



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

SENTENÇA

Processo nº: **1020279-30.2020.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Ação Popular - Ato Lesivo ao Patrimônio Artístico, Estético, Histórico ou Turístico (COVID-19)**
 Requerente: **Daniel Victor Ferreira Gallo**
 Requerido: **Fiscal Tecnologia e Automacao Ltda e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **RENATO AUGUSTO PEREIRA MAIA**

Vistos.

Processo nº. 1020279-30.2020.8.26.0053

Cuida-se de **AÇÃO POPULAR** promovida por Daniel Victor Ferreira Gallo em face de Fiscal Tecnologia e Automacao Ltda e outros, na qual se narra ter sido publicado em Diário Oficial do Estado, em 22 de abril de 2020, contratação emergencial pelo Departamento de Estradas de Rodagem de serviços relacionados à fiscalização de infrações de trânsito por excesso de velocidade em sistema de radares rodoviários, dispensando-se licitação. Aduz que em razão do objeto contratado não possuir utilidade direta para contenção do coronavírus, o estado de calamidade pública decretado pelo Estado não justifica a dispensa do processo licitatório e contratação emergencial dos serviços. Almeja a concessão de tutela de urgência para suspensão do ato administrativo e ordem de suspensão de pagamentos nos contratos firmados entre o DER e Fiscal Tecnologia e Automação Ltda nº 20.586-2, entre o DER e Sitran nº 20.587-4 e DER e Sitran, contrato nº 20.588-6, evitando-se contratação milionária sem respeito aos princípios do processo administrativo, com posterior procedência da demanda para anulação das contratações.

Deu-se vista ao Ministério Público, que se manifestou às fls. 21/32 opinando concessão da liminar e pela emenda da inicial.

O autor-popular emendou a inicial para incluir o Superintendente do Departamento de Estradas de Rodagem e o Governador do Estado de São Paulo no polo passivo (fls. 33/34).

Foi deferida a liminar para suspender a vigência dos contratos firmados entre o DER e Fiscal Tecnologia e Automação Ltda nº. 20.586-2 e entre o DER e Sitran contratos nº. 20.587-4 e 20.588-6, bem como que os requeridos abstenham-se de proceder ao seu pagamento até julgamento do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

mérito (fls. 36/45).

O Estado de São Paulo e o DER manifestaram-se informando que a tutela perdeu o objeto uma vez que os contratos já estavam suspensos (fls. 73/76).

O Estado de São Paulo e o DER ofereceram CONTESTAÇÃO. Alegaram, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do Estado de São Paulo e que os contratos impugnados já estavam suspensos antes da concessão da tutela, conforme publicação no DOE em 18/04/2020 e 23/04/2020. No mérito, defenderam a regularidade da contratação emergencial, que fundamentou-se na essencialidade do serviço de modo a evitar a paralisação da prestação dos serviços, não tendo qualquer correspondência causal com a pandemia da COVID-19. Argumentaram que já teria sido realizado o pregão eletrônico 52/2018, em 29/10/2019 para a contratação de objeto análogo, encerrado em 06/01/2020, com interposição de recursos e pendência de análise pelo pregoeiro e sua equipe, o que justificou a contratação emergencial até a finalização da nova contratação. Sustentaram não haver prova de qualquer dano ao patrimônio público a justificar o ajuizamento da presente ação popular, que se trata de remédio constitucional que visa invalidar atos e contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público. Ao final, requereram a improcedência dos pedidos (fls. 84/109).

Houve réplica que reiterou o mérito e pleiteou a expedição do ofício ao Ministério Público vinculado ao Tribunal de Contas para que apresente parecer nos autos, ao Ministério Público Estadual para abertura de inquérito civil e criminal, bem como ao Tribunal de Contas do Estado para trazer aos autos informações ou certidão de objeto e pé dos processos (fls. 693/702).

Deferiu-se apenas a expedição de ofício ao Tribunal de Contas para a vinda de certidões dos processos e determinou-se a intimação das rés para oferecimento de contraprova (fl. 742).

Fiscal Tecnologia e Automacao Ltda ofereceu CONTESTAÇÃO. No mérito defendeu que o contrato nº. 20.586-2 firmado com o DER não possui qualquer correlação com a pandemia da COVID-19, que a emergência da contratação decorreu da não conclusão do processo licitatório, por tratar-se de serviço de natureza contínua, visando evitar a sua paralisação. Alegou que o serviço de fiscalização eletrônica de trânsito é essencial e de natureza contínua, o que justifica a emergência que motivou a contratação direta. Aduziu não haver provas da precariedade dos investimentos do Estado de São Paulo no combate à pandemia e nem da imprescindibilidade de se destinar recursos da fiscalização eletrônica de trânsito para o combate da pandemia. Sustentou que a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

decisão pela necessidade de continuação dos referidos serviços está dentro do âmbito de discricionariedade do administrador público, de modo que não cabe ao Judiciário a intervenção diante da ausência de omissão ou ilegalidade na decisão administrativa. Salientou a ausência de prova do prejuízo da contratação, visto que o preço é compatível com o praticado no mercado. Requereu a revogação da liminar e a improcedência dos pedidos (fls. 748/787).

