

**TJDFT**

Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
5ª Vara da Fazenda Pública e Saúde Pública do DF

Número do processo: 0713953-71.2017.8.07.0018

Classe judicial: AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL (65)

AUTOR: MINISTERIO PUBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS

REU: SERVICIO DE LIMPEZA URBANA - SLU, SUSTENTARE SANEAMENTO S/A

SENTENÇA

I. RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS contra o SERVIÇO DE LIMPEZA URBANA – SLU e a SUSTENTARE SANEAMENTO – S.A, com objetivo de obter provimento judicial declaratório da nulidade do contrato emergencial nº 32/2017, por ofensa ao patrimônio público, ID 12192647.

Requeru a concessão de liminar para determinar ao SLU que desconte R\$ 1.971.807,03 (um milhão novecentos e setenta e um mil oitocentos e sete reais e três centavos), do pagamento da contratação emergencial nº 32/2017, e deposite referido valor em juízo, enquanto vigorar o contrato.

O juízo da 8ª Vara de Fazenda Pública deferiu o pedido liminar, ID 12266552.

A segunda requerida suscitou a prevenção deste Juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública, em face do Mandado de Segurança nº 0711782-44.2017.8.07.0018, impetrado pela Empresa Cavo Serviços e Saneamento S/A, contra suposto ato coator, praticado pelo Diretor Presidente Substituto do SERVIÇO DE LIMPEZA URBANA DO DISTRITO FEDERAL – SLU e pela Diretora Substituta de Administração e Finanças do SERVIÇO DE LIMPEZA URBANA DO DISTRITO FEDERAL – SLU, a fim de suspender os efeitos da decisão que a inabilitou e determinar sua contratação para prestar o serviço em caráter emergencial, ID 12285593.

O pedido de declínio da competência foi indeferido, ID 2287576.

A SUSTENTARE informou a interposição de agravo e pediu a reconsideração da decisão que indeferiu o declínio da competência, ID 12638688.

Citada, ID 12442662, a primeira requerida contestou a inicial, alegando: I) a incompetência da 8ª Vara de Fazenda para processar o feito, em face da conexão com o Mandado de Segurança em trâmite nesta 5ª Vara; II) a licitude do contrato impugnado; III) violação ao princípio da separação dos três poderes; IV) razoabilidade da exigência de qualificação técnica operacional para manutenção e operação de usina de triagem e compostagem e V) realização de prova pericial para comprovar a razoabilidade da exigência de capacidade técnica, ID 13106934.

Decisão ID 13163345 declinou da competência em favor desta 5ª Vara de Fazenda Pública, em razão de conexão com o processo nº 0711782-44.2017.8.07.0018.

A segunda requerida, também em contestação, ID 13426532, arguiu I) o descumprimento de requisito de qualificação técnica, em qualquer proporção, vulnera o princípio de vinculação ao ato convocatório; II) a experiência apresentada pela empresa desclassificada não dizia respeito ao objeto do contrato; III) a importância do serviço de compostagem não pode ser dimensionada pelo seu custo; IV) a diferença de preços entre as propostas não guarda pertinência com a inclusão do serviço de compostagem, mas com quantitativos diversos constantes das propostas concorrentes; V) a diferença mensal entre as propostas das empresas SUSTENTARE e CAVO é de 1.916.761,80 e não 1.971.803,03; VI) a empresa CAVO subestimou quantitativos e maximizou a produtividade dos seus equipamentos; VII) a manutenção do bloqueio de valores inviabiliza a execução contratual; VIII) como o contrato atingido pela retenção tem vigência máxima de 180 dias consecutivos, toda a sua projeção de despesas, considerando a regra de preservação do equilíbrio contratual (art. 58, §2º), há que ser coberta nesse curtíssimo interregno, sob pena de o Judiciário impor à Ré o ônus de cumprir um contrato não viável economicamente; IX) o montante de depósito mensal não compromete apenas a taxa de administração e lucro da empresa, alcançando, no percentual de 7,28%, os custos diretos – necessários para a sua atividade operacional; X) foi vítima de uma gama de publicações maliciosas, em relação às quais já vem tomando as medidas cabíveis, tanto em relação ao Banco Central quanto à Polícia Federal, bem como com pedido de justa reparação judicial.

Em réplica, ID 15468407, o Ministério Público: I) arguiu que o Tribunal de contas do Distrito Federal, nos autos 33.838/2017, considerou ilegais os procedimentos adotados pelo SLU na licitação, quanto à qualificação técnica dos licitantes; II) reiterou a pretensão de declaração de nulidade do contrato firmado com a empresa ré e, por consequência, a reversão ao patrimônio do SLU das diferenças pagas à maior, tendo por referência os serviços de fato executados, mas considerando-se o menor valor identificado na cotação de preços dos serviços propostos; III) reiterou os termos da inicial.

