
**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 5ª
VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO - SP**

Distribuição por dependência

Processo nº 1068386-42.2019.8.26.0053

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por intermédio do 1º Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital (em acumulação do 8º Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital) vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no *artigo 37 e artigo 129, inciso III, ambos da Constituição Federal; artigos 1º, inciso IV, 5º e 21, todos da Lei n.º 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública); artigo 25, IV, alínea "a", da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); artigo 103, inciso VIII, da Lei Complementar n.º 734/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo) e Lei n.º 8.429/92*, e com base nos dados probatórios coligidos nos autos do Inquérito Civil nº 14.0695.0000240/2019-5, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** contra o **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, pessoa jurídica de direito público interno, representada por seu Prefeito Municipal, com sede na Prefeitura Municipal desta cidade, no Viaduto do Chá, 15 - Edifício Matarazzo

- Centro - São Paulo – SP, **BRUNO COVAS**, brasileiro, Prefeito do Município de São Paulo, portador do RG nº 26.364.379-7, CPF nº 220.375.848-14, com endereço no Viaduto do Chá nº 15, 6º Andar – Edifício Matarazzo, Bairro Centro, CEP 01.002-020, São Paulo/SP **EDSON CARAM**, brasileiro, Secretário Municipal de Mobilidade e Transportes, inscrito no CPF nº 950.811.008-20, residente e domiciliado à Rua Professor Alexandre Correia nº 300, Apto 42, São Paulo/SP, CEP 05.657-230; **MAURO RICARDO MACHADO COSTA**, brasileiro, Secretário de Governo Municipal, inscrito no CPF nº 266.821.251-00, residente e domiciliado à Rua Bahia nº 527, Apto 21, São Paulo/SP, CEP 01.244-001 e **HORA PARK SISTEMA DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 01.808.151/0001-53, com sede na Rua Joaquim Floriano nº 466, Cj. 62, Itaim Bibi, São Paulo/SP, CEP 04.534-002, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos:

1. DA DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA

Primeiramente, o artigo 17, § 5º, da Lei 8.429/92 determina que “a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”.

No caso, a ação popular - Processo nº 1057637-63.2019.8.26.0053 - questiona o Edital da Concorrência Internacional Nº 001/SMT/2019.

Ainda, houve propositura da tutela cautelar antecedente, sob o nº 1068386-42.2019.8.26.0053, em tramite perante a 5ª Vara da Fazenda Pública, pleiteando a suspensão da sessão de abertura e julgamento da Concorrência Internacional Nº 001/SMT/2019.

Assim, tem-se que o presente feito, que objetiva a anulação da referida concorrência internacional, deve ser distribuído à 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo por dependência.

2. HISTÓRICO DO INQUÉRITO CIVIL

Através de representação civil chegou ao conhecimento do Ministério Público a notícia de irregularidades na Concorrência Internacional nº 001/SMT/2019. Tal notícia desencadeou o procedimento investigatório, Inquérito Civil nº 14.0695.0000240/2019 (em anexo).

Ao longo das investigações apurou-se que o **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, por meio de seu Prefeito **BRUNO COVAS**, do Secretário Municipal de Mobilidade e Transportes **EDSON CARAM** e do Secretário de Governo Municipal **MAURO RICARDO MACHADO COSTA** realizou a **Concorrência Internacional N° 001/SMT/2019**, para a concessão onerosa do serviço de estacionamento rotativo pago (“Zona Azul”) em vias e logradouros do Município de São Paulo, eivada de diversas irregularidades que ofendem a moralidade administrativa e causa prejuízo ao erário.

Paralelamente ao inquérito civil, diversas representações, apontando irregularidades no Edital, acarretaram na instauração de processos junto ao Tribunal de Contas do Município (Processos TC/001033/2019 e TC/018134/2019 - Tramitam com o TC/001033/2019 os processos: TC/004769/2019, TC/004829/2019, TC/005463/2019, TC/005536/2019, TC/005754/2019, TC/005755/2019, TC/005779/2019, TC/005898/2019, TC/008851/2019 e TC/009074/2019).

Em primeira análise, a Auditoria do Tribunal de Contas do Município apontou **33 irregularidades, 9 recomendações e 5 pedidos de esclarecimentos** e determinou a suspensão do Edital.

Diante das irregularidades e do incontestável direcionamento do certame, o Ministério Público expediu **RECOMENDAÇÃO** para suspensão e anulação de referido edital de licitação.

Em 27.11.2019, o Tribunal de Contas do Município acabou por autorizar **CONDICIONALMENTE**, por 3 votos a 2, a retomada do certame.

Essa decisão **chegou ao conhecimento do Ministério Público em 06.12.2019, quando foi constatado que** os demandados tinham designado **SESSÃO DE ENTREGA E ABERTURA DOS ENVELOPES PARA A DATA DE 10 DE DEZEMBRO DE 2019.**

Diante de tal cenário, o Ministério Público, ajuizou **AÇÃO DE TUTELA CAUTELAR DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE** requerendo a **suspensão** do edital de licitação de concorrência internacional nº 001/SMT/2019, bem como da sessão de entrega e abertura de envelopes agendada.

O **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO** obteve provimento judicial, através de Agravo de Instrumento, para suspender a liminar concedida e realizar a sessão de abertura e julgamento das propostas.

Realizada a licitação, sagrou-se vencedora a empresa **HORA PARK ESTACIONAMENTO ROTATIVO LTDA.**

Embora tenha sido realizada a licitação é evidente que as irregularidades que maculam o edital de licitação permanecem, irradiando seus efeitos para o contrato administrativo decorrente, de forma que se faz necessária a presente ação para resguardar o interesse público e ao erário.

3. DAS IRREGULARIDADES CONSTATADAS NO EDITAL DA CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 001/SMT/2019

O aviso de abertura da Concorrência Internacional Nº 001/SMT/2019 foi inicialmente publicado **em 19 de janeiro de 2019**, mas em virtude das irregularidades constatadas, em especial pela Auditoria do Tribunal de Contas do Município, a sessão de julgamento ocorreu apenas em **10 de dezembro de 2019.**

A decisão do colegiado que permitiu a reabertura da licitação também apontou que **a Municipalidade não observou integralmente o posicionamento dos Órgãos Técnicos do Tribunal, conforme respectivos pareceres, de forma que permanecem irregularidades e ilegalidades no Edital, conforme descrição abaixo:**

a) Ausência de justificativa para o modelo proposto – Licitação em lote único – Prazo da concessão – Impacto social com a mudança do atual modelo de mobilidade urbana

O processo licitatório deve vir acompanhado de justificativa e/ou estudos técnicos para sua realização. Entendendo este ato como a exposição das razões de fatos e de direito que levam o órgão a promover o procedimento.

Com efeito, a Concorrência Internacional carece de justificativa para modificação do atual sistema de “zona azul”. Não traz quaisquer razões de ordem técnica e não demonstram o interesse social primário para que a concessão seja realizada em lote único, no prazo de 15 anos e quais as consequências da mudança do atual modelo.