A corrê Fiscal Tecnologia e Automação Ltda informou a interposição de agravo de instrumento em face da decisão que deferiu a liminar (fl. 881). O E. TJSP negou provimento ao recurso (fls. 937/943). Seguiu-se agravo interno em face da r. Decisão monocrática, que teve provimento negado (fls. 1.431/1.439).

SITRAN – SINALIZAÇÃO DE TRÂNSITO INDUSTRIAL LTDA ofereceu CONTESTAÇÃO. No mérito, alegou que as contratações impugnadas pelo autor-popular não possuem qualquer relação com a pandemia da COVID-19, mas que, em verdade, as tratativas prévias às contratações teriam ocorrido ainda no ano de 2019 em virtude da proximidade do encerramento dos prazos de contratos anteriores com objetos idênticos, visando evitar a possibilidade de interrupção da prestação dos serviços. Defendeu que a dispensa de licitação se deu licitamente, conforme admite a legislação, em face de situação emergencial envolvendo serviços essenciais que não podem ser interrompidos. Requereu a improcedência dos pedidos (fls. 920/934).

A corrê FISCAL TECNOLOGIA E AUTOMAÇÃO LTDA pleiteou a modificação da liminar para determinar que o DER deposite em juízo os valores devidos pela execução do contrato (fls. 944/948), o que foi indeferido (fls. 951/952).

O Estado de São Paulo e o DER informaram a conclusão do Pregão Eletrônico 52/2018 e juntaram novos documentos (fl. 957).

O autor-popular manifestou-se sobre as contestações (fls. 1.081/1.090 e 1.097/1.101).

O Ministério Público ofertou manifestação e informou a existência de outra ação popular de igual objeto (fls. 1.104/1.114).

O Juízo informou a existência das ações populares distribuídas por dependência 1023315-80.2020.8.26.0053 e 1020299-21.2020.8.26.0053, determinando a suspensão do feito até que as ações correlatas estejam em ordem para deliberação (fl. 1.115).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

O autor-popular pleiteou a reconsideração da decisão, pleiteando a extinção das demandas conexas por litispendência (fls. 1.121/1.122).

Determinada a citação do Superintendente do Departamento de Estradas de Rodagem e do Governador do Estado de São Paulo, mantida no mais a suspensão do feito (fl. 1.126).

PAULO CÉSAR TAGLIAVINI ofereceu CONTESTAÇÃO. Preliminarmente, defendeu a litispendência em relação ao processo nº. 1020299-30.2020.8.26.0053 e a litigância de má-fé. No mérito, em síntese, alegou não haver prova da lesividade e ilegalidade da contratação direta, que seguiu todas as formalidades legais, diante da situação emergencial que justificou o contrato por se tratar de serviço contínuo. Argumentou que o contrato anterior findava-se em 19/12/2019, o processo da nova licitação já estava em andamento, contudo, diante da grande complexidade, não foi possível sua finalização antes do término da vigência do contrato anterior, de modo que, para evitar a interrupção do serviço, foi realizada a contratação direta. Ao final, requereu a improcedência dos pedidos e a condenação do autor-popular às penas da litigância de má-fé (fls. 1.158/1.187).

JOÃO AGRIPINO DA COSTA DORIA JÚNIOR apresentou CONTESTAÇÃO. Alegou preliminares de inadequação da via eleita. falta de interesse processual e sua ilegitimidade passiva. Defendeu, ainda, a perda do objeto da ação popular, visto que os contratos já estavam suspensos antes do ajuizamento da demanda. No mérito, aduziu que as contratações diretas ocorreram diante da não conclusão do processo licitatório, para fins de continuidade na prestação de serviço público considerado essencial. Requereu, ao final, a improcedência dos pedidos (fls. 1.193/1.214).

A corrê SITRAN pleiteou a produção de prova documental (fl. 1.228).

A corrê FISCAL requereu a produção de prova técnica simplificada e juntou parecer técnico (fls. 1.229/1.234).

Paulo César Tagliavini declinou interesse na dilação probatória (fl. 1.272).

O autor-popular manifestou-se sobre as contestações (fls. 1.275/1.279 e 1.281/1.287), bem como requereu que se cobrem as informações solicitadas ao TCE (fl. 1.288).

