, findando, portanto, em 27 de julho de 2002, a Prefeitura Municipal, por meio dos réus desta demanda e visando, unicamente, a beneficiar a empresa HIDROBRASIL, de propriedade do réu SEBASTIÃO PAGOTTO, promoveu, em 06 de agosto de 2002, a prorrogação do contrato por mais 24 (vinte e quatro) meses.

Assim, consoante a narrativa da petição inicial, o ato de improbidade estaria caracterizado porque o ente público, com a finalidade exclusiva de beneficiar a pessoa jurídica contratada, prorrogou contrato administrativo que, naquele momento, já se encontraria findo.

Após analisar os fatos narrados, bem como os elementos de prova produzidos tanto pelo *parquet* quanto pelos réus, não vislumbrei, entretanto, nem mesmo irregularidade que justificasse o enquadramento das condutas dos agentes listados na inicial nas previsões contidas na Lei de Improbidade Administrativa, e isso pelas seguintes razões.

Como corretamente narrou a inicial desta ação de improbidade administrativa, o contrato administrativo derivado da Concorrência Pública 02/2000 foi firmado entre a Prefeitura de Vitória e a empresa HIDROBRASIL LTDA. em 27 de julho de 2000,

possuindo a duração de 24 (vinte e quatro) meses, razão pela qual se findaria em 27 de julho de 2002.

Ocorre, porém, que, antes de chegar ao seu termo final, o contrato foi paralisado, somente vindo a ser retomado em agosto de 2002, quando, então, foi objeto de prorrogação (ocorrida, de fato, em 06 de agosto de 2002).

Assim, o argumento contido na inicial desta ação de improbidade, no sentido de que a prorrogação contratual seria nula, uma vez que realizada após o termo final do contrato, não se sustenta, e isso porque, como restou incontroverso nos autos, bem como foi documentalmente comprovado (fls. 7.623v/7.624), o que ocorreu, na realidade, foi que, em 22 de julho de 2002 (ou seja, cinco dias antes do termo final do contrato), a avença foi paralisada pela Prefeitura Municipal para que, considerando se tratar de um serviço de execução continuada (para o qual a Lei de Licitações, em seu art. 57, II, permite prorrogação por até sessenta meses), fosse verificada a viabilidade técnica e econômica de sua prorrogação por mais 24 (vinte e quatro) meses, ou a necessidade de realização de novo procedimento licitatório.

A paralisação contratual se deu, observo, até 06 de agosto de 2002, quando a Prefeitura Municipal, após a realização de procedimento que será mais esmiuçado adiante, concluiu que a prorrogação era mais consentânea com o interesse público do que a realização de novo certame licitatório, razão pela qual a avença foi efetivamente prorrogada por mais 24 (vinte e quatro) meses.

Nessa linha, e ao contrário do que sustenta o *parquet* na inicial, não houve, neste caso, a prorrogação de um contrato findo, muito menos realizada para beneficiar diretamente o contratado pela municipalidade.

O que houve foi a suspensão do contrato, ainda dentro de seu prazo de duração, para definição do interesse público em prorrogar ou não a avença, tendo esta sido prorrogada posteriormente, voltando a produzir seus regulares efeitos.

Assim, e exclusivamente embasado no fundamento mencionado na inicial, não houve qualquer irregularidade na prorrogação contratual já mencionada, razão pela qual a pretensão autoral também não pode ser acolhida.

Apenas a título de reforço argumentativo e ainda que referido argumento não tenha sido vertido nas razões da petição inicial do *parquet* (não podendo, portanto, ser objeto de análise por constituir ampliação indevida da *causae petendi* à míngua de anuência dos réus), adianto que também não vislumbrei qualquer ilegalidade no procedimento administrativo que culminou com a prorrogação contratual ora mencionada, e isso pelas seguintes razões.

Nessa linha, e observando o conteúdo do Relatório Técnico do Tribunal de Contas de fls. 7.636/7.638, conteúdo este que vai ao encontro do que consta das peças

contestatórias oferecidas pelos réus, tem-se o seguinte universo fático que culminou com a prorrogação contratual já mencionada.