Nesse sentido destacou o Exmo. Sr. Conselheiro Maurício Faria, ao proferir seu voto:

“(…) A Auditoria mantém, desde o início, o entendimento de que **o modelo proposto não possui sustentação técnica, econômica, financeira e jurídica.** (...) O que resta evidente é que **a justificativa da concessão não guarda a devida pertinência com o objeto licitado**, visto que não se vê no edital nenhum incremento tecnológico obrigatório nem tampouco aperfeiçoamento do procedimento de fiscalização do estacionamento rotativo, que traga garantia de melhora do serviço. **III - Desconsideração das mudanças na mobilidade urbana e dos novos serviços urbanos.** No caso concreto da Zona Azul, **a grande premissa desconsiderada na concessão é a transformação radical da mobilidade urbana e dos serviços de rua**

observada nos últimos anos e sua inter-relação com o estacionamento rotativo em via pública. (...)

A concessão desconsidera, ainda, diretrizes do próprio Plano de Mobilidade Urbana (Decreto Municipal nº 56.834/16) como a de utilização de tarifas dinâmicas, desestímulo ao acesso do automóvel na área central e subcentros e a implantação de garagens subterrâneas e edifícios-garagens, e isto sem qualquer justificativa, como assinalado pela Auditoria, conforme se vê da Peça 204 dos autos, já após a republicação do edital. (...) as ditas “Receitas Acessórias”, tratadas de forma genérica e indefinida no edital, poderão, eventualmente, abrir para o concessionário essas novas oportunidades de negócios, variadas e com ganhos potencialmente significativos, mas sem licitações específicas, configurando possível privilégio. Ressalte-se que as 15 atuais operadoras da Zona Azul Digital já oferecem, por aplicativo, diversos serviços de fornecimento de informações e ofertas variadas, como oferecimento de seguros de automóveis, pagamento eletrônico de estacionamento privado e pedágios, dentre outros, confirmando-se que, contemporaneamente, informação é negócio, o que aponta para as implicações da concentração de dados em uma única operadora, prevista na concessão. **IV - Zona Azul: rentável, já modernizada e sem necessidade de maiores investimentos.** (...) Ainda, sendo o Poder de Polícia indelegável, continuará existindo um custo da CET pelo seu exercício, intransferível, apesar da Administração considerar, dentro dos declarados R\$ 1,4 bilhão de supostos benefícios econômicos que a concessão

trará para a Cidade, a redução de gastos com agentes da CET na ordem de R\$272.020.000, ao longo dos 15 anos. Assim, paradoxalmente, a concessão da Zona Azul exige um pagamento antecipado da Outorga Fixa de R\$ 595 milhões, antecipando receitas futuras e, ao mesmo tempo, mantém as despesas do Poder de Polícia. O que, considerando as limitações do orçamento municipal, é temerário em termos de gestão fiscal, favorecendo apenas a atual gestão, em detrimento das gestões futuras. (...)

b) Inobservância de requisitos procedimentais

Ainda, é possível identificar falhas procedimentais na licitação promovida pelos demandados.

É certo que a legislação prevê que o instrumento licitatório deve vir acompanhado de cronograma físico-financeiro, projeto básico - neste caso denominado de plano de negócios - e, em licitações de grande vulto, a realização de audiência pública.

No presente caso, tem-se que o plano de negócio é incompatível com as demais cláusulas do edital de licitação, em especial o prazo para amortização dos investimentos em relação ao prazo da concessão.

O cronograma físico-financeiro dos investimentos necessários à concessão apresentada pelos demandados é como uma folha em branco colocado no processo para aparentar que foi cumprido o requisito formal. É fácil perceber que o período para o desembolso dos valores do investimento não acompanham o período de execução contratual, conforme manifestou Exmo. Sr. Conselheiro Maurício Faria:

“(…)VI - Dos apontamentos da Auditoria que não foram superados. Conforme apontado pela Auditoria na Peça 233, remanescem não atendidos os apontamentos enumerados a seguir, em apertada

síntese: 4.8 As inadequações verificadas no plano de negócios de referência não permitem avaliar a pertinência do prazo de 15 anos, dado que este deve ser fixado considerando o período necessário para amortização dos investimentos. A Origem não se desincumbiu da obrigação legal de justificar a adoção do prazo de 15 anos, uma vez que **os investimentos em infraestrutura previstos para a concessão seriam amortizados rapidamente ainda no primeiro ano da concessão somando R\$ 8,8 milhões**. Outra impropriedade da Origem apontada pela AUD foi o de considerar o pagamento da Parcela 2 da Outorga Fixa como investimento, uma vez que não se caracteriza como inversão de capital imprescindível à execução do serviço. A repercussão disso é, exatamente, a inadequação do prazo de 15 anos que surge desvinculado da execução do objeto. Isso cria um desvirtuamento da regra legal que determina a compatibilização entre o prazo e a amortização dos investimentos. **4.15 O plano de negócios de referência, baseado nos estudos apresentados nas notas técnicas, possui incongruências/impropriedades nas estimativas de investimentos, custos e despesas, não atendendo o art. 5º da LM nº 16.703/17.** A Origem defende que os valores dos apontamentos remanescentes representam parcela irrelevante quando comparada aos valores de outorga e de contrato. Mas, a despeito disso, representam 95,9% dos investimentos previstos. Ou seja, o valor dos investimentos estimados, principal fator motivador para uma concessão, deve então, por coerência, ser considerado também como parcela irrelevante, cerca

de 8,8 milhões em um contrato de 1,4 bilhões. **4.19 A inexistência, no edital de licitação, de cronograma físico-financeiro para investimentos necessários à concessão, caracteriza infringência ao art. 23, parágrafo único, inciso I da LF 8.987/95.** A Origem não apresentou, embora requerido pela deliberação do Pleno, novo Cronograma Físico-Financeiro após a republicação do Edital, sob alegação de que o tal ponto já teria sido superado. Entretanto, a Especializada, em sua última manifestação (Peça 233) alega que o antigo Cronograma apresentado não se vincula à execução física do ajuste ao longo do tempo, de forma que resta não atendida essa Determinação. A repetida apresentação meramente formal de um cronograma físico-financeiro descolado da realidade da Concessão não atende materialmente a legislação pertinente, não sendo possível considerar superado esse apontamento.

Ainda, houve audiência pública “fictícia”, visto que a ata da audiência pública realizada em 12 de novembro de 2018 (publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo de 17.01.2019) indica que esta teve início às 13h59min e que se encerrou às 14h24min e que aos participantes foi possibilitado apenas a formulação de questionamentos e opiniões por escrito, que seriam respondidos através do Diário Oficial da Cidade de São Paulo.