O Juízo deferiu prazo para apresentação de documentos complementares requerida



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

pela corrê SITRAN e indeferiu a perícia técnica simplificada. No mais, deu-se ciência às partes do parecer técnico e determinou-se a reiteração do ofício ao TCE (fls. 1.293/1.294).

A corrê SITRAN juntou novos documentos (fls. 1.296/1.297).

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo encaminhou as informações (fls. 1.378/1.391).

O autor-popular manifestou-se sobre os documentos (fls. 1.398/1.401).

O Ministério Público opinou pela procedência dos pedidos (fls. 1.445/1.460).

Encerrada a instrução, facultou-se o oferecimento de razões finais (fl. 1.507), que foram apresentadas pela SITRAN (fls. 1.509/1.513), pela FISCAL (fls. 1.515/1.527), por Paulo César Tagliavini (fls. 1.528/1.529), pelo autor-popular (fls. 1.530/1.533), pelo RMP (fl. 1.536), pela FESP e DER (fls. 1.539/1.556).

A corrê FISCAL juntou novo documento informando o arquivamento do inquérito civil instaurado pela 5ª Promotoria de Patrimônio Público e Social de São Paulo (fl. 1602).

Deu-se ciência às partes (fl. 1.607), seguida de manifestação do autor-popular (fls. 1.610/1.614), da corrê SITRAN (fls. 1.615/1.616), do corrê Paulo (fls. 1.617/1.618), do RMP (fls. 1.620/1.627) e, ao final, da FESP e DER (fls. 1.633/1.634).

Processo nº. 1020299-21.2020.8.26.0053

Trata-se de Ação Popular movida por Felipe Torello Teixeira Nogueira em face de DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM - DER e outros, em que se impugna os contratos celebrados com os requeridos com dispensa de licitação, com fundamento genérico em caráter emergencial. Alega que os atos administrativos são ilegais, configurando dano in re ipsa, que os contratos somam valores milionários em prejuízo ao erário, especialmente no momento de pandemia vivenciado. Requereu a concessão da tutela de urgência para determinar a suspensão dos efeitos dos contratos e das multas aplicadas pelos referidos equipamentos eletrônicos. Ao final, objetiva a declaração de nulidade e arquivamento dos contratos eivados de ilegalidade, a nulidade de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

multas aplicadas pelos equipamentos eletrônicos objetos dos contratos e, caso os valores tenham sido transferidos para as empresas contratadas, que os mesmos retornem ao erário público.

Os autos foram inicialmente distribuídos à 6ª Vara da Fazenda Pública que, após manifestação do Ministério Público (fls. 34/46) e do autor-popular (fls. 48/49), reconheceu a conexão existente em relação ao processo nº. 1020279-30.2020.8.26.0053 e determinou a remessa dos autos a esta Vara (fls. 50/52).

O autor-popular emendo a inicial para incluir o Governador do Estado de São Paulo e o Superintendente do DER no polo passivo (fls. 55/56).

Recebidos os autos nesta Vara, determinou-se que o autor-popular complementasse a causa de pedir para esclarecer os motivos de inclusão do Governador e do Superintendente do DER no polo passivo, bem como determinou a abertura de vista ao Ministério Público (fls. 57/58).

O RMP opinou pelo deferimento em parte da liminar (fls. 64/74).

O autor-popular informou a interposição de agravo de instrumento (fls. 77/78). O E. TJSP concedeu a tutela recursal e determinou a suspensão da vigência dos contratos emergenciais (fls. 84/86).

Houve nova emenda à inicial para incluir as empresas FISCAL TECNOLOGIA E AUTOMAÇÃO LTDA e SITRAN – SINALIZAÇÃO DE TRÂNSITO INDUSTRIAL LTDA no polo passivo (fls. 82/83).

Sobreveio julgamento do agravo de instrumento interposto pelo autor-popular. O E. TJSP negou seguimento ao recurso (fls. 106/126).

Fiscal Tecnologia e Automação Ltda ofereceu CONTESTAÇÃO (fls. 127/168).

A decisão de fls. 262/264 recebeu as emendas à inicial e reiterou a determinação para que o autor-popular complementasse a causa de pedir.

Sitran – Sinalização de Trânsito Industrial Ltda ofereceu CONTESTAÇÃO (fls. 275/291).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

O DER e a FESP apresentaram CONTESTAÇÃO (fls. 295/326).

SITRAN pleiteou a produção de prova documental (fl. 1.011).

FISCAL requereu a produção de prova técnica simplificada (fls. 1.012/1.016).

FESP e DER declinaram interesse na dilação probatória (fl. 1.017).

PAULO CÉSAR TAGLIAVINI ofereceu CONTESTAÇÃO (fls. 1.018/1.046).