Em 18 de abril de 2002, o réu Sebastião Luiz Folador Mendes, que, à época, ocupava o cargo de Coordenador Geral de Obras, e também atuava como fiscal do contrato, solicitou a prorrogação deste por mais 24 (vinte e quatro) meses, considerando que este se encerraria em 27 de julho de 2002.

Em 13 de maio de 2002, o engenheiro Elton Salaroli Gomes, diretor da Secretaria Municipal de Obras Públicas, solicitou ao Laboratório de Engenharia da Universidade Federal do Espírito Santo (LABOR/ITUFES), órgão este que, mediante convênio firmado à época entre a Prefeitura Municipal e este último, era o responsável pela definição dos preços que seriam praticados pela Prefeitura em suas contratações, a atualização dos valores unitários do contrato, com a finalidade de analisar a viabilidade da prorrogação contratual.

Em 03 de julho de 2002, a empresa contratada (ora ré HIDROBRASIL) protocolizou, junto à Prefeitura, requerimento de reajustamento dos valores do contrato, tal como era direito seu previsto na avença, a partir de abril de 2001.

Em 22 de julho de 2002, como visto, a avença foi paralisada para que a Prefeitura, por seu corpo técnico, pudesse verificar a viabilidade e o interesse público na prorrogação da avença, ou a necessidade de realização de novo procedimento licitatório.

Nessa mesma data, o Laboratório de Engenharia da UFES apresentou à Prefeitura Municipal a Planilha de Preços n. 1766, com os preços atualizados para o mês de julho de 2002, planilha esta em que se encontrou um custo mensal para o serviço na casa de R\$ 230.055,75 (duzentos e trinta mil, cinquenta e cinco reais e setenta e cinco centavos).

Pelos valores originários contratados, por seu turno, o serviço foi orçado com um custo mensal de R\$ 204.322,40 (duzentos e quatro mil, trezentos e vinte e dois reais e quarenta centavos), sendo que, de acordo com o reajustamento contratual previsto (e, como visto, requerido pela contratada), este valor mensal alcançaria a monta de R\$ 246.822,54 (duzentos e quarenta e seis mil, oitocentos e vinte e dois reais e cinquenta e quatro centavos).

Assim, considerando o valor previsto pelo LABOR/ITUFES, acima mencionado, e aquele requerido pelo contratado, a prorrogação contratual não seria economicamente recomendável ao ente público, uma vez que este último era superior ao primeiro em aproximadamente dezesseis mil reais mensais.

Devidamente comunicado da discrepância de valores, a empresa contratada, então, em 29 de julho de 2002, informou à Prefeitura que renunciaria ao reajustamento contratual, formulando proposta de manutenção dos valores originariamente contratados e requerendo a prorrogação da avença por mais 24 (vinte e quatro) meses.

Diante deste requerimento, como, aliás, ficou demonstrado ser a praxe em toda e qualquer decisão relativa a este contrato, o Secretário de Obras e ora réu JOSÉ ARTHUR BERMUDES DA SILVEIRA solicitou a manifestação da Procuradoria Jurídica Municipal acerca da viabilidade da prorrogação contratual nos moldes em que requerida pelo contratado.

Referida manifestação se encontrada acostada às fls. 7.596/7.599 destes autos e foi lavrada pelo então (saudoso) Procurador Geral do Município, Doutor HELIO GUALBERTO VASCONCELLOS, o qual, após realizar extensa análise jurídica e econômica, concluiu nos seguintes termos:

Tendo sido demonstrado que o objeto do contrato se refere à prestação de serviços de natureza contínua e que a prorrogação pretendida representa a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, restam identificados os requisitos do inc. II, art.57, da Lei 8.666/93.

(...).

Ante o exposto, não identificamos óbice na concretização do objeto tratado nos presentes autos estando a Administração Pública Municipal apta a celebrar a prorrogação do contrato pretendida. (fl. 7.599) - destaquei

Devidamente respaldado pelo parecer favorável do corpo jurídico municipal, o Secretário de Obras e ora réu JOSÉ ARTHUR BERMUDES DA SILVEIRA se manifestou também favoravelmente à prorrogação contratual, a qual, como visto, deu-se em 06 de agosto de 2002, mantendo-se os valores contratuais originariamente contratados.