Assim, tem-se que, aparentemente, a audiência pública durou apenas 25 minutos e que não houve oportunidade para participação do público presente, tratando-se, na realidade, de uma exposição de decisões já tomadas pelo Poder Público. A audiência pública é uma forma de promover a participação popular no processo de decisão sobre a coisa pública e, no caso dos autos, há indício de sua realização foi meramente formal, sem possibilidade de debate do tema com a comunidade.

c) Restrição de competitividade e direcionamento da licitação

Ademais, o Edital traz outras previsões que restringem injustificadamente a competitividade, como por exemplo a exigência de pagamento antecipado de Outorga Fixa de R\$595.354.889,00:

“PARCELA 2 DE OUTORGA FIXA: é o valor de R\$595.354.889,00 (quinhentos e noventa e cinco milhões, trezentos e cinquenta e quatro mil e oitocentos e oitenta e nove reais), a ser pago pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, nos termos do CONTRATO e do ANEXO V –MECANISMO DE PAGAMENTO DE OUTORGA do CONTRATO” (fl. 10 do edital)

Referido pagamento, que é exigido até o final de 2020, representa cerca de 40% do total de ganhos provenientes da concessão, inibindo injustificadamente a participação de licitantes que possuem capacidade técnica, operacional e financeira para a execução do objeto, mas não conseguem, seja por fonte própria ou de terceiros, realizar o pagamento desses vultosos R\$ 595 milhões no momento em que o concessionário ainda não conta com as receitas da concessão. **Esse aspecto restritivo foi, inclusive, apontado em 3 das Representações interpostas perante o Tribunal de Contas.**

Também restringe a competitividade os requisitos de qualificação técnica constantes no Item 16.6 do edital, que fiz respeito da unidade de medida **veículo/ano, ao invés de ativações de CADs/ano (Cartão Azul Digital)**. É certo que o mesmo veículo pode gerar inúmeras ativações, de forma que a exigência, como redigida, mostra-se totalmente desarrazoada, na medida em que acaba por limitar o número de concorrentes.

Maurício Faria:

Nesse sentido, foi o voto do Exmo. Sr. Conselheiro

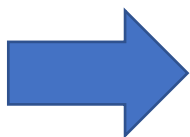
“V - Outorga Fixa antecipada de R\$ 595 milhões injustificável e redutora da competição na licitação. A exigência do pagamento de R\$ 595 milhões a título de Outorga Fixa até o final de 2020 representa cerca de 40% do total de ganhos provenientes da concessão, e, a depender da redução de gastos com a desmobilização de agentes da CET, esse percentual pode ultrapassar 50%. (...) A exigência do pagamento dessa altíssima quantia até o final de 2020 mostra-se restritiva à competição por, injustificadamente, inibir a participação de licitantes que possuem capacidade técnica, operacional e financeira para a execução do objeto, mas não conseguem, seja por fonte própria ou de terceiros, realizar o pagamento desses vultosos R\$ 595 milhões no momento em que o concessionário ainda não conta com as receitas da concessão. Esse aspecto restritivo foi, inclusive, apontado em 3 das Representações interpostas perante este Tribunal. Tal problema mostra-se ainda mais real pelo alto valor de outorga inicial não resultar em investimento em algum ativo tangível, que possa ser usado com garantia junto a eventuais financiadores. Nesse sentido, o acórdão do TCU no âmbito do TC- 002.811/2006-620 assinala: *“Em vez de exigir o pagamento do referido valor de outorga em parcela única, a ser paga no início da concessão – medida que, apesar de sua simplicidade, poderia restringir consideravelmente a competição no certame -, optou a ANTT por postergar sua cobrança para a fase de operações, relacionando-o à quantidade*

de trens-referência por quilômetro percorrido.” A restritividade fica patente porque quanto maior for a exigência de um alto pagamento em curto prazo, maior será a capacidade econômico-financeira requerida do licitante. (...) Salta aos olhos também o prazo para pagamento da Outorga Fixa de R\$ 595 milhões, definido para ocorrer – sempre – dentro do período da atual gestão municipal e a ausência de alteração deste prazo mesmo após todos os adiamentos, uma vez que o prazo inicial para abertura dos envelopes era Abril/2019 e agora, caso retomada a licitação, o processo deverá ser concluído apenas em 2020. (...)

4.26 Os requisitos de qualificação técnica constantes no Item 16.6 do edital não estão de acordo com as disposições do art. 30 da LF 8.666/93. Sobre a qualificação técnica, o Edital permanece exigindo como unidade de medida veículo/ano, especificamente 989.871 veículos por ano, ao invés de ativações de CADs/ano (Cartão Azul Digital). Uma vez que um mesmo carro pode gerar inúmeras ativações, a exigência, da forma como redigida, pode ser lida como excessiva”.

Não obstante, as cláusulas restritivas revelam algo mais grave, o direcionamento da licitação para que a empresa HORA PARK fosse vencedora.

A empresa já havia declarado seu interesse em administrar a Zona Azul, conforme se depreende do trecho da matéria jornalística divulgada em março de 2018 (<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/concessao-da-zona-azul-a-iniciativa-privada-por-cerca-de-30-anos-deve-render-mais-de-r-1-bilhao.ghml>). Vejamos:



Segundo o secretário municipal de Desestatização, Wilson Poit, a empresa Estapar, que pertence ao Banco BTG, manifestou interesse em administrar a Zona Sul. Ainda de acordo com ele, isso gerou um chamamento público para atrair outras empresas interessadas na prestação do serviço, incluindo companhias estrangeiras.

O chamamento público será publicado no Diário Oficial desta quarta-feira (21) e os interessados terão prazo de 45 dias para manifestar interesse. Podem participar pessoas físicas e jurídicas, empresas nacionais e internacionais, além dos consórcios (formados por mais de uma empresa).

Nessa linha, é possível verificar que as cláusulas restritivas de competitividade do edital foram elaboradas para direcionar a licitação para a empresa HORA PARK SISTEMA DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO.

Tanto isso é verdade que, aludida empresa sagrou-se vencedora, ao final do certame, mormente considerando sua envergadura econômica a arcar com a elevada outorga fixa antecipatória exigida pela Municipalidade, restringindo sobremaneira a competitividade da disputa.

Tal fato já havia sido predicto na tutela cautelar antecipada ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (autos nº 1068386-42.2019.8.26.0053).

d) Prejuízo ao erário

De enorme relevância são as disposições que tratam das **“Receitas Acessórias” de forma genérica e indefinida.**

A concessão do serviço para uma única empresa implica na transferência de um banco de dados de milhões de usuários que poderão ser comercializados, visto que não há disposições acerca do assunto no edital de licitação.

A própria Municipalidade informou a fl. 18 do inquérito civil que a estimativa de receita realizada para fins da licitação está relacionada às estimativas de taxa de ocupação, taxa de demanda e taxa de evasão ao serviço, ressaltando que as informações estariam detalhadas no Anexo V do Edital – Plano de Negócio de Referência, que explicitaria a forma como foi formada a projeção de receita da concessão. Tem-se, entretanto, que **o Plano de Negócios de Referência não faz qualquer menção às receitas acessórias e àquelas decorrentes da exploração do banco de dados de milhões de usuários** que passará a ser detido pela concessionária. Tais receitas deveriam compor os estudos que avaliam a vantagem do projeto e da concessão, porém foram ignoradas no procedimento em questão.