JOÃO AGRIPINO DA COSTA DORIA JÚNIOR apresentou CONTESTAÇÃO (fls. 1.052/1.073), bem como manifestou desinteresse na produção de outras provas (fl. 1.093).

FISCAL juntou parecer técnico (fls. 1.094/1.098).

PAULO CÉSAR TAGLIAVINI não requereu outras provas (fl. 1.137).

Deferiu-se prazo para apresentação de documentos complementares e indeferida a produção de prova técnica simplificada. Concedeu-se prazo para o autor-popular manifestar-se sobre o laudo encomendado pela corrê FISCAL (fl. 1.138).

O autor-popular manifestou-se às fls. 1.141/1.145.

A corrê SITRAN juntou novos documentos (fls. 1.147/1.148).

Deu-se ciência às partes (fl. 1.224).

A corrê SITRAN manifestou-se (fls. 1.228/1.232).

O RMP opinou pelo acolhimento da preliminar de litispendência e de ilegitimidade passiva da FESP (fls. 1.235/1.244).

Houve réplica (fls. 1.247/1.253).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Determinou-se a suspensão do feito para julgamento conjunto com a ação popular nº. 1020279-30.2020.8.26.0053.

Relatados. **FUNDAMENTO e DECIDO.**

É caso de julgamento maduro e integral da lide, conforme artigos 354 do Código de Processo Civil, vez que encerrada a fase instrutória. Não vislumbro requerimento de outras provas úteis ao processo. Assim, examino a causa desde logo para solução constitucional e legal¹. Ainda, para fins do artigo 12 do Código de Processo Civil registro que tenho julgado os processos conclusos em curto espaço de tempo, sem caracterização de atraso, observando preferencialmente a ordem cronológica (Lei Federal 13.105/15 alterada pela Lei Federal 13.256/16).

Em primeiro lugar, a respeito da possível perda superveniente do interesse de agir, não acolho.

Sobre a perda do objeto ou teoria do fato consumado, o argumento é conhecido e felizmente já superado pela jurisprudência. Atualmente é mero ardil que tenta evitar a cognição jurisdicional. De toda forma, para não deixar à margem registre-se a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça:

A superveniente suspensão dos contratos não implica a perda do interesse processual na ação em que se alegam nulidade da contratação. Relevante anotar que os contratos ora impugnados apenas foram suspensos pela via administrativa, e não anulados, de modo que o interesse permanece.

A propósito, os acórdãos: AgInt no RMS 052178/AM, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, Julgado em 20/04/2017, DJE 02/05/2017; REsp 1643492/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 14/03/2017, DJE 20/04/2017; MS 012892/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, Julgado em 26/02/2014, DJE 11/03/2014; REsp 1278809/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em 03/09/2013, DJE 10/09/2013; AgRg na SS

¹ "(...) O magistrado não está obrigado a deferir todo e qualquer pedido da parte. Incumbe-lhe, de outro lado, em observância aos princípios de celeridade e economia processuais e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), exercer juízo de valor sobre a necessidade e utilidade da prova. Não por outra razão deve indeferir provas e diligências inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do CPC. À parte, por seu turno, cabe "não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito" (art. 14, IV, CPC) (...)" (TJSP: 2070157-76.2014.8.26.0000 Agravo de Instrumento / Locação de Imóvel Relator(a): Gomes Varjão Comarca: Guaratinguetá Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado Data do julgamento: 28/07/2014 Data de registro: 29/07/2014)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

002370/PE, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, Julgado em 16/03/2011, DJE 23/09/2011;
 REsp 1059501/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em
 18/08/2009, DJE 10/09/2009.

Em relação à inadequação da via eleita e falta de interesse, melhor sorte não lhes assiste.

Como ensina Hely Lopes Meirelles "Ação Popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ou a estes equiparados ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos." (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 37º Ed., 2016, p. 190).

O ilustre professor ainda ensina que a lesividade do ato ao patrimônio público é um dos requisitos essenciais, de modo que ausentes os requisitos não se viabiliza a ação popular (p. 191/192).

A licitação, como se sabe ou deveria saber, foi fixada como exigência constitucional na Carta Magna de 1988. Tem relação direta com princípios como os da indisponibilidade e da supremacia do interesse público. A Lei de Licitações – de observância obrigatória pela União, estados, Distrito Federal e municípios – regulamenta o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, e estabelece as modalidades, fases e casos de dispensa ou inexigibilidade do procedimento licitatório.

"No âmbito das contratações pelo Poder Público, a regra é a subordinação do administrador ao princípio da licitação, decorrência, aliás, do artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Tratando-se, portanto, a inexigibilidade de licitação de exceção legal, é certo que a sua adoção, pelo gestor público, deverá revestir-se de redobrada cautela, em ordem a que não sirva de subterfúgio à inobservância do certame licitatório".