Decisão ID 15969278 determinou a intimação das partes para especificarem provas.

A 7ª Turma Cível, mediante Ofício ID 16144752, encaminhou peças do agravo de instrumento 0717786-54.2017.8.07.0000, com Acórdão julgando prejudicado o recurso.

O SLU, ID 16238979, juntou documentos e requereu a realização de prova pericial, por engenheiro ambiental, com o fito de aferir a relevância da exigência de habilitação técnica.

A SUSTENTARE, ID 16885679, postulou pela realização de perícias de engenharia ambiental e contábil, assim como juntou documentos.

O Ministério Público, ID 17482738, limitou-se a juntar documentos e requerer oportunidade para apresentação de alegações finais.

A 7ª Turma Cível, mediante Ofício ID 18404334, encaminhou peças do agravo de instrumento 0717780-47.2017.8.07.0000. No Acórdão foi indeferido o pedido de reforma da decisão concessiva de tutela antecipada que determinou a retenção mensal de percentual dos pagamentos referentes ao contrato emergencial 32/2017.

O SLU, ID 20660955, requereu a devolução de R\$ 591.542,11 (quinhentos e noventa e um mil, quinhentos e quarenta e dois reais e onze centavos), porquanto houve equívoco na operacionalização do cumprimento da decisão judicial que impôs o depósito judicial dos valores mensais devidos à empresa requerida, consistente no depósito total de R\$ 12.422.384,29, quando deveria ter sido depositado R\$ 11.830.842,18 (onze milhões, oitocentos e trinta mil, oitocentos e quarenta e dois reais e dezoito centavos).

Decisão ID 20759115 determinou: I) intimação do MPDFT e da SUSTENTARE para manifestação acerca do pedido do SLU; II) intimação das partes rés quanto aos documentos juntados pelo MPDFT.

O MPDFT, ID 21434470, I) manifestou-se favoravelmente quanto à expedição de alvará de levantamento em favor do SLU e II) requereu o desentranhamento da Nota Técnica 19/2018-AT/PRODEP e anexos, de IDs 17482762; 17482817; 17482810; 17482803; 17482795; 17482791; 17482787; 17482781; 17482775; 17482772; 17482768; 17482762; 17482758; 17482754; 17482748; III) em substituição, postulou a juntada da Nota Técnica 19-A AT/PRODEP.

O SLU postulou a juntada de documentos em contraposição à manifestação ministerial, ID 24888232.

A SUSTENTARE, ID 25381520: I) manifestou-se favoravelmente quanto à expedição de alvará de levantamento em seu favor, no valor de R\$ 591.542,11 e II) requereu prazo para se manifestar quanto à Nota Técnica do MP.

Decisão ID 26188887: I) intimou as partes da denegação da ordem de segurança nos autos 0711782-44.2017.8.07.0018 e II) determinou à intimação para réplica e após especificação de provas.

A SUSTENTARE, ID 26408732: I) requereu a concessão de prazo para manifestação acerca da Nota Técnica juntada pelo MP; II) postulou pela expedição de alvará autorizando o levantamento dos valores retidos a maior, indicados na cota ministerial ID 21434487, com os respectivos acréscimos legais; III) afirmou que a sentença proferida no mandado de segurança apenas reforça a necessidade de produção de prova técnica nestes autos; IV) impugnou a nota técnica do MP, requerendo a intimação da Empresa CAVO para esclarecer possível equívoco quanto à metodologia na formulação dos quantitativos e composição de preço, bem como para que informe se o quantitativo de equipamentos, veículos e mão de obras cotados em sua proposta seriam suficientes para atender à demanda prevista no projeto básico; V) reconsideração parcial da decisão liminar para determinar que o valor retido seja calculado com base no parâmetro de preço unitário, liberando em favor da requerida o importe de R\$1.610.767,07 (um milhão seiscentos e dez mil setecentos e sessenta e sete reais e sete centavos), e respectivos acréscimos.

O Ministério Público, ID 26848521: I) afirmou que a Nota Técnica não era apócrifa e sim de autoria do próprio órgão ministerial; II) postulou o indeferimento de reconsideração da liminar, que já foi objeto de recurso de agravo de instrumento improvido pela instância superior; III) requereu o indeferimento de intimação da empresa CAVO que não é parte na presente ação pública e nem há hipótese de intervenção de terceiro; IV) requereu a oportunidade de apresentação das alegações finais.