A vagueza do Edital, nesse ponto, ocasiona um enorme prejuízo ao erário, pois a comercialização destes dados poderá gerar um lucro milionário para a detentora, sem que o município seja beneficiado da exploração.

Além do mais, como apontado pela Corte de Finanças, as aludidas “Receitas Acessórias”, tratadas de forma genérica e indefinida no edital, poderão, eventualmente, abrir para o concessionário essas novas oportunidades de negócios, variadas e com ganhos potencialmente significativos, mas sem licitações específicas, configurando possível privilégio.

4. DO OBJETO DA AÇÃO

O direito que se objetiva assegurar, no caso, é o efetivo respeito aos princípios administrativos e às normas que regem o procedimento licitatório, bem como a defesa do patrimônio público e social, incluído neste a moralidade e a eficiência administrativa.

Depreende-se de todo o exposto que os gestores públicos, se omitiram dolosamente em diligenciar medidas para regularizar o

edital de licitação, prosseguindo com cláusulas que restringiram a competitividade e causam prejuízo ao erário.

Ainda, não observaram as regras procedimentais previstas em lei na condução e formalização da licitação pública.

Com efeito, a inobservância de regras atinentes à licitação, a restrição da competitividade e possível direcionamento de seu resultado, demonstra a grave ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, sobretudo o da legalidade e o da impessoalidade.

As formalidades legais existem para serem cumpridas com a mais absoluta objetividade, sem favorecimentos pessoais, e a desobediência ao sistema normativo, nos moldes em que perpetrada, denota a vontade livre e consciente de agir em desacordo com a lei e a impessoalidade.

As condutas repreendidas denotam a má-fé dos réus, movidos pelo intuito de lesar os cofres públicos e violar princípios e valores constitucionais, notadamente os da probidade e da integridade pública, atingindo não só o patrimônio do Município, mas a própria coletividade.

Assim, os demandados praticaram atos de improbidade que importaram prejuízo ao erário e ofensa aos princípios administrativos, configurando a infração descrita no artigo 10º e artigo 11, caput, da Lei nº 8.429/92.

5. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5.1. DA NULIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO E DO CONTRATO

A Constituição Federal determina, em seu artigo 175, que “*incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos*” (g.n.).

A licitação é um o procedimento administrativo pelo qual um ente público abre **a todos os interessados** que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório a possibilidade de formularem

propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Em seu artigo 37, por sua vez, a Constituição estabelece que a administração pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: “*ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública **que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**” (inciso XXI, g.n.).*

Nesse sentido, a Lei n. 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, prevê, em seu artigo 3º, que “*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.**” (g.n.).*

Os princípios da isonomia e da impessoalidade são condições essenciais para garantir competição em todos os procedimentos licitatórios, visto que obriga a Administração a observar nas suas decisões critérios objetivos previamente estabelecidos, afastando a discricionariedade e o subjetivismo na condução dos procedimentos das licitações e garantindo a participação de vários interessados.

Ainda, a licitação é decorrência do princípio da **indisponibilidade do interesse público**, que restringe a liberdade administrativa na escolha do contratante. Assim, a Administração está obrigada a escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

Os fatos expostos indicam que o Edital da Concorrência Internacional nº 001/SMT/2019 possui irregularidades e ilegalidades, desrespeitando os princípios e dispositivos normativos acima elencados.

No caso concreto da Zona Azul, a grande premissa desconsiderada na concessão é a transformação radical da mobilidade urbana e dos serviços de rua observada nos últimos anos.

Com efeito, a concessão de lote único, com concentração da prestação de serviços em uma única empresa, além de restringir a competitividade do certame, não está fundamentada em estudos detalhados sobre eventual divisão do objeto, ou seja, com a manutenção do atual modelo.

MARÇAL JUSTEM comenta que na realização de licitação em um único LOTE surge uma restrição a participação de várias empresas, acabando por inviabilizar o acesso das mesmas. E o pior, beneficia apenas algumas pouquíssimas empresas (mais abastadas). Vejamos:

(...) é a restrição indevida da competitividade. Ao definir o padrão a ser adotado, a Administração predetermina os contornos das futuras contratações. Portanto, todos aqueles que não estejam em condições de executar o objeto padronizado serão automaticamente excluídos de todas as contratações (...) - pág 143 (...) Qualquer exigência desproporcional ao conteúdo da contratação caracterizará meio indireto de restrição à participação - vale dizer, indevida restrição ao direito de licitar (...) O direito de licitar é um direito público subjetivo assegura a qualquer pessoa a formulação de uma proposta de contratação dirigida à Administração Pública - pág. 298 (...) Trata-se de restrição ao universo de licitantes, o que somente se revela como constitucional quando for indispensável à segurança da Administração

Pública (...) pág 330 (...) restrição é indevida e ofende os princípios da isonomia, da moralidade e da competitividade. Impede indevida e injustificadamente a participação de interessados no procedimento licitatório (...) pág. 460

Ademais, a licitação estava condicionada a realização de prévia audiência pública, nos termos do artigo 39 da Lei nº 8.666/93¹. Todavia, a audiência pública impossibilitou a manifestação oral e durou aproximadamente 25 minutos, sendo evidente que **não houve debate com a sociedade sobre a mudança do atual modelo de mobilidade urbana.**

As irregularidades tornam-se mais graves quando observados que o processo licitatório foi realizado com base em um plano de negócios e cronograma físico-financeiro inadequados.

A Lei nº 8.666/93 diz que o edital de licitação deve ser instruído obrigatoriamente, entre outras exigências, com o projeto, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos e as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação, ou seja, o plano de negócios é documento primordial na contratação e nele devem estar definidos todos os elementos necessários e suficientes à plena identificação do serviço.

Todavia, o plano de negócios apresentado está totalmente desvinculado da execução do objeto, pois a Municipalidade não conseguiu **justificar a adoção do prazo de 15 ANOS**, uma vez que os investimentos em infraestrutura previstos para a concessão seriam amortizados rapidamente, ainda no primeiro ano da concessão. Tal situação cria um desvirtuamento da regra legal que determina a compatibilização entre o prazo e a amortização dos investimentos.

¹ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados

De igual maneira, a repetida apresentação de um cronograma físico-financeiro descolado da realidade da Concessão não atende materialmente a legislação pertinente.

É imperioso ver a desproporcionalidade da outorga inicial e o prazo de concessão.

É cediço que a concessão pode ter prazos mais elásticos com vistas a possibilitar que a empresa dilua os custos iniciais em um período maior de contrato, viabilizando a execução da concessão.

Entretanto, basta olhar o enganoso cronograma físico-financeiro para ver que não é o caso da presente concessão.

O edital prevê um investimento durante toda a execução do contrato de R\$ 818,7 milhões. Desse valor, R\$ 775,4 milhões é outorga a ser paga à Prefeitura, sendo que R\$ 597 milhões será pago no primeiro ano.

De tal forma, inexistente razão para a concessão durar 15 anos porque, sem nenhuma justificativa, o edital está exigindo que a empresa desembolse mais de 70% do investimento.

Tal cláusula expõe outro vício da licitação caracterizado pela **restrição ao caráter competitivo do certame**.