Os casos de dispensa indevida de licitação ou de fraude ao processo licitatório estão entre as principais hipóteses discutidas pelo C. Superior Tribunal de Justiça. Nesses casos, quando constatado o ato ilegal, o tribunal possui o entendimento de que há o chamado dano *in re ipsa* – ou seja, o dano presumido, que prescinde de comprovação.

"No que tange à possibilidade de imposição de ressarcimento ao erário, nos casos em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

que o dano decorrer da contratação irregular proveniente de fraude a processo licitatório, a jurisprudência desta corte de Justiça tem evoluído no sentido de considerar que o dano, em tais circunstâncias, é *in re ipsa*, na medida em que o poder público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta".

Em face disso, a orientação sedimentada do C. Superior Tribunal de Justiça:

A contratação direta, quando não caracterizada situação de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, gera lesão ao erário (dano *in re ipsa*), na medida em que o Poder Público perde a oportunidade de contratar melhor proposta.

Confira-se nesse ponto os Acórdãos daquela Corte: AgInt no REsp 1671366/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 28/11/2017, DJE 01/12/2017; REsp 1121501/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, Julgado em 19/10/2017, DJE 08/11/2017; AgInt no REsp 1528837/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, Julgado em 24/10/2017, DJE 31/10/2017; AgInt no AREsp 595208/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, Julgado em 21/09/2017, DJE 28/09/2017; AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, Julgado em 02/02/2017, DJE 14/03/2017; AgRg no REsp 1406949/AL, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em 18/10/2016, DJE 09/02/2017, assim como no Informativo de Jurisprudência n. 0549, publicado em 05 de novembro de 2014.

Este Juízo tem apontado há muito que a dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação já carrega consigo em seu grau mínimo dano à legalidade, à moralidade e aos demais princípios administrativos, colocando na mesa inclusive a hipótese de dano moral coletivo. Ademais, o fato de se repelir a licitação para contratação direta não deixa de caracterizar violação da eficiência e da publicidade administrativa, que na condição concreta de desdobramento ínsitos à licitação, impede que se caracterize o dano à economicidade e à qualidade do serviço contratado. Aí a razão pela qual, não apenas o Juízo, mas o C. Superior Tribunal de Justiça vislumbram que situações equivalentes a essa denunciam verdadeiro dano *in re ipsa*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. DANO IN RE IPSA. RESSARCIMENTO AOS COFRES PÚBLICOS. EXCLUSÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. Registre-se que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, observa-se a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça). 2. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. 3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a contratação direta de empresa prestadora de serviço, quando não caracterizada situação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, gera lesão ao erário, vez que o Poder Público perde a oportunidade de contratar melhor proposta, dando ensejo ao chamado dano in re ipsa, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado. 4. O entendimento prevalecente no STJ sinaliza para a impossibilidade de devolução de todos os valores pagos no âmbito do contrato anulado, se verificada a efetiva prestação dos serviços contratados, em ordem a se evitar o enriquecimento sem causa da Administração Pública. 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ. REsp 1121501 / RJ RECURSO ESPECIAL 2008/0241018-0 Relator(a) Ministro SÉRGIO KUKINA (1155) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 19/10/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 08/11/2017).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. DANO IN RE IPSA. DEVER DE RESSARCIMENTO. EXCLUSÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. PROIBIÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. No caso dos autos, para se rever as conclusões adotadas pela Corte de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

origem, no sentido de que o contrato pactuado entre o Município de Campos dos Goytacazes e o Sindicato dos Profissionais Servidores Públicos Municipais de Campos dos Goytacazes – SIPROSEP possui natureza administrativa, necessário seria o reexame do acervo fático-probatório constante dos autos e de cláusulas contratuais da avença em tela, providência vedada em recurso especial, conforme os óbices previstos nas Súmulas 5 e 7/STJ. 2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a contratação direta de empresa prestadora de serviço, quando não caracterizada situação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, gera lesão ao erário, na medida em que o Poder Público perde a oportunidade de contratar melhor proposta, dando ensejo ao chamado dano in re ipsa, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado. 3. O entendimento prevalecente no STJ sinaliza para a impossibilidade de devolução de todos os valores pagos na execução do objeto do contrato anulado, caso verificada a efetiva prestação dos serviços contratados, em ordem a se evitar o enriquecimento sem causa da Administração Pública. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido. (STJ. Processo REsp 1143969 / RJ RECURSO ESPECIAL 2008/0243058-9 Relator(a) Ministro SÉRGIO KUKINA (1155) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 19/10/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 07/11/2017).