Estabelecido esse panorama fático, vê-se, destarte, que o procedimento realizado pela Prefeitura Municipal, pelos agentes públicos que compõem o polo passivo desta ação de improbidade, não apresentou qualquer irregularidade ou ofendeu o interesse público. Pelo contrário. A prorrogação contratual possuía respaldo legal, estando prevista tanto no contrato como na Lei de Licitações e Contratos; os valores ofertados para a obtenção da prorrogação eram inferiores àqueles informados pelo órgão técnico federal com o qual a Prefeitura tinha convênio para definição de preços (LABOR/ITUFES), e, por fim, a prorrogação foi objeto de consulta ao órgão jurídico da Prefeitura, que, por meio de seu Procurador Geral, Dr. HELIO GUALBERTO VASCONCELLOS, opinou pela legalidade e pelo interesse público na prorrogação.

Destarte, o que se vê é que os réus, que, registre-se novamente, compunham o corpo técnico da Secretaria de Obras Municipal, resguardaram-se ao extremo antes de praticar o ato administrativo de prorrogação contratual e seguiram integralmente o que previa a legislação e o contrato, culminando por firmar prorrogação contratual que, de acordo com o órgão contratado pela própria Prefeitura (e, registre, por diversos outros órgãos públicos deste Estado, inclusive o Tribunal de Contas Estadual), era econômica e juridicamente mais vantajosa do que a realização de novo certame licitatório.

À evidência, portanto, não se vislumbrou a prática de qualquer ato de improbidade administrativa a partir da prorrogação da avença, que, pelo contrário, visou, exclusivamente, à manutenção de um serviço essencial e importantíssimo à vida dos cidadãos (no caso, a limpeza de galerias e da rede de esgoto) por valores que eram economicamente mais vantajosos à municipalidade do que provavelmente seriam obtidos caso novo procedimento licitatório fosse realizado.

Em suma, pelo que dos autos consta, a prorrogação contratual acabou por poupar dinheiro público, e não causar prejuízo ao erário.

Ademais, e ainda que assim não fosse (ou seja, ainda que se verificasse que a prorrogação contratual acarretaria gastos maiores do que a realização de nova licitação), seria impossível imputar aos réus a prática de qualquer ato de improbidade administrativa, e isso porque, como visto, na esteira do entendimento consolidado na jurisprudência pátria, a caracterização de tais atos impescinde da demonstração do elemento subjetivo do agente público de agir de forma desonesta, o que não se verifica em casos nos quais, como ficou comprovado nestes autos, a atuação se dá devidamente respaldada por pareceres idôneos do corpo técnico jurídico do ente público, mormente quando, quanto a estes, não há a imputação de qualquer atuação em conluio ou de maneira idônea, o que, reforço, é também o preciso caso destes autos.

Em linhas mais simples, pois, imputar aos réus a pecha de agentes ímprobos quando todos os seus atos foram previamente submetidos à apreciação de um corpo jurídico cuja idoneidade não foi em nenhum momento questionada pelo *parquet* no curso desta lide não se mostra possível exatamente por faltar a demonstração do elemento subjetivo (do dolo ou da culpa) por parte dos primeiros.

Assim, e contrariamente ao que consignou o *parquet* em sua inicial, os elementos de prova produzidos nos autos comprovaram cabalmente que o ato de prorrogação contratual foi lícito, possível (uma vez que o contrato havia sido suspenso, precisamente para que se pudesse verificar a possibilidade e viabilidade da prorrogação, encontrando-se vigente quando esta foi realizada) e consoante procedimento prudente e juridicamente respaldado aos agentes que participaram do ato, produzindo economia de dinheiro ao erário municipal.

Não procede, portanto, também neste ponto, a improbidade imputada aos réus, razão por que a pretensão ministerial, neste particular, também não se sustenta.

DO ALEGADO SUPERFATURAMENTO DO OBJETO CONTRATUAL

O último argumento levantado pelo *parquet* em sua inicial diz respeito ao alegado superfaturamento do objeto da contratação, o qual, por evidência e considerando que, como visto, o objeto foi efetivamente contratado e executado, ocasionou danos ao

erário decorrentes da diferença entre o valor de mercado que deveria ter sido observado e aquele que foi efetivamente despendido.