O SLU reiterou o pedido de produção de prova a fim de comprovar a capacidade técnica em Operação e Manutenção de Usina de Triagem e Compostagem, ID 27665942.

A SUSTENTARE indicou assistente técnico e formulou quesitos para a realização de perícia, ID 27862743.

O Ministério Público afirmou que a realização de perícias ambiental e contábil foi requerida pela parte ré e requereu nova vista dos autos, após decisão saneadora, ID 28095730.

Decisão ID 29724551 deferiu a realização de prova pericial por engenheiro ambiental.

A SUSTENTARE interpôs embargos contra a decisão saneadora, que foram acolhidos para deferir a realização de perícia contábil, ID 31788724.

Decisão ID 31877267 nomeou perito para realização de perícia contábil.

A SUSTENTARE apresentou quesitos e indicou assistentes técnicos para as duas perícias, contábil e ambiental, ID 32646625.

O SLU indicou assistente e pugnou por novo prazo para apresentação de quesitos, ID 34022449.

A SUSTENTARE, ID 35629303, pleiteou a expedição de alvará de levantamento da quantia bloqueada e depositada em conta judicial, mediante o Seguro Garantia encartado na Apólice nº 051772019004X07750000022000000.

O MPDFT apresentou quesitos para as duas perícias, ID 36281089 e indicou assistentes técnicos, ID 38525699.

Decisão ID 42065456 indeferiu o pedido de substituição de arresto pelo seguro garantia e determinou a intimação do perito para iniciar os trabalhos.

A SUSTENTARE informou a interposição de agravo de instrumento e pleiteou a reconsideração da decisão agravada, ID 43542814.

O SLU apresentou quesitos e indicou assistente técnico, ID 43980850.

Decisão ID 44513988 indeferiu os quesitos apresentados pelo SLU por intempestividade e acolheu a indicação de assistente técnico. O SLU opôs embargos contra a referida decisão, solicitando que ao menos os quesitos fossem aceitos como do juízo, ID 46646175. Decisão ID 47262959 acolheu os quesitos intempestivos do DF, para evitar futura alegação de nulidade do feito.

A SUSTENTARE informou o deferimento do pedido de substituição da penhora por seguro garantia judicial e requereu a expedição de alvará de levantamento, ID 51874729.

Decisão ID 52224348 determinou: I) a expedição de ofício à 8ª Vara de Fazenda para transferência dos valores depositados judicialmente para conta vinculada a este juízo; II) manifestação das partes sobre o pedido de levantamento do valor depositado em excesso, formulado pelo SLU.

A SUSTENTARE arguiu que a quantia a maior de R\$ 591.542,11 foi subtraída dos valores que lhe seriam pagos em decorrência do contrato.

A SUSTENTARE requereu o levantamento do valor incontroverso, de R\$ 11.830.842,18, em observância à decisão judicial.

Decisão ID 52562229: I) indeferiu o pedido de expedição de alvará de levantamento e determinou que se aguardasse o julgamento definitivo do agravo; II) afirmou ciência da transferência dos valores para conta judicial vinculada a este Juízo.

O perito Guilherme Apolinário Aragão juntou aos autos laudo pericial contábil e requereu a expedição de alvará de levantamento referente aos honorários remanescentes, ID 52629185.

Intimadas acerca da juntada do laudo pericial: I) a SUSTENTARE informou o depósito da última parcela dos honorários periciais, ID 53564232; II) o SLU requereu a total improcedência do pedido em face das conclusões do perito, ID 54025773 e III) o MPDFT requereu nova vista para manifestação acerca das conclusões do perito, ID 54237793.

Por fim, a SUSTENTARE requereu o cumprimento da decisão do TJDFT que deferiu a substituição dos valores penhorados pelo seguro fiança, ID 54905174.

A SUSTENTARE informou que ainda tem interesse na realização de perícia ambiental e ratificou a indicação de assistente técnico e de quesitos, ID 55976239.

O perito Guilherme Apolinário informou dados bancários para ofício de transferência, ID 60431876.

O MP informou que se manifestaria acerca das conclusões do perito no prazo contado a partir da certidão de intimação, ID 61465849.

Decisão ID 61739012 determinou a expedição de alvará de levantamento quanto ao valor incontroverso de R\$ 11.830.842,18.

O perito Guilherme Apolinário requereu a expedição de ofício de transferência independente de preclusão da decisão ID 61739012.

O SLU, ID 62057429, (I) insistiu na produção de prova técnica ambiental; (II) indicou como assistente técnico o servidor GUSTAVO PEREIRA DE MENEZES; (III) requereu prazo adicional de 15 dias para manifestação acerca do laudo pericial; (IV) informou que houve uma retenção a maior de R\$ 591.542,11. Na petição ID 62506017 requereu a improcedência da demanda.