A Lei n. 8.666/93 veda expressamente cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do procedimento licitatório (artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I).

Art. 3º (...) § 1º **É VEDADO** aos agentes públicos: I - admitir, prever, **incluir ou tolerar, nos atos de convocação**, cláusulas ou **condições que comprometam, RESTRINJAM** ou frustrem o seu **CARÁTER COMPETITIVO**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto

nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (grifou-se)

O texto acima destaca os princípios da igualdade e da competitividade, pois é através deles que a Administração irá escolher melhor proposta, mas também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.

Ao contrário do esperado por parte de uma administração proba que busca o interesse público, o edital de licitação exigiu o pagamento de outorga fixa antecipada no importe de R\$ 595.000.000,00 até o final de 2020, ou seja, cerca de 40% de ganhos previstos com a licitação. Como bem asseverou um dos votos vencidos do TCM:

A exigência do pagamento dessa altíssima quantia até o final de **2020 mostra-se restritiva à competição por, injustificadamente, inibir a participação de licitantes que possuem capacidade técnica, operacional e financeira para a execução do objeto, mas não conseguem, seja por fonte própria ou de terceiros, realizar o pagamento desses vultosos R\$ 595 milhões no momento em que o concessionário ainda não conta com as receitas da concessão.** Esse aspecto restritivo foi, inclusive, apontado em 3 das Representações interpostas perante este Tribunal. **Tal problema mostra-se ainda mais real pelo alto valor de outorga inicial não resultar em investimento em algum ativo tangível, que possa ser usado com garantia junto a eventuais financiadores.** Nesse sentido, o acórdão do TCU no âmbito do TC- 002.811/2006-620 assinala: “Em vez de exigir o pagamento do referido valor de outorga em parcela única, a ser paga no início da concessão – medida que, apesar de sua

simplicidade, poderia restringir consideravelmente a competição no certame -, optou a ANTT por postergar sua cobrança para a fase de operações, relacionando-o à quantidade de trens-referência por quilômetro percorrido.” **A restritividade fica patente porque quanto maior for a exigência de um alto pagamento em curto prazo, maior será a capacidade econômico-financeira requerida do licitante. (...) Salta aos olhos também o prazo para pagamento da Outorga Fixa de R\$ 595 milhões, definido para ocorrer – sempre – dentro do período da atual gestão municipal e a ausência de alteração deste prazo mesmo após todos os adiamentos, uma vez que o prazo inicial para abertura dos envelopes era Abril/2019 e agora, caso retomada a licitação, o processo deverá ser concluído apenas em 2020**

Ao exigir um vultoso pagamento de outorga até dezembro de 2020, ao invés de distribuí-lo ao longo dos 15 anos do prazo de concessão, impõe-se à licitante uma enorme disponibilidade financeira, quase que imediata, que retira da disputa muitos possíveis e competentes interessados.

Tal disposição impõe que os licitantes apresentem requisitos de habilitação muito além do que os previstos em lei. Isto porque para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados a comprovação de **capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação**².

² Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: (...) § 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as

Assim, o edital, disfarçadamente, cria uma cláusula de barreira para as empresas que possuem qualificação técnica, operacional e financeira para a execução do objeto, mas não conseguem, seja por fonte própria ou de terceiros, realizar o pagamento desses vultosos R\$ 595 milhões no momento em que o concessionário ainda não conta com as receitas da concessão.

Para um negócio cuja estimativa de receita bruta do concessionário é de R\$ 195.500.000,00 por ano, a partir do sexto ano, como consta no item 8.1 do Anexo IV do edital, fazer uma exigência de outorga de R\$ 595.354.889,00 que deve ser totalmente paga até dezembro de 2020, além das parcelas mensais nesse período, tanto da outorga fixa quanto da variável, não se caracteriza como um bom atrativo aos concorrentes.

O interesse em um negócio nessas condições está restrito àquelas empresas que estejam muito capitalizadas e que tenham um profundo conhecimento da operação da Zona Azul de São Paulo, assim como uma confiança muito grande que os resultados serão bem maiores do que as estimativas apresentadas nesse edital. Não há muitas empresas nessas condições.

Não há nenhum elemento nos autos que justifique esse absurdo de desembolso na entrada do contrato. A desproporcionalidade entre uma outorga de entrada de quase 600 milhões de reais e um valor mensal de 1 milhão é latente e comprova que o objetivo do presente cálculo é puramente a antecipação de receita futura para essa gestão em ano eleitoral, descumprindo a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Some-se a tudo isto, a existência de indícios de privilegiamento em relação a empresas contratada, posto que o modo que foi procedida a licitação ensejou uma RESTRIÇÃO GRAVE à competição, ou seja, a Administração impediu de participar da competição licitantes que, apesar

garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

de possuírem suficiente idoneidade financeira, não puderam, contudo, apresentar propostas mais vantajosas (em qualidade e preço), condições exigidas no edital e na Lei.

Corroborar-se a existência de limitação o fato de simplesmente apenas duas empresas terem participado do certame realizado em 10.12.19.

Restando demonstrado que as contratações se deram ao arrepio da lei, o contrato celebrado entre a Administração Pública e a pessoa jurídica demandada é nulo de pleno direito por força do disposto nos arts. 49 e 59 da Lei nº 8.666/93.

5.2. CARACTERIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

5.2.1. Da tipologia dos atos de improbidade administrativa

A norma matriz dos atos de improbidade administrativa possui assento constitucional, insculpida no artigo 37 da Constituição da República:

Art. 37 -A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:(...)§ 4º -Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Com o escopo de conferir densidade normativa ao indigitado preceito constitucional, foi editada a Lei nº 8.429/92, que dispõe

sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, contemplando três categorias de atos de improbidade administrativa:

- atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito do agente ou de terceiros;
- atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário;
- atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

5.2.2. Atos de improbidade que importam prejuízo ao erário

A Lei 8.429/92, nos preceitos aplicáveis à espécie, dispõe:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta lei, e notadamente:

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

Não há necessidade de extensa repetição dos argumentos jurídicos que fundamentam a prática do ato ímprobo. Assim, em aparatada síntese, a presença de cláusulas restritivas de competitividade, gera por si só a conclusão de que a Administração Pública poderia obter contratação mais vantajosa, adequada e eficiente se instalada o processo licitatório, sendo suficiente para a caracterização do ato de improbidade administrativa.

Salientando apenas que o rol acima não assume natureza exaustiva, a narrativa até aqui apresentada traz a inferência segura de dano ao erário.

O ponto importante é apenas ressaltar a opção do legislador por um alargamento do elemento subjetivo, pois a **conduta culposa**, seja ela comissiva ou omissiva, também é albergada pela tipologia do artigo. Neste sentido, a legislador conferiu maior proteção à sociedade na repreensão dos atos que causem prejuízo ao erário.

Sendo certo que a recomposição do dano ao erário é, por força constitucional, imprescritível, legitimada está a ação ministerial a qualquer tempo.