Após exaustiva análise do extenso arcabouço documental constante destes autos, bem como dos argumentos opostos pelas partes, porém, adianto que não vislumbrei qualquer indício, ainda que mínimo, do sobrepreço narrado pelo *parquet* em sua inicial, e isso pelas razões que passo a expor.

Consoante a peça acusatória do *parquet*, o sobrepreço no objeto contratado decorreria, em suma, de três fatos: 1) o valor excedia em muito aquele que havia sido contratado quatro anos antes, quando realizado o último procedimento licitatório anterior àquele questionado nestes autos, não havendo qualquer razão lógica, mercadológica ou econômica que justificasse tal discrepância de valores; 2) o fato de a contratada e ora ré HIDROBRASIL LTDA. renunciar ao reajustamento é uma prova de que o contrato, originariamente, encontrava-se superfaturado; e 3) a confirmar o sobrepreço praticado, deve-se ainda considerar que o valor apresentado pelo licitante vencedor era R\$ 1.500.000,00 (um milhão e meio de reais) superior ao do outro licitante que participou do certame (no caso, a V.A. ENGENHARIA LTDA.), a qual, porém, foi, de maneira injusta, inabilitada do certame.

Acerca do tema, saliento, inicialmente, que, salvo nas hipóteses de condenação por ato de improbidade decorrente de dispensa licitatória indevida (quando a jurisprudência do c. STJ entende que, neste caso, o dano ao erário tem natureza *in re ipsa*), é cediço na doutrina e na jurisprudência que é do autor da ação de improbidade administrativa (neste caso, do Ministério Público Estadual), o ônus de provar o prejuízo ao erário causado pelo agente a quem se imputa o ato de improbidade.

Vejo, ainda, que o Ministério Público Estadual, nestes autos, depois de devidamente intimado para manifestar seu interesse em ulterior produção probatória, DESISTIU da produção da prova pericial contábil que havia requerido e se limitou a requerer a produção de prova testemunhal, listando como testemunhas diversos servidores do Tribunal de Contas Estadual que produziram Relatório Técnico já acostado a estes autos e que teve seu conteúdo já levado em apreciação na prolação desta sentença, traduzindo-se, portanto, esta última, em diligência probatória absolutamente desnecessária, na esteira do que já se consignou quando da justificativa pelo julgamento antecipado desta lide.

Assim, a análise quanto ao alegado sobrepreço sustentado pelo *parquet* tomará como base os elementos de prova documentais já produzidos em contraposição com a causa de pedir que se extrai da petição inicial, consoante a regra de distribuição do ônus probatório acima delineada, o que passo a fazer consoante os argumentos a seguir.

Antes de adentrar especificamente os argumentos do *parquet*, entretanto, entendo necessário realizar alguns esclarecimentos no tocante à forma pela qual o valor do objeto debatido nestes autos foi adotado pela Prefeitura Municipal de Vitória e, portanto, foi utilizado como base para a definição e julgamento das propostas apresentadas.

Como cediço, a Lei de Licitações, da mesma forma como tem por objetivo a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, possui normas que visam a blindar esta última de eventuais “aventureiros”, que compareçam ao certame e apresentem propostas posteriormente inexecutáveis, prejudicando não apenas a prestação do serviço, como, igualmente, acarretando prejuízos ao próprio erário, na medida em que será necessário o dispêndio de mais valores para, em se tratando de serviço essencial, manter sua prestação, bem como buscar outro licitante que aceite prestá-lo em substituição àquele que não foi capaz de cumprir com o que foi por ele proposto.

Referida proteção se encontra prevista especialmente no artigo 48 da Lei 8.666/93, que, ao tratar do tema, prevê o seguinte:

Art. 48. Serão desclassificadas:

(...);

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecutáveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecutáveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) valor orçado pela administração. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Nota-se, pois, que serão inabilitadas as propostas tidas por manifestamente inexecutáveis, e, aquelas que atinjam montante inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor de execução exigirão que o licitante ofereça garantia suficiente de que conseguirá executar o objeto contratual, sob pena de inabilitação.