A SUSTENTARE noticiou que a transferência bancária foi realizada, ID 62627893.

Foi anexado aos autos a Decisão que julgou prejudicada a Reclamação ID 0705243-14.2020.8.07.0000, ID 64666248.

Foram anexados ainda documentos relacionados ao Agravo de Instrumento 0726650-13.2019.8.07.0000.

O SLU propôs agravo de instrumento contra a Decisão ID 62625520, alegando que houve equívoco quanto à indicação de servidor para atuar como assistente técnico, ID 64825862.

O MP juntou nota técnica, ID 64934090 e oficiou pelo acolhimento dos embargos de declaração, ID 65283138.

A SUSTENTARE oficiou pelo acolhimento dos embargos e concessão de prazo para manifestação acerca do laudo contábil, id 6543306.

Decisão ID 79428114 facultou o prazo de 15 (quinze) dias para manifestação das partes quanto ao laudo pericial apresentado pelo perito Gabriel Martins Sales Fonte, bem como a posterior intimação do perito para eventuais esclarecimentos, salientando, ainda, que o levantamento dos honorários somente ocorreria após a prestação de esclarecimentos pelo perito.

O Serviço de Limpeza Urbana - SLU anexou manifestação técnica e requereu a intimação do Perito para manifestação, ID 80584577.

Expedido ofício de transferência de valores em favor do Perito Guilherme Apolinário Aragão, ID 80262308, encaminhado via e-mail para a instituição financeira, ID 81215024.

A requerida SUSTENTARE SANEAMENTO S.A. apresentou a manifestação ID 81904990, ressaltando a sua tempestividade e teceu considerações sobre o laudo pericial contábil.

O Ministério Público reiterou, ID 85560575, os pedidos constantes da exordial, anexando documentos.

Manifestação do Perito Gabriel Martins Sales, ID 86036909.

Intimado, certidão ID 86354194, o perito Gabriel Martins Sales Fonte para se manifestar acerca da impugnação apresentada pelo SLU. O perito, por sua vez, ID 86435253, requereu a desconsideração da manifestação ID 86036909 e a expedição de alvará para levantamento de honorários.

Decisão ID 87813691 (I) declarou encerradas a perícia ambiental e a fase probatória; (II) determinou a expedição do necessário para levantamento dos honorários periciais; (III) intimou as partes para se manifestarem acerca dos documentos apresentados pelo Ministério Público; e (IV) após, fossem as partes intimadas para apresentação de alegações finais com a posterior conclusão dos autos para julgamento.

O perito Gabriel Martins Sales Fonte apresentou dados bancários, ID 88164370.

O Ministério Público, ID 88617006, manifestou ciência acerca da decisão ID 87813691 e informou aguardar a posterior intimação para apresentação de alegações finais.

O SLU, ID 88931324, apontou equívoco no processamento do feito, alegando omissão que comprometeu o contraditório e ampla defesa, razão pela qual requereu a intimação do Perito para manifestar-se acerca da petição ID 86036909 e documentos anexados, bem como pugnou pela devolução do prazo para manifestar-se acerca da petição ID 88617006. Requereu, por fim, em caso de indeferimento dos pedidos, fosse a manifestação recebida como embargos de declaração.

Expedido ofício de transferência de valores em favor do Perito Gabriel Martins Sales Fonte, ID 80262308.

A requerida SUSTENTARE SANEAMENTO S.A. apresentou a manifestação ID 90400754, em que refutou as alegações do Ministério Público e reiterou os termos de sua contestação.

Expedido ofício de transferência de valores em favor do Perito Gabriel Martins Sales Fonte, ID 90545138, encaminhado via e-mail para a instituição financeira, ID 90709088.

O Ministério Público apresentou alegações finais, ID 95922358.

Despacho ID 99892893 determinou o encaminhamento dos autos ao NUPMETAS.

O Ministério Público, por meio da cota ID 100357226, apontou pendências nos autos, uma vez que a petição ID 88931324, juntada pelo SLU, não foi analisada pelo juízo, bem como não foram intimadas as partes requeridas para apresentar as alegações finais. Por fim, requereu o retorno dos autos a vara de origem para sanar as pendências.

Despacho ID 102705169 proferido pelo NUPMETAS converteu o feito em diligência e determinou o retorno dos autos à Vara de Origem para o seu regular trâmite processual.

Certidão, ID 105455857, informou que foram expedidos dois ofícios, um em favor do perito GUILHERME APOLINÁRIO ARAGÃO, consoante decisão, ID 80141521, e outro em favor do perito GABRIEL MARTINS SALES FONTE, consoante decisão, ID 87813691.