Não se descuida ainda do entendimento do C. STF no sentido de que não é condição para o cabimento da ação popular a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, dado que o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material, moral, cultural ou histórico do Estado ou de entidade de que ele participe (STF. Plenário. ARE 824781 RG, Rel. Dias Toffoli, julgado em 27/08/2015).

Quanto à litispendência, temos que foram ajuizadas as ações populares nº. 1020279-30.2020.8.26.0053 e 1020299-21.2020.8.26.0053.

Como se sabe, o direito processual civil não admite a identidade de ações, determinando para tais casos a extinção por litispendência. Quando a congruência é parcial, estamos diante da conexão ou da continência. Embora haja partes distintas, não se perca de vista que se trata de ações populares, aptas à defesa de direitos difusos. Caso o objeto defendido seja o mesmo, haverá, apenas, variação de intensidade. Isso, pois, denota justamente a conexão e/ou continência, o que ensejou, deslocamento da competência para o Juízo Original, que é Natural para conhecer das



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

demandas.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONTINÊNCIA DE AÇÕES COLETIVAS PROPOSTAS POR ENTIDADES DISTINTAS. No caso em que duas ações coletivas tenham sido propostas perante juízos de competência territorial distinta contra o mesmo réu e com a mesma causa de pedir e, além disso, o objeto de uma, por ser mais amplo, abranja o da outra, competirá ao juízo da ação de objeto mais amplo o processamento e julgamento das duas demandas, ainda que ambas tenham sido propostas por entidades associativas distintas. Se, na situação descrita, o polo ativo da ação de objeto mais amplo abrange os indivíduos representados na ação de objeto mais restrito, caracteriza-se a identidade entre as partes necessária à caracterização da continência (art. 104 do CPC), uma vez que os substituídos é que suportarão os efeitos da decisão. Nesse contexto, inclusive, deve-se ressaltar que o aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram no polo ativo da demanda. Dessa maneira, considerando, além da identidade entre as partes — por se tratar de legitimados concorrentes —, a existência de idênticas causas de pedir e a abrangência de um pedido pelo outro, tem-se por configurada a continência, o que implica reunião das ações, para que se evitem decisões contraditórias. Além disso, nesse contexto, analisar a existência de continência demanda o revolvimento da matéria fática, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ. Precedente citado: AgRg no REsp 1.186.059-RS, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/2/2011. REsp 1.318.917-BA, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 12/3/2013.

Deste modo, as ações foram reunidas no Juízo prevento e devem ser julgadas em conjunto.

Por outro lado, as preliminares de ilegitimidade passiva arguidas pela FESP e pelo requerido JOÃO AGRIPINO DA COSTA DORIA JÚNIOR, merecem acolhimento.

Os contratos administrativos em discussão nos presentes feitos foram firmados pelo Departamento de Estradas de Rodagem, autarquia estadual pertencente à Administração Pública indireta do Estado de São Paulo, que ostenta personalidade jurídica própria, dotada de autonomia administrativa e patrimônio próprio, razão pela qual não se justifica a permanência do Estado de São Paulo e do então Ilmo. Governador do Estado, João Agripino da Costa Doria Junior no polo passivo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Ainda que incontroversa a responsabilidade subsidiária do Estado de São Paulo em relação à matéria debatida nos autos, uma vez que o DER/SP integra a Administração Indireta, não importa em hipótese de litisconsórcio passivo, conforme entendimento predominante no E. TJSP:

AÇÃO ORDINÁRIA – Ação de reparação de danos morais e materiais – Deslocamento parcial do Viaduto Jaguaré, erguido sobre a Marginal do Rio Pinheiros – **Ilegitimidade passiva da FESP** – Construção feita pelo **DER, autarquia pública estadual, dotada de autonomia administrativa, personalidade jurídica e patrimônios próprios, razão por que se vê afastada a legitimidade da Fazenda Estadual, cuja responsabilidade, apenas subsidiária**, verifica-se na hipótese de extinção da autarquia – Legitimidade passiva da Municipalidade reconhecida – Existência de TAC na base do qual a requerida se comprometeu a realizar a manutenção de diversos viadutos, dentre eles, o Viaduto Jaguaré – Responsabilidade subjetiva configurada – Municipalidade de São Paulo que se mostrou negligente ao deixar de realizar obras de manutenção no viaduto às quais havia se comprometido, do que resultou o desmoronamento parcial – Danos morais configurados – Recurso da FESP provido. Recurso da Municipalidade improvido. (TJSP; Apelação Cível 1000346-08.2019.8.26.0053; Relator (a): Luiz Sergio Fernandes de Souza; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/02/2021; Data de Registro: 12/02/2021) (destaquei)