Da leitura da norma acima, tem-se que, para fins de definição da exequibilidade do objeto, a Administração deverá tomar como norte principal o valor que foi por ela orçado, comparando-o com os montantes oferecidos pelos licitantes.

E, na esteira do que já ficou consignado nesta sentença, no caso específico do contrato discutido nestes autos, ficou provado que, para a definição de seu valor, a Prefeitura Municipal de Vitória (como, aliás, diversos outros entes públicos, a exemplo do Estado do Espírito Santo e do próprio Tribunal de Contas Estadual) firmou convênio com o Laboratório Técnico de Engenharia da Universidade Federal do Espírito Santo (LABOR/ITUFES), incumbindo a esta última a composição dos preços.

Fixadas essas premissas, verifico, na sequência, que, à fl. 7.601 destes autos, ficou provado que o valor orçado pelo LABOR/ITUFES para a execução do objeto do contrato debatido nestes autos foi de R\$ 4.947.720,00 (quatro milhões, novecentos e quarenta e sete mil, setecentos e vinte reais), sendo que, de acordo com a narrativa da própria inicial, fato este incontroverso nos autos, a proposta vencedora, firmada pela ora ré HIDROBRASIL LTDA., alcançou a monta de R\$ 4.903.737,60 (quatro milhões, novecentos e três mil, setecentos e trinta e sete reais e sessenta centavos).

Destarte, a primeira conclusão a que se pode chegar, desde já, é a de que, a menos que o *parquet* lograsse comprovar que o LABORATÓRIO DE TECNOLOGIA DA UFES (LABOR/ITUFES) se conluiou com os réus desta ação de improbidade, com a finalidade de gerar um valor de contratação superior ao efetivamente praticado no mercado, o valor contratado pela Prefeitura de Vitória não apresentou nenhum sobrepreço, e isso porque foi, na realidade, INFERIOR àquele que havia sido previsto pelo órgão técnico contratado para tanto.

Ainda sobre o tema, reforço que nem a petição inicial, nem qualquer manifestação técnica posterior trazida a estes autos, coloca em questionamento os valores orçados pelo LABOR/ITUFES, o que leva a questionamentos óbvios, quando analisada a questão pelo prisma de atuação do agente público: devidamente orçado o preço por órgão idôneo e cuja correção não foi em nenhum momento questionada, o que deveria, então, fazer o agente público? Inabilitar a proposta vencedora, que atingia valor inferior ao orçado? Sob qual fundamento?

É evidente que a resposta só poderia ser negativa, uma vez que não havia qualquer razão para a rejeição da proposta em comento, a qual, reforça-se, era inferior àquela que havia sido orçada pelo LABOR/ITUFES e contra a qual, em momento algum, insurgiu-se o *parquet* ou a Corte Estadual de Contas.

Fixada essa primeira premissa, passo à análise pormenorizada dos argumentos vertidos pelo *parquet* para justificar o superfaturamento apontado, os quais, como acima apontei, não merecem acolhida, uma vez que inaptos a justificar qualquer irregularidade na composição dos preços contratados e executados pela Prefeitura de Vitória.

O primeiro argumento para justificar o sobrepreço, como visto, é a discrepância entre o valor contratado na avença anteriormente firmada para a prestação do mesmo serviço e aquele que foi posteriormente contratado pela Prefeitura.

Em linhas mais simples, quanto a este ponto, sustenta o *parquet* que, entre os anos de 1996 e 1999, houve a contratação de empresa para a realização dos serviços de limpeza de galerias e esgotos na cidade de Vitória, avença esta a um custo anual aproximado de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Sustenta, ainda, que não há nenhuma justificativa razoável para que, quatro anos depois, a contratação se tenha dado por valor superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), o que evidencia a prática do superfaturamento pela Prefeitura Municipal de Vitória.

O argumento, entretanto, mostra-se falacioso e deve ser refutado pelos seguintes argumentos.