Intimado, o perito, GABRIEL MARTINS SALES FONTE, ID 106224696, apresentou os devidos esclarecimentos.

Certidão, ID 106499164, intimou as partes acerca dos esclarecimentos apresentados pelo perito.

A requerida SUSTENTARE SANEAMENTO S.A., ID 108688383, reiterou as manifestações, IDs 81896240 e 90400752.

O Ministério Público, ID 108890206, manifestou ciência quanto as conclusões do perito e reiterou os memoriais, ID 95922358.

O SLU, ID 110261280, manifestou ciência quanto a manifestação do perito, informando a desnecessidade de esclarecimentos adicionais. Registrou, ainda, ciência quanto aos documentos acostados pelo Ministério Público. Por fim, reiterou os termos da contestação e requereu a improcedência dos pedidos.

Remetidos os autos ao NUPMETAS, foram devolvidos porque não cumpridos os requisitos da Portaria Conjunta n. 68, ID 110718327.

Os autos vieram então conclusos para sentença, ID 111167921.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. Introdução

No processo de contratação emergencial 094.000.855/2017 de serviço de limpeza urbana, licitação promovida pelo do Serviço de Limpeza Urbana do Distrito Federal – SLU (1º demandado), somente duas concorrentes apresentaram propostas, a SUSTENTARE SANEAMENTO S/A (2ª demandada) e a Cavo Serviços e Saneamento S/A (terceira estranha ao feito).

A proposta da Cavo era economicamente mais vantajosa (seu preço era aproximadamente 12 milhões de reais menor que o da SUSTENTARE). A Cavo, contudo, foi desqualificada ao fundamento de não ter comprovado a qualificação técnica para a operação de Usina de Triagem e Compostagem da Asa Sul (Item P11 do Projeto Básico).

Em razão da desqualificação da Cavo, foi celebrado o Contrato Emergencial n.º 32/2017 com a concorrente remanescente, a demandada SUSTENTARE.

O Ministério Público, autor nesta ação civil pública, alega que a desqualificação da Cavo – e, conseqüentemente, a posterior contratação da SUSTENTARE - foi injustificada pelas seguintes razões:

1. a exigência de comprovação de capacitação técnica para a operação da Usina de Triagem e Compostagem da Asa Sul (Item P11 do Projeto Básico) foi ilegal, pois ela deve limitar-se “exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação” (art. 30, §1º da Lei 8.666/93), o que não seria o caso da operação da usina.
2. a Cavo substancialmente comprovou qualificação técnica para operação da Usina de Triagem e Compostagem da Asa Sul.

A SUSTENTARE e o SLU impugnam as alegações autorais. De acordo com eles a exigência de qualificação técnica foi legítima e a Cavo não comprovou tê-la.

A SUSTENTARE, em defesa da validade de sua contratação, também afirmou que sua proposta era, em verdade, mais vantajosa que a da Cavo, porque esta seria inexequível.

As teses do Ministério Público e dos demandados são analisadas a seguir.

2. Exequibilidade da proposta da Cavo

Todo provimento judicial deve ser potencialmente útil. Sob a perspectiva da utilidade, a declaração de nulidade do contrato celebrado com a SUSTENTARE (o pedido inicial) só será justificada se a contratação da outra concorrente (a Cavo) tivesse sido mais vantajosa para a Administração.

Analisando apenas os preços solicitados na licitação, essa constatação é evidente. O da Cavo é cerca de 12 milhões de reais menor que o da SUSTENTARE.

A SUSTENTARE afirma, no entanto, que a proposta da Cavo era inexequível.

Para tratar dessa questão foi realizada perícia contábil.

Os cálculos do perito demonstraram que o preço da Cavo era superior aos limites mínimos do art. 48, §1º da Lei 8.666/93 (id. 52629185 - Pág. 20, 'f'). Logo, juridicamente, ele era exequível.

A SUSTENTARE afirma, no entanto, que a proposta da Cavo estava defasada, porque o seu preço foi apresentado tendo como ponto de partida volume de serviço inferior ao que era objeto da licitação.

De acordo com o perito contábil essa defasagem ocorreu, porque a Cavo não teria levado em consideração o aumento quantitativo do serviço a ser prestado, de 25% quando comparado ao volume de serviço do contrato paradigma (aquele em vigor, mas cujo prazo de vencimento iminente deu origem ao procedimento de contratação emergencial ora analisado).

É preciso concordar com o Ministério Público quanto à impropriedade da discussão quanto a essa “defasagem”.