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS Pretensão do autor responsabilizar a Fazenda do Estado por acidente ocorrido em rodovia Autor que teria sido atingido por feixe de mola depositado na pista de rolamento Impossibilidade jurídica de se responsabilizar a FESP pelo evento danoso Ilegitimidade passiva Compete ao Departamento de Estradas de Rodagem (DER/SP) a fiscalização e manutenção da rodovia Autarquia estadual com **personalidade jurídica e patrimônio próprios, além de deter autonomia financeira e administrativa Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida** Reforma da sentença para se extinguir o feito sem análise do mérito Recurso da Fazenda Pública Estadual provido para tanto e do autor não conhecido, por prejudicado. (TJSP; Apelação Cível 1004589-28.2015.8.26.0637; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Tupã - 1ª Vara



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Cível; Data do Julgamento: 04/08/2020; Data de Registro: 05/08/2020) (destaquei)

Em face do exposto, **ACOLHO** as preliminares de ilegitimidade passiva arguidas pelo Estado de São Paulo e João Agripino da Costa Doria Junior e **JULGO EXTINTO** o feito sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, **apenas em relação a eles.**

Por derradeiro, as demais preliminares arguidas confundem-se com o mérito que será apreciado a seguir.

Ausentes preliminares ou prejudiciais pendentes, passo ao finalmente ao mérito.

A demanda trazida a conhecimento se insere no âmbito do direito administrativo, especialmente em relação à contratação com dispensa de licitação efetivada pelo DER com as empresas requeridas.

A ação popular é instrumento constitucionalmente garantido ao cidadão, previsto no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, visando à anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

De igual modo, o artigo 1º da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), estabelece que: "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos".

A inicial denuncia contratação sem licitação de empresas privadas para prestação de serviços ao Departamento de Estradas de Rodagem sob a égide do estado de calamidade pública decretado em razão da pandemia do Covid19. Em suma, o teor da irresignação do autor popular fulcra-se no fato de que o objeto contratado com dispensa de licitação, operação de radares para fiscalização



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

de infrações de trânsito decorrentes de excesso de velocidade, em nada concerne à motivação da calamidade pública enfrentada ou oferece meios para controle de sua disseminação, evidenciando abuso da dispensa de licitação para fins de prejudicar o erário público em favor das empresas contratadas.

Pois bem.

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabelece que:

Artigo 37. (...) XXI – XXI - 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.
(Regulamento)

A promoção de certame licitatório é a regra geral que vincula a todas as entidades que integram a Administração Pública. Apenas em situações excepcionais existe possibilidade de se relativizar o procedimento inerente ao processo licitatório, estando referidas hipóteses estampadas no artigo 24, da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

A dispensa de licitação ora proposta fundamenta-se, em tese, na hipótese prevista no inciso IV, do referido artigo 24, in verbis:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

No caso dos autos, não obstante o autor-popular argumente que a motivação para dispensa de licitação tenha ocorrido em razão do estado de calamidade pública decretado decorrente da pandemia da COVID19, os documentos acostados aos autos não levam a essa conclusão. Foi possível verificar que as empresas requeridas FISCAL e SITRAN já prestavam o serviço de operação e coleta de imagens de equipamentos eletrônicos de fiscalização e registro das infrações de excesso de velocidade, tipo estático e fixo nas rodovias concedidas às empresas privadas e sob jurisdição do DER/SP, cuja contratação decorreu do Edital de Pregão Eletrônico nº 0034/2013/SQA/DA.

Os contratos administrativos firmados com as empresas para estes serviços tinham previsão de encerramento em 19/12/2019. No caso, já havia nova licitação em andamento, o Pregão Eletrônico 52-2018 (fl. 202), ainda sem finalização, diante da existência de impugnações e recursos a serem julgados, razão pela qual, a fim de impedir a interrupção dos serviços, as empresas foram instadas a manifestarem interesse na formalização de novos contratos, em caráter emergencial, com cláusula resolutiva, pelo prazo de 6 meses, conforme documentos de fl. 170, 172, 342 e 344.

Veja-se que o início das tratativas para formalização dos novos contratos emergenciais deu-se muito antes de qualquer indício da situação calamitosa provocada pelo coronavírus. É possível concluir que o DER/SP não se utilizou deste fundamento a fim de justificar a dispensa de licitação. Em verdade, a contratação direta justificou-se em situação emergencial, de modo que o serviço não fosse interrompido, em prejuízo à segurança das rodovias, especialmente em época das festas de final de ano, como ponderou o DER/SP, em que há aumento do fluxo de veículos nas rodovias paulistas.