Inicialmente, da contraposição entre os contratos firmados entre os anos de 1996 e 1999, e aquele decorrente da Concorrência Pública n. 02/2000, vigente, no que interessa para esta ação de improbidade, entre os anos de 2000 e 2002, o que se observa é que se tratam de contratos que versam sobre objetos similares, mas não idênticos, o que, à evidência, não permite a inferência e a conclusão adotadas na inicial desta demanda.

Com efeito, a primeira diferença gritante entre o contrato firmado entre 1996 e 1999, e aquele que é objeto desta ação de improbidade, é a de que, no primeiro, não havia a previsão da obrigação de o contratado realizar o transporte e disposição final dos materiais que haviam sido recolhidos (o chamado “bota-fora”), obrigação esta expressamente prevista no contrato firmado entre 2000 e 2002.

Assim, enquanto, no primeiro contrato, o contratado devia apenas recolher os materiais, no segundo, por razões de exigência ambiental, exigia-se não apenas o recolhimento, como, igualmente, a regular destinação do material recolhido em uma distância máxima de 35 (trinta e cinco) quilômetros.

Óbvio, portanto, que, em se tratando de objetos diversos, o valor contratado também apresentará discrepância.

Ademais, outra diferença marcante entre ambos os contratos é a própria realidade vivida pelo Município de Vitória no período a que diz respeito a presente ação de improbidade.

Como é de conhecimento notório daqueles que residiam em Vitória entre o final da década de 90 e o início dos anos 2000, a cidade, naquele período, experimentou expressivo crescimento população e de urbanização, o que motivou a necessidade de a Prefeitura ampliar o número de galerias e redes coletoras, a fim de evitar que os cidadãos sofressem com os já conhecidos alagamentos, eventos estes principalmente ocorrentes nos meses de verão e que, infelizmente, ainda nos dias atuais, trazem inúmeros prejuízos aos cidadãos que residem na capital, especialmente aqueles residentes em bairros mais carentes.

Aliás, quanto a este ponto, é de se verificar que, pelo que foi narrado na peça contestatória apresentada pelo réu JOSÉ ARTHUR BERMUDEZ DA SILVEIRA, à época Secretário Municipal de Obras, e não foi objeto de qualquer controvérsia pelo *parquet* (fazendo incidir sobre o ponto, portanto, a presunção de veracidade decorrente da incontrovérsia), entre os anos de 1997 e 2000, a cidade de Vitória ampliou suas galerias em nada menos que 5.000 (cinco mil) metros e seus ramais secundários em 200.000 (duzentos mil) metros.

Assim, não apenas o objeto contratado era diverso (uma vez que, no primeiro contrato, não havia a obrigação de o contratado realizar o correto descarte do material recolhido), como, também, o segundo era mais amplo que o primeiro, e isso porque, no ano 2000, a rede de galerias e ramais secundários que seriam objeto dos serviços de limpeza era muito mais ampla que aquela existente quatro anos antes.

Evidente, portanto, que o argumento ministerial em comento para justificar o sobrepreço não merece acolhida, e isso porque busca equiparar dois objetos absolutamente diversos, tendo sido provado, ademais, que o valor orçado para o segundo contrato (valor este que, como visto, foi produzido por entidade idônea e não foi, em momento algum, questionado pelo autor desta ação de improbidade) era razoável e compatível com o que era praticado no mercado.

O segundo argumento para justificar o sobrepreço, por seu turno, diz respeito ao fato de que, a fim de obter a prorrogação da avença, a ré HIDROBRASIL LTDA. renunciou ao reajustamento contratual a que teria direito, o que demonstra que, desde a origem, o valor teria sido superestimado.

O argumento, entretanto, também de forma respeitosa, não merece acolhida.

Com efeito, é fato incontroverso que a HIDROBRASIL LTDA. renunciou ao reajustamento a que teria direito para obter a prorrogação do contrato por mais 24 (vinte e quatro) meses, de maneira a fazer a prorrogação ser mais vantajosa do que a realização de novo procedimento licitatório (o que já foi objeto de análise mais detida em tópico anterior).

Tal fato, entretanto, não apenas não demonstra a prática de qualquer superfaturamento, como, na realidade, comprova sua inocorrência.