A Cavo é uma sociedade anônima. Ela não é uma pessoa jurídica hipossuficiente que careça de supervisão de seus atos gerenciais, dentre os quais os seus cálculos de custo, lucro e preço cobrado por um serviço. Faz parte do risco da atividade que exerce vincular-se às propostas por ela apresentadas, se for o caso assumindo o prejuízo decorrente de estimativas equivocadas.

A fiscalização que a Administração deve realizar (e, em caso de omissão, o Judiciário, quando provocado) limita-se aos contornos que a lei qualifica como preço inexequível. Esse controle foi feito e, como visto acima, o preço da Cavo não se encaixa nessa categoria.

Por fim, deve-se lembrar que o erro de cálculo da Cavo, sem que ela tenha sido ouvida, é mera especulação. E se a Cavo não considerasse seu preço viável, não teria impetrado o mandado de segurança 0711782-44.2017.8.07.0018, cuja causa de pedir era semelhante à desta ação e cujo pedido era análogo, de suspensão da decisão que a inabilitou com a consequente contratação imediata (o mérito do mandado de segurança não foi apreciado, em razão da necessidade de dilação probatória incompatível com aquela ação).

Em suma, não existe fundamento para concluir que a proposta Cavo era inexequível.

3. Ilegalidade da exigência de comprovação de capacitação técnica para a atividade de compostagem

Afastada a tese da SUSTENTARE de que a proposta da CAVO era inexequível, deve-se voltar aos argumentos do Ministério Público apresentados na inicial.

O primeiro deles é o de que a exigência de comprovação de capacidade técnica para operação da Usina de Triagem e Compostagem da Asa Sul (Item P11 do Projeto Básico) foi ilegal.

O §1º, I do art. 30 da Lei 8.666/93 estabelece que:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de

cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

[...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

A finalidade dessa norma legal, que regulamenta a parte final do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal (“[o processo de licitação] somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”), é claramente evitar que requisitos formais bizantinos restrinjam a concorrência. Ela pode ser assim resumida: só é lícito exigir demonstração de capacidade técnica em relação às parcelas do serviço a ser prestado que sejam “de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação”. A *contrario sensu*, se a parcela do serviço for de menor importância ou de valor insignificante, então a exigência de comprovação de qualificação técnica é ilícita.

O Ministério Público usa como critério de aferição da “maior relevância” e do “valor significativo” a fração do custo empresarial da operação da Usina de Triagem e Compostagem da Asa Sul. Esse custo, de acordo com o laudo pericial contábil, é de 2,77% do custo total (id. 52629185 - Pág. 15).

Embora o custo empresarial possa ser em muitos casos um bom parâmetro da relevância e significância da parcela do serviço a que ele se refere, neste caso concreto, é mais adequado mensurar essa importância (relevância e significância) por indicador mais diretamente ligado ao impacto que o serviço tem sobre a população que dele se beneficia.

O serviço público de limpeza urbana consiste, grosso modo, na coleta e destinação de resíduos sólidos. Logo, se há um indicador que melhor o mensure, da perspectiva social do público que dele se beneficia, ele é a quantidade de resíduos coletados, transportados e (eventualmente) tratados.

A prova pericial demonstrou que a Usina de Triagem e Compostagem da Asa Sul seria responsável pelo tratamento de 20,13% dos resíduos totais coletados (7.800 de 38.750 toneladas por mês).

O percentual de 20% em uma universalidade nunca é, por força do próprio número, insignificante.

No contexto do Distrito Federal, que tem um histórico de tratamento de resíduos sólidos constrangedor (em 2017, data do procedimento licitatório aqui analisado, o “Lixão da Estrutural” ainda estava em operação), a reciclagem de 20% do total de resíduos coletados é parcela que não se pode classificar como de menor relevância.

A operação global de reciclagem (i.e. sem discriminação entre subgrupos de atividades) da Usina de Triagem e Compostagem da Asa Sul era assim, parcela relevante e significativa do objeto da licitação. Conseqüentemente, a exigência de comprovação da capacidade técnica para operar globalmente a usina era justificada.

A atividade global de reciclagem a ser desenvolvida na Usina da Asa Sul subdivide-se em triagem e compostagem, como indica seu próprio nome (Usina de Triagem e Compostagem).

O perito contábil afirmou não ser possível conhecer, com base nos atos do poder público ou nas planilhas de custo das concorrentes, qual percentual dessa atividade global referir-se-ia apenas à compostagem (id. 52629185 - Pág. 14).

Por outro lado, o perito ambiental atestou em seu laudo que, quando de sua vistoria, a atividade de compostagem não estava sendo realizada na usina da Asa Sul (id. 79212567 - Pág. 41, quesitos 37.1 e 37.2).