O Pregão Eletrônico 52-2018 destinado à contratação da prestação de serviços de operação e coleta de imagens de equipamentos eletrônicos de fiscalização e registro das infrações de excesso de velocidade, foi dividido em cinco lotes, e a abertura da sessão foi marcada para o dia 17/10/2019 às 09:00 horas, conforme publicação no D.O.E. de 12/10/2019 (fl. 202). Há informação, ainda, que o pregão foi encerrado em 06/01/2020, com interposição de recursos e análises das alegações pela área técnica até 15/01/2020 (fl. 263). Por fim, em 05/05/2020 publicou-se no D.O.E. a conclusão do pregão eletrônico e homologação do resultado da licitação (fl. 824) e em 28/05/2020 foi publicado o extrato dos novos contratos (fl. 825).

Assim, tão logo concluídas as novas contratações com homologação do certame e adjudicação do objeto às novas contratadas, os contratos ora impugnados foram extintos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Por fim, um último argumento a ser enfrentado diz respeito a eventual nulidade das contratações emergenciais diante de possível omissão e/ou falta de planejamento do Administrador Público que ocasionou a demora na conclusão do novo procedimento licitatório.

Nesse sentido, aspecto que deve ser registrado se dá em torno da interpretação da sobrenorma chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que mais recentemente à sua vigência acolheu regras próprias do Pragmatismo Jurídico, consequência dos artigos introduzidos pela Lei Federal 13.665/2018. A inovação decorre da sucessão de um modelo hermético de Direito que passa a ser colaborativo com a Realidade na qual atua, em especial à vista do Direito Público.

As decisões administrativas e judiciais, não raras vezes, se apegam a premissas abstratas que soam como absurdas à razoabilidade da economia e a política pragmática. Aí um dos bastiões desse novo Regime Jurídico. Em face delas, expressamente no núcleo do DIREITO PÚBLICO, assentou-se balizas na LINDB, entre os arts. 20 a 30, prevendo regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. É possível dimensionar que se vincula de certa forma a interpretação do Direito Administrativo, Financeiro, Orçamentário e Tributário, objetivando uma leitura dialogada das finalidades.

Naquilo que toca a gestão pública, o DEVER-SER cedeu ao SER. As normas programáticas que vinham se adensando a ponto de gozarem de exigibilidade direta, tiveram sua importância reduzida, porque o primado da realidade passou a orientar a legitimidade da qualidade da gestão pública:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (destaquei)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

É o império da realidade como medida de mitigação da realidade. Tenta-se compreender o ambiente e estrutura do administrador para que se evidencie se era exigível ou não conduta diversa daquela analisada. Caso seja ainda censurável a conduta praticada, que a sanção consequente seja dosada dentro de um sistema mais ou menos regrado e previsível.

No caos em tela, analisando a documentação apresentada pelo DER/SP em sede de contestação, verifica-se que a Administração iniciou o procedimento licitatório, referente ao Pregão Eletrônico nº 0052/2018/SQA/DA, em 19/07/2018. A sessão pública estava agendada para o dia 03/12/2018, contudo, teria sido adiada por questões administrativas, com recomendações do Tribunal de Contas. Posteriormente, devido ao Decreto nº 63.777/2018, encerrou-se a execução orçamentária e o processo licitatório ficou paralisado. O certame foi retomado após as adequações recomendadas, publicando-se a reabertura do edital designando nova sessão pública para o dia 28/05/2019. Na data designada, no entanto, novamente a sessão foi aditada por incorreções do Edital. Ao final, realizadas as correções necessárias, a licitação foi retomada em 12/10/2019 com realização da sessão pública em 29/10/2019 e, conforme já mencionado acima, homologada a licitação em maio/2020.

Às fl. 263, a Coordenadoria de Operação e Segurança Rodoviária esclareceu que no curso do processo de licitação do Pregão Eletrônico nº 0052/2018/SQA/DA, foram realizados aproximadamente onze pedidos de esclarecimentos, doze impugnações, adequados no Termo de Referência, atualização dos itens e valores de acordo com a TPU, entre outros entraves administrativos, o que decorreu nas suspensões das sessões públicas.

Assim, na hipótese dos autos, não resta evidente que a demora decorreu de omissão administrativa ou ainda de falta de planejamento do administrador público, uma vez que os documentos demonstraram que havia empenho da Administração no lançamento do edital, ajustando-o às recomendações do Tribunal de Contas e corrigindo as falhas identificadas.

Deste modo, não se verifica situação de nulidade na contratação direta, com dispensa de licitação, das empresas requeridas SITRAN e FISCAL.

Por derradeiro, remanesce apreciação da litigância de má-fé, arguida em contestação.

A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ enquanto infração processual exige elemento subjetivo. O C. Superior Tribunal de Justiça há muito sendimentou que, para caracterizar a litigância de má-fé,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

capaz de ensejar a imposição da