Com visto, ao realizar consulta ao LABOR/ITUFES para definir a viabilidade da prorrogação contratual, a Prefeitura de Vitória recebeu como resposta que os valores atualizados em um período de dois anos seriam de aproximadamente, R\$ 230.000,00 (duzentos e trinta mil reais) mensais, contra aproximadamente R\$ 204.000,00 (duzentos e quatro mil reais) mensais originariamente contratados.

Assim, em um período de dois anos e depois de duas estimativas de preços realizadas pelo LABOR/ITUFES, verificou-se uma majoração de preços de aproximadamente 12,5% (doze vírgula cinco por cento), variação esta perfeitamente compatível com aquela experimentada nos demais ramos da economia nacional à época.

Por seu turno, o simples fato de a contratada renunciar ao seu reajustamento para manter a prestação do serviço não representa qualquer indício de superfaturamento originário.

Ora, como cediço, os licitantes incluam, nos valores oferecidos à Administração, sua margem de lucro, apta a justificar a manutenção do exercício da empresa.

O intuito lucrativo, como cediço, é inerente ao exercício da atividade empresarial, sendo sua liberdade elevada a *status* constitucional, com previsão expressa no artigo 170 da Carta Magna.

Nessa linha, é perfeitamente possível que a contratada, dentro de sua liberdade empresarial e de acordo com o planejamento de lucros por ela realizado, opte por diminuir, eventualmente, sua parcela de lucros, com a finalidade de manter a prestação de serviços que, segundo entende, é essencial à sua própria existência.

Em linhas mais simples, pois, o simples fato de uma sociedade empresária ter resolvido abrir mão de aproximadamente 20% (vinte por cento) de reajustamento em um contrato anteriormente firmado com a Administração, com a finalidade de obter sua prorrogação por mais dois anos, enquadra-se em sua exclusiva liberdade e seu exclusivo planejamento comercial, não configurando qualquer ilegalidade ou irregularidade, ou implicando a compreensão de que o valor originário do contrato teria sido superfaturado para, posteriormente, justificar a inexistência de interesse em seu reajustamento.

Ainda sobre o tema, é de conhecimento notório que todos os entes públicos (inclusive o Tribunal de Contas deste Estado) admitem BDI's (expressão que engloba, dentre outros itens, o lucro esperado pelo contratante com o Poder Público) entre 25% (vinte e cinco por cento) e 35% (trinta e cinco por cento), o que é suficiente para permitir a inferência de que, mesmo abrindo mão do reajustamento, era razoável esperar que a contratada HIDROBRASIL LTDA., ainda assim, não teria prejuízos, mas, sim, lucro, com o exercício da atividade.

Ademais, e ainda que prejuízo tivesse, como acima mencionei (e isso é reforçado pela atual Lei da Liberdade Econômica), não é possível tomar uma escolha comercial eventualmente deficitária pelo contratado para inferir, daí, a prática de superfaturamento pela Administração.

Referido superfaturamento imprescinde de base comparativa e probatória sólida, a qual, reforço, não foi produzida no caso destes autos.

O terceiro e último fundamento justificativo do superfaturamento do valor do objeto contratado, no entender do *parquet*, decorre do fato de que o valor apresentado pela empresa vencedora era R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) superior àquele oferecido pela empresa V.A. ENGENHARIA LTDA., que, como visto, foi inabilitada do certame.

O argumento também não se sustenta por razões de simples compreensão.

Inicialmente, há que se reforçar o argumento de que o sobrepreço não se verifica a partir da contraposição entre os valores eventualmente apresentados por licitantes (mormente os que tenham sido inabilitados), mas, sim, da comparação entre os valores praticados no mercado e aqueles previstos para o objeto contratado.

Aliás, é perfeitamente possível que a inabilitação da proposta do licitante se dê, precisamente, por sua inexecutabilidade, hipótese em que, como visto acima, haverá, obrigatoriamente, discrepância evidente entre a proposta vencedora e aquela que foi inabilitada.

Com essas premissas em mente e voltando ao caso destes autos, tem-se que a empresa V.A. ENGENHARIA LTDA., por não ter oferecido caução no tempo oportuno, foi inabilitada do certame, inabilitação esta cuja legalidade foi confirmada pelo Poder Judiciário Estadual por meio de sentença transitada em julgado.