5.2.3. Dos atos que atentam contra os princípios administrativos

Fixada a ideia hoje enraizada no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro de que os princípios possuem normatividade jurídica, cumpre lembrar a doutrina de CELSO RIBEIRO BASTOS, para quem violar um princípio constitui fato muito mais grave do que violar uma norma/regra isolada, verbis:

“Não se faz aplicação isolada do princípio; ele se concretiza sempre através de normas nas quais devemos ler os princípios, isto é, reconhecer que eles são critérios, do ponto de vista da interpretação, supra ordenados às próprias normas que compõem o campo de estudo, no caso, o direito administrativo. Por isso, é extremamente mais grave a lesão a um princípio do que o ferimento de uma norma isolada. Esta pode significar um aspecto menor, secundário do direito administrativo; entretanto, a lesão ao princípio consiste em ferir as próprias estruturas desse direito, a ossatura que compõe esse feixe

normativo. (Bastos, Celso Ribeiro, Curso de Direito Administrativo. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23)”.

Sobre esta questão, exalta-se a sempre lembrada doutrina do professor HUGO NIGRO MAZZILLI:

“O administrador público não está lidando com bens seus, e sim com bens coligidos com muito sacrifício pela coletividade, dos quais ele espontaneamente pediu para cuidar, e ainda remunerado para isso (grifamos). Assim o administrador não tem o direito de ser negligente com recursos públicos; pode até sê-lo em sua vida privada, nunca com recursos da coletividade. Ele concorreu a um cargo público ou foi eleito ou nomeado para ele; ao tomar posse, imediatamente assumiu um dever jurídico, mais do que meramente moral, um dever que tem sanção: assumiu o dever de não ser negligente, de não ser desidioso, de não ser imprudente com os recursos da coletividade, que ele escolheu gerir. Se ele é imprudente, desidioso ou negligente, ele é desonesto – assim o considera o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. (...) um administrador honesto é zeloso – isso faz parte da definição do administrador. Ser honesto é pressuposto de quem exerça cargo público; não é qualidade.

Tomando por base a noção conceitual até aqui apresentada, importante o apontamento aos princípios violados no presente caso.

A) Infração ao princípio da legalidade

O princípio da legalidade restou inegavelmente manchado pela conduta dos demandados, vez que a noção de legalidade reduz seu sentido à ideia de conformidade dos atos com as normas jurídicas.

O respeito ao princípio da legalidade é um poder dever do agente público, somente sendo permitido a ele atuar nos estritos limites da lei.

In casu, o princípio da legalidade foi maculado com as inúmeras violações à Lei 8.666/93, desde a elaboração do Plano de Negócios de forma imprecisa, indicando que o mesmo não foi baseado em estudos preliminares adequados à importância da concessão, passando pelas irregularidades identificadas no cronograma físico-financeiro, cunhada por técnicos do TCM como “mera peça de ficção” e pelas cláusulas restritivas de competitividade.

B) Infração ao princípio da moralidade administrativa

O princípio da moralidade constitui pressuposto de validade de todo e qualquer ato administrativo, devendo sua preservação ser perseguida a todo momento, sob o risco de ruína da organização estatal democrática.

Sobre o princípio da moralidade Marcelo Lemos³ ensina:

“(…) pode-se afirmar que o legislador pátrio buscou trazer para dentro do sistema valores éticos da sociedade, normas de boa conduta, para dar colorido na prática dos atos administrativos, não sendo suficiente, para sua validade, que se observem apenas a estrita legalidade, mas também, os deveres

³ VIEIRA, Marcelo Lemos. O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela Lei de Improbidade, In Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle. Vitória: MPES, CEAF, 2005, p. 353-354.

deontológicos de honestidade, imparcialidade e lealdade, que vem a ser a aplicação do princípio da moralidade administrativa. (...) **O princípio da moralidade administrativa tem suas origens na teoria do desvio de poder, criada para traçar limites ao poder discricionário, notadamente quando se trata da finalidade do ato que constitui a direção do agir administrativo, tão importante quanto às demais bases do Estado de Direito. Sua criação traçou os limites necessários à liberdade de escolha e o juízo de oportunidade do administrador**".

O exame da moralidade do ato, outrossim, contém um decisivo componente ético. O administrador não deve cingir-se apenas à legalidade ou ilegalidade, justiça ou injustiça e à conveniência e oportunidade do ato. Deverá, também, ajustar a sua conduta aos parâmetros da moralidade.

E se o princípio da legalidade impõe ao administrador a submissão à lei, o princípio da moralidade exige que a ação administrativa tenha como motor o dever de exercer uma boa administração.

Não há dúvidas de que a Concorrência Internacional para concessão do serviço de "Zona Azul" eivada de ilegalidades desde sua fase prévia, iniciada com a audiência pública e estudos prévios, não reflete uma boa administração e ofende a moralidade administrativa.

C) Infração aos princípios da impessoalidade e da competitividade

O princípio da impessoalidade, consagrado expressamente na Constituição Federal no artigo 37, caput, é consubstanciado na ideia de que o agente público deve agir livre de qualquer emoção pessoal, utilizando-se da administração pública apenas para alcançar

fins relacionados ao interesse público. Cabe ao agente público atuar de forma abstrata, buscando a plena satisfação do interesse social.

Por sua vez, o princípio da competitividade exige que a Poder Público sempre verifique a possibilidade de se ter mais de um interessado que nos possa atender/fornecer o objeto licitado.

A competição é a razão determinante da realização do procedimento licitatório, pois é ela que possibilitará a busca pela melhor proposta.

As exigências do edital no que se refere aos requisitos de qualificação técnica e o pagamento da outorga fixa mostraram-se totalmente desarrazoadas, na medida em que acabam por limitar o número de concorrentes.

Uma exigência como essa só serviu para inabilitar concorrentes que poderiam competir tranquilamente nos mesmos patamares com as vencedoras.

A verdade é que conforme o vulto da licitação, os Agentes Públicos deveriam ter ampliado a competição.

Para EMERSON GARCIA, é inescusável o fato do Prefeito e dos Secretários não terem tomado providências para sanar as irregularidades, antes ou depois da licitação findada. A omissão do Prefeito e dos Secretários é caracterizadora de improbidade, ainda mais que tomou conhecimento dos fatos, através de interpelação por parte do TCM-SP e pelo Ministério Público através da Recomendação Administrativa, e mesmo assim NADA FEZ!

“Descumpridos os princípios e regras específicas de modo a comprometer a finalidade do procedimento licitatório, ter-se-á a frustração deste, com a consequente configuração da improbidade. A lesividade está ínsita na conduta do agente, sendo despidianda a ocorrência de prejuízo patrimonial imediato. Consoante o art. 49 da Lei n 8.666/93, identificada a ilegalidade, bem como a violação aos

princípios estatuídos no art. 3º, a autoridade administrativa competente tem o dever de anular a licitação, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante pronunciamento escrito e devidamente fundamentado.” (pág. 362)

De outra feita, o fato de o PREFEITO e dos SECRETÁRIOS terem tido oportunidade de consertar os erros e falhas até o momento e nada ter providenciado, implica em tolerância, conveniência, que são atitudes que contrariam vários princípios Administrativos, os quais o mesmo deveria prestar estrita obediência.