O Ministério Público, ao id. 85560575, corroborando o relato do perito, constatou que ainda na fase preparatória da licitação, quando da aprovação do projeto básico, “a atividade de compostagem já não era realizada na Usina da Asa Sul – era centralizada na Usina de Ceilândia, e realizada pela empresa Valor Ambiental Ltda”.

Intimados a se manifestar sobre essa alegação do Ministério Público (id. 105338599 - Pág. 3), o SLU não a impugnou especificamente, reiterando sua posição anterior (id. 110261280).

A SUSTENTARE, por sua vez, sem negar que a compostagem nunca tenha sido realizada na Usina da Asa Sul, afirmou que a qualificação técnica era necessária porque tal atividade, por constar do edital, poderia ter sido iniciada a qualquer tempo, por ordem do contratante (id. 90400754).

É incontroverso, então, que a quantidade de resíduos que seriam tratados por compostagem não Usina da Asa Sul não foi especificada no edital nem foi levado em consideração nos cálculos de custo da SUSTENTARE. Também é incontroverso que, durante o contrato, ela nunca foi realizada nessa usina.

A simples ausência de especificação no edital de qualquer volume de resíduos destinados à compostagem é suficiente para comprovar que essa atividade específica era, no âmbito do serviço licitado, irrelevante e sem valor significativo. A irrelevância e insignificância da compostagem no âmbito do contrato ora analisado foram corroboradas pelo fato de que essa atividade nunca foi realizada na Usina da Asa Sul.

A conclusão é restrita ao contrato aqui analisado. Não se nega que a compostagem não tenha relevância ambiental no tratamento de resíduos e nem que o SLU, na totalidade da sua atuação, o ignore. No âmbito do contrato objeto destes autos, contudo, a atividade de compostagem era irrelevante e inexpressiva.

Conseqüência jurídica da irrelevância e da insignificância da compostagem no contrato de serviço ora analisado, a exigência na licitação de comprovação da aptidão técnica para essa atividade foi ilegal, nos termos do §1º, I do art. 30 da Lei 8.666/93 acima transcrito.

4. Nulidade da desqualificação da Cavo. Nulidade da contratação da SUSTENTARE

Foi dito acima que a exigência de comprovação de aptidão técnica para a operação global da Usina de Triagem e Compostagem da Asa Sul era lícita, mas para a atividade de compostagem, não. Como a operação global daquela usina divide-se em triagem e compostagem, a compatibilização das duas afirmações é simples: é lícita a exigência de comprovação de aptidão técnica para a atividade de triagem, mas a mesma exigência é ilícita para a atividade de compostagem.

A concorrente que foi desqualificada - Cavo -, mediante apresentação de atestado de execução de serviços, comprovou ter expertise na “operação e manutenção de usina de *resíduos sólidos recicláveis*”.

O perito ambiental, respondendo a quesito específico, atestou que não existe equivalência entre a aptidão comprovada pela Cavo e a formalmente constante do edital (“manutenção e operação de uma usina de *triagem e compostagem*”), porque a atividade de *compostagem* só está presente na de “manutenção e operação de uma usina de *triagem e compostagem*” (id. 79212567 - Pág. 39-40, quesito 35).

O que o perito constatou, então, é que a Cavo só não comprovou aptidão para a atividade de compostagem. Logo, ela a comprovou para o exercício da atividade de triagem.

O único motivo determinante para a desqualificação da Cavo foi, então, a alegada inaptidão técnica para a atividade de compostagem.

A exigência de comprovação da qualificação técnica relativa à compostagem era, contudo, ilícita. Consequentemente, a questão da aptidão técnica para essa atividade era irrelevante, juridicamente inexistente.

Tendo a Cavo demonstrado aptidão técnica para a triagem (única atividade a ser desempenhada na Usina da Asa Sul para qual era lícita a exigência de comprovação), a sua desqualificação é nula, porque ato administrativo cujo motivo determinante (a exigência de comprovação de aptidão técnica para a atividade de compostagem) não existe validamente no mundo jurídico.

A desclassificação da Cavo teve como consequência direta a contratação da SUSTENTARE, porque esta era a única concorrente remanescente. Ilícita a causa, inválido o efeito. A celebração do contrato administrativo com a SUSTENTARE é ato nulo.

5. Efeitos da declaração de nulidade

A declaração de nulidade implica a reconstituição do *status quo ante*.