Em razão de sua inabilitação e como se encontra expressamente previsto na Lei de Licitações, seu envelope com a proposta de preços foi devolvida lacrada ao licitante inabilitado, de maneira que seu conteúdo não chegou ao conhecimento da Comissão de Licitação.

Foi, então, aberto o envelope com a proposta oferecida pela vencedora, a ré HIDROBRASIL, proposta esta que, como visto, atingia montante inferior ao valor previsto pelo LABOR/ITUFES, razão pela qual a contratação foi efetivamente realizada.

Diante deste panorama, é evidente que não chegou nem mesmo ao conhecimento da CPL o conteúdo econômico da proposta que teria sido apresentada pela licitante inabilitada.

Trata-se de um fato irrelevante no mundo jurídico e administrativo, que não poderia motivar a tomada de qualquer decisão da CPL ou das demais autoridades competentes, cuja atuação se encontra adstrita, à evidência, aos valores orçados pelo ente conveniado (LABOR/ITUFES), valores estes cuja correção não foi, em momento algum, questionada pelo *parquet* autor.

Nessa esteira, e considerando que, como visto, os valores oferecidos pelo licitante vencedor encontravam-se dentro dos parâmetros previstos, não há que se falar em ilegalidade ou superfaturamento.

A conclusão pelo superfaturamento demandaria, como acima mencionei, comprovação idônea, pelo *parquet*, de que os preços apresentados pelo LABOR/ITUFES se encontravam notoriamente majorados e, para fins de justificar a responsabilização dos réus desta demanda, deveria ter havido comprovação, ainda, que estes se teriam conluiado com o primeiro para obter, destes, valores superfaturados.

À míngua de elementos probatórios em qualquer desses sentidos, porém, o reconhecimento da legalidade dos valores contratados e, por consequência, da improcedência também desses pleitos do *parquet*, é medida que se impõe.

Ademais, tenho que o fato de a licitante inabilitada ter apresentado proposta consideravelmente inferior em nada interfere nesta realidade, e isso porque nada obsta que a proposta por ela apresentada fosse efetivamente inexecutável, ocasionado à Administração prejuízos ainda maiores e que dificilmente seriam reparados, especialmente porque a licitante em comento nem sequer ofereceu caução idônea para a prestação dos serviços contratados.

Evidente, assim, a improcedência da presente ação de improbidade administrativa, na medida em que não vislumbrada nenhuma atuação ímproba por parte dos réus que tenha acarretado prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito de quaisquer dos agentes, ou mesmo violação ímproba a princípios administrativos.

Ante o exposto, na forma do inciso I, do artigo 487, do Código de Processo Civil, **JULGO IMPROCEDENTES** os pleitos formulados pelo *parquet* na presente ação de improbidade administrativa.

Sem condenação em custas processuais e em honorários advocatícios, uma vez que não vislumbrada a atuação de má-fé por parte do órgão ministerial.

Sendo apresentado recurso de apelação, certifique a tempestividade. Em seguida, intime-se para ouvir o(s) Apelado(s).

Sentença sujeita a reexame necessário, na esteira do entendimento mais atual do c. STJ acerca da matéria.

Intimem-se.

Vitória (ES), 11 de novembro de 2019.

JÚLIO CÉSAR COSTA DE OLIVEIRA

JUIZ DE DIREITO

Dispositivo

Ante o exposto, na forma do inciso I, do artigo 487, do Código de Processo Civil, **JULGO IMPROCEDENTES** os pleitos formulados pelo *parquet* na presente ação de improbidade administrativa.

Sem condenação em custas processuais e em honorários advocatícios, uma vez que não vislumbrada a atuação de má-fé por parte do órgão ministerial.

Sendo apresentado recurso de apelação, certifique a tempestividade. Em seguida, intime-se para ouvir o(s) Apelado(s).

Sentença sujeita a reexame necessário, na esteira do entendimento mais atual do c. STJ acerca da matéria.

Intimem-se.

Vitória (ES), 11 de novembro de 2019.

JÚLIO CÉSAR COSTA DE OLIVEIRA

JUIZ DE DIREITO