5.3. DO PREJUÍZO AO ERÁRIO

Dentre as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, há a previsão de ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público.

No caso dos autos, os demandados, agentes públicos, em conjunto com a empresa são responsáveis pelos danos ao patrimônio municipal, e, por isso, a obrigação pela recomposição do patrimônio lesado é solidária, consoante dicção dos artigos 275c/c 942, caput, 2ª parte, do Código Civil⁴ c/c artigo 5º da Lei 8.429/92⁵.

Isto porque, a ideia da restrição da competitividade por si só releva que os demandados não selecionaram a proposta mais vantajosa, sendo evidente o prejuízo ao erário.

Ademais, o processo licitatório foi realizado sem estimar o valor real do negócio, pois deixou de projetar o valor futuro e possível

⁴ Lei 10.406/02) “Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. [...]”

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

⁵ (Lei 8.429/92) “Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.”

retorno financeiro da comercialização do banco de dados dos usuários do serviço de zona azul.

Com efeito, o prejuízo exato é incerto uma vez que a municipalidade não apresentou qualquer estimativa em relação as receitas acessórias, de maneira que o valor deverá ser retificado após prova pericial.

Assim, a condenação dos réus, pessoas físicas e jurídicas, à reparação dos danos causados ao Município de São Paulo deverá ser SOLIDÁRIA em decorrência dos atos acima narrados, por força dos artigos 275 c/c 942, caput, 2ª parte, do Código Civil c/c artigo 5o da Lei 8.429/92.

6. PERTINÊNCIA SUBJETIVA E INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS E DAS SANÇÕES

Não obstante toda a descrição fática constante na exordial, importante apontar de modo sintético a razão pela qual cada um dos demandados foi inserido na sujeição passiva da demanda, de acordo com a tipologia constante dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.429/92.

A presente demanda veicula três ações distintas, a saber: (i) aquela que imputa ato de improbidade administrativa aos agentes públicos e aos particulares que se beneficiaram dos atos; (ii) aquela voltada à anulação da Concorrência Internacional nº 01/SMT/2019 e contrato e (iii) aquela voltada ao ressarcimento ao Erário.

No caso, são veementes e contundentes os INDÍCIOS DE DESVIO DE PODER (ou facilitação/direcionamento), nas atitudes seguintes do Prefeito e dos Secretários: (i) nenhuma atitude tomou (de ofício) para coibir o dano à competitividade na licitação, mesmo cientificado pelo TCM/SP, que já considerou ilegal por impedir a ampla concorrência; (ii) inexistência dos motivos apresentados pelo administrador para justificar a decisão tomada (ausência de motivação contemporânea e à época do fato); (iii) desigualdade de tratamento dos interessados (beneficiando diretamente a empresa demandada); (iv) desrespeito aos objetivos de várias legislações e princípios citados, nesta peça; (v) injustiça manifesta (empecilho à

participação de fornecedores/empresas do certame); (vi) ausência de justificativa técnica e jurídica para realização em lote único, etc.

Assim, os demandados deverão responder nos termos do art. 12, II e III, da Lei 8.429/1992, pelos seguintes motivos:

A) **BRUNO COVAS, Prefeito do Município de São Paulo, autoridade máxima do Poder Executivo Municipal.** Responsável pelo procedimento licitatório de concessão de serviço público de zona azul. Omisso quando notificado, através da RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA expedido pelo Ministério Público, sobre as ilegalidades do edital e da necessidade de suspensão da licitação, **praticando atos de improbidade administrativa que importaram em prejuízo ao erário e ofensa aos princípios da administração.** Deve se submeter às cominações previstas no art. 12, II ou III, da Lei 8.429/1992 com aplicação das seguintes sanções: i) perda da função pública; ii) ressarcimento integral do dano; iii) suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; iv) pagamento de multa civil de duas vezes o valor do dano; e v) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

B) **MAURO RICARDO MACHADO COSTA,** Secretário Municipal de Governo teve conhecimento das ilegalidades do edital de licitação por meio da RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA expedida pelo Ministério Público, e não adotou nenhuma medida para sanar nas ilegalidades, de modo que concorreu para a prática dos atos **de improbidade administrativa que importaram em prejuízo ao erário e ofensa aos princípios da administração.** Deve se submeter às cominações previstas no art. 12, II ou III, da Lei 8.429/1992 com aplicação das seguintes sanções: i) perda da função pública; ii) ressarcimento integral do dano; iii) suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; iv) pagamento de multa civil de duas vezes o valor do dano; e v) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

C) **EDSON CARAM, Secretário Municipal de Mobilidade Urbana e Transporte**, autoridade máxima de representação do governo municipal na Concorrência Internacional nº 001/SMT/2019. Responsável pela realização da licitação em desacordo com a legislação. Responsável pela elaboração das cláusulas restritivas de competitividade. Omisso quando notificado, através da RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA expedido pelo Ministério Público, sobre as ilegalidades do edital e da necessidade de suspensão da licitação, de modo que praticou **atos de improbidade administrativa que importaram em prejuízo ao erário e ofensa aos princípios da administração**. Deve se submeter às cominações previstas no art. 12, II ou III, da Lei 8.429/1992 com aplicação das seguintes sanções: i) ressarcimento integral do dano; ii) suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; iii) pagamento de multa civil de duas vezes o valor do dano; e iv) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

D) **HORA PARK SISTEMA DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO LTDA**, empresa vencedora da Concorrência Internacional nº 001/SMT/2019. Concorreu e se beneficiou da licitação fraudulenta, através das cláusulas restritivas de competitividade e do direcionamento da licitação para que fosse a vencedora do certamente, de modo que praticou **atos de improbidade administrativa que importaram em prejuízo ao erário e ofensa aos princípios da administração**. Aplica-se as sanções da Lei de Improbidade, na forma prevista no **art. 3º da Lei 8.429/92**, posto que beneficiou dos atos de improbidade descritos nos artigos 10, inciso VIII, e artigo 11, caput, da Lei nº 8.429/92, devendo se submeter às mesmas cominações do art. 12, II ou III, da Lei 8.429/1992, especificadamente: i) ressarcimento ao erário; ii) pagamento de multa civil de duas vezes o valor do acréscimo patrimonial; e iv) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Ao prever os atos de improbidade que causam lesão ao erário, o art. 11 da LIA exige, para a respectiva caracterização, que a conduta seja dolosa ou culposa. Há de se ter em conta que a lei (nos Artigos 9º, 10 e 11) se referiu apenas ao dolo genérico, *latu sensu*, ou seja, no presente caso, a ação livre e consciente do agente de desrespeitar os mandamentos legais, as demais regras e princípios administrativos constitucionais sem a necessidade de comprovação de um fim específico (dolo específico). Nesse sentido, é a orientação do STJ:

AgRg no REsp 1214254 / MG - STJ DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE A VEREADORES. DOLO GENÉRICO. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. ABRANDAMENTO. (..) 3. O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa reflete-se na simples vontade consciente de aderir à conduta descrita no tipo, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas. Agravo regimental parcialmente provido. Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 15/02/2011, DJe 22/02/2011

O dolo está configurado pela manifesta vontade dos requeridos de realizarem ou aceitarem condutas contrárias aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, da salutar competição, da economicidade, etc.