Voltar no tempo, no entanto, é impossível. O contrato nulo foi celebrado em 2017. Do que consta dos autos, a SUSTENTARE cumpriu sua prestação a contento. Exigir dela a repetição de tudo o que recebeu como contraprestação implicaria enriquecimento ilícito da Administração. Por outro lado, porque afastada a alegação de inexecução, não há razões para duvidar de que se não tivesse sido (indevidamente) desclassificada, a Cavo não teria entregue a mesma prestação, recebendo, porém, o preço por ela solicitado na licitação (menor do que o pago a SUSTENTARE).

A solução que impede o enriquecimento sem causa da Administração e repara o prejuízo por ela sofrido, reconstituindo assim em termos práticos o estado anterior de coisas, é condenar a SUSTENTARE a devolver à Administração a diferença entre o preço que efetivamente recebeu e o que a Cavo receberia se tivesse sido declarada vencedora da licitação.

Embora o SLU seja réu nesta ação e tenha postulado a improcedência do pedido, foi ele a pessoa jurídica da Administração que sofreu o dano econômico, pois foi ele quem realizou os pagamentos a maior. Logo, é a ele que a quantia deve ser restituída.

Antes mesmo da citação da SUSTENTARE, o deferimento da cautelar de id. 12266552 fez com que o valor estimativo da diferença acima apontada fosse sendo depositada em juízo, à medida que a Administração pagava as parcelas periódicas do preço. Com a garantia do juízo, os encargos moratórios ficaram suspensos, pois o depósito judicial é automaticamente atualizado.

Decisão proferida em agravo de instrumento (id. 63345576 - Pág. 16) considerou a contratação de seguro pela SUSTENTARE equivalente ao depósito em juízo. Com isso, ao id. 61739012, foi autorizado o levantamento da quantia depositada em juízo, o qual foi realizado em 05/05/2020 (id. 63790910 - Pág. 1). Desse dia em diante, deixou de haver atualização do saldo devedor. Conseqüentemente, é a partir dessa data, sobre o valor levantado, que começam a correr os juros de mora e a correção monetária.

Se o valor acima indicado for insuficiente, sobre o remanescente incidem juros desde a citação (CC, art. 405) e correção monetária proporcional desde os pagamentos a maior efetuados.

As custas devem ser pagas integralmente pela demandada SUSTENTARE, em razão da isenção legal que beneficia o requerido SLU.

Os honorários advocatícios não são devidos em razão do autor e vencedor da ação ser o Ministério Público e de não haver má-fé dos vencidos, de acordo com a interpretação por simetria que o STJ e o TJDFT dão ao art. 18 da Lei 7.347/85 (por exemplo, no STJ, EAREsp 962.250/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/08/2018, DJe 21/08/2018; no TJDFT, Acórdão 1409434, 07119184120178070018, Relator: ALFEU MACHADO, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 16/3/2022, publicado no PJe: 29/3/2022).

III. DISPOSITIVO

1. Ante o exposto, resolvendo o mérito, julgo o pedido procedente para declarar nulo o Contrato Emergencial n.º 32/2017 celebrado entre os demandados SERVICIO DE LIMPEZA URBANA – SLU e SUSTENTARE SANEAMENTO S/A.

2. Como corolário da declaração de nulidade, para reconstituição do estado anterior de coisas, condeno a demandada SUSTENTARE SANEAMENTO S/A a restituir ao SERVICIO DE LIMPEZA URBANA – SLU a diferença entre o preço que efetivamente recebeu e o preço solicitado na licitação pela concorrente indevidamente desqualificada (Cavo Serviço e Saneamento S/A).

3. O valor especificado no item anterior deve ser atualizado do seguinte modo:

a) sobre valor igual à quantia levantada pela SUSTENTARE (id. 63790910 - Pág. 1) incidem juros de mora aplicados à caderneta de poupança e correção monetária pelo IPCA-e, ambos desde 05/05/2020 (data do levantamento).

b) sobre eventual remanescente não coberto pela quantia indicada na alínea anterior, juros de mora aplicados à caderneta de poupança desde a citação e correção monetária pelo IPCA-e, proporcionalmente, desde os pagamentos a maior efetuados.

4. Custas devidas integralmente pela demandada SUSTENTARE. Sem honorários de sucumbência.

5. Sentença não sujeita à remessa necessária, pois embora o SLU seja réu, beneficia-se economicamente com a sentença de procedência.

6. Caso não haja alteração da sentença em instância superior, aguarde-se em cartório pelo prazo de 15 dias. Transcorrido esse prazo sem que tenha sido iniciado o cumprimento de sentença, dê-se baixa e archive-se, observadas as cautelas dos art. 100-101 do PGC.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília-DF, data da assinatura eletrônica.

Jerônimo Grigoletto Goellner

Juiz de Direito Substituto