Além do que, demonstrado está o VÍNCULO CAUSAL entre as condutas dos requeridos, que limitaram e toleraram a falta de

competição, e o resultado lesivo, isto é, as atitudes dos agentes públicos e a omissão das empresas causaram prejuízos ao erário e aos princípios basilares de direito administrativo.

É esse o dolo genérico, necessário à caracterização dos atos de improbidade, e que se consubstancia, em síntese, na deliberada intenção em se omitir ou praticar uma conduta que beneficia o agente ou terceiro, e concomitantemente prejudica o interesse público.

A respeito da configuração do dolo genérico, observa-se os seguintes julgados:

REsp 826.678/GO - STJ "ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. 1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. 2. Recurso especial improvido." (, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.10.2006, DJ 23.10.2006 p. 290).

REsp 765212 / AC - STJ ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO (...). DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. (...) Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11. 5 Ainda que se admita a

necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora". Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. Recurso Especial parcialmente provido. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 02/03/2010, DJe 23/06/2010

AgRg no REsp 1214254/MG - STJ DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE A VEREADORES. DOLO GENÉRICO. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. 3. O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa reflete-se na simples vontade consciente de aderir à conduta descrita no tipo, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas. Precedentes. 4. Tem-se claro, diante da análise do acórdão recorrido, que houve bem descrita a conduta típica, cuja realização do tipo exige ex professo a culpabilidade. Dito de outro modo, violar princípios é agir illicitamente. Como bem expresso pela Corte estadual, a culpabilidade é ínsita à própria conduta ímproba.

(...). Agravo regimental parcialmente provido. (Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 22/02/2011)

7. DA TUTELA DE URGÊNCIA

Exposto a exaustão as ilegalidades da Concorrência Internacional nº 001/SMT/2019 é imperioso que seja concedida tutela de urgência para suspender a assinatura do contrato e início da execução, sob pena de grave prejuízo ao erário e a sociedade.

O Código de Processo Civil determina que quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano será concedida a tutela de urgência.

A *probabilidade do direito ou fumus boni iuris* está consolidado não só pela verossimilhança das **condutas ilegais e imorais dos demandados**, bem assim nos documentos que instruem o presente inquérito, mormente em razão das constatações técnicas acerca das irregularidades do edital de licitação apontadas pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

O perigo de dano ou *periculum in mora* é relevado pela iminente assinatura do contrato administrativo e implantação **do novo sistema de zona azul**, fato este que irá afetar milhares de pessoas.

Além da repercussão para os usuários do serviço, é importante destacar que a eventual reversão do sistema implicará gastos ao erário, devendo ser mantido o atual sistema até julgamento final desta ação.

8. PEDIDOS

Em face do exposto, distribuída e autuada com os documentos que a instruem, na forma do artigo 320 do Código de Processo

Civil e artigo 109 da Lei Complementar Estadual nº 734/93, requer o Ministério Público:

8.1. Seja concedida inaudita altera pars a medida liminar requerida nos itens 7, determinando a suspensão da assinatura e/ou contrato administrativo decorrente da Concessão Internacional nº 001/SMT/2019, a fim de que não seja iniciada a execução contratual;

8.2. Seja determinada a notificação para apresentação de manifestação por escrito e, após o recebimento da inicial, a citação de **BRUNO COVAS, EDSON CARAM, MAURO RICARDO MACHADO COSTA, HORA PARK SISTEMA DE ESTACIONAMENTO ROTATIVO LTDA**, para responderem, caso queiram, aos termos da presente ação, sob pena de revelia e confissão;

8.3. Seja determinada a prévia intimação da Fazenda Pública do Município de São Paulo para integrar a lide, caso assim entenda, na forma do artigo 17, § 3º da Lei nº 8.429/92;

8.4. Seja julgada procedente a presente ação para declarar a nulidade da Concorrência Internacional nº 001/SMT/2019 e contrato administrativo decorrente, nos termos do artigo

8.5. Seja julgada procedente a presente ação para **condenar BRUNO COVAS, EDSON CARAM, MAURO RICARDO MACHADO COSTA** como incurso nos artigos 10, inciso VIII e 11, caput, todos da Lei Federal nº 8.429/92, aplicando-se as sanções dispostas no artigo 12, II, da Lei 8.429/1992, Subsidiariamente, aquelas previstas no artigo 12, inciso III, do mesmo diploma legal, especificadamente: i) perda da função pública; ii) ressarcimento integral do dano; iii) suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; iv) pagamento de multa civil de duas vezes o valor do dano; e v) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

8.6. Seja julgada procedente a presente ação para **condenar HORA PARK ESTACIONAMENTO ROTATIVO LTDA** como incurso nos artigos 10, inciso VIII e 11, caput, todos da Lei Federal nº 8.429/92, aplicando-se as sanções dispostas no artigo 12, I, da Lei

8.429/1992, subsidiariamente, aquelas previstas no artigo 12, inciso III, do mesmo diploma legal: i) ressarcimento integral do dano; ii) suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; iii) pagamento de multa civil de duas vezes o valor do dano; e iv) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

8.7. Seja autorizado ao sr. Oficial de Justiça os benefícios do artigo 212 do Código de Processo Civil para a realização dos atos processuais;

8.8. Sejam os demandados condenados ao pagamento de quaisquer custas processuais;

8.9. Seja permitida a produção de todo o tipo de prova admissível no ordenamento jurídico (depoimento pessoal, testemunhal, documental, pericial, vistoria, inspeção judicial, etc.);

8.10. Não seja realizada a audiência de conciliação ou de mediação, ante a vedação prevista no artigo 841 do Código Civil;

8.11. Seja o demandante dispensado do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos (artigo 18 da Lei nº 7.347/85 e artigo 87 do Código de Defesa do Consumidor);

8.12. Seja determinada a intimação pessoal do Órgão Ministerial de todos os atos e termos processuais, com fulcro no artigo 180, caput c/c 183, § 1º, do CPC e artigo 224, inciso XI da Lei Complementar Estadual nº 734/93.

8.13. Seja autorizada a protocolização física das cópias das mídias contendo arquivos, nos termos do artigo 1.259 das Normas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Provimento nº 50/1989 e 30/2013), caso necessário.

Dá-se à causa o valor de R\$1.433.856.330,00 (um bilhão, quatrocentos e trinta e três milhões, oitocentos e cinquenta e seis mil e trezentos e trinta reais), valor estimado do contrato, conforme item 5.1. do Edital da Concorrência Internacional N° 001/SMT/2019.

São Paulo, 30 de janeiro de 2020.

ANDRÉ PASCOAL DA SILVA

1º PROMOTOR DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL

(EM ACUMULAÇÃO DO 8º PROMOTOR DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL)

Ana Beatriz de Souza Slobodticov
Analista Jurídica do Ministério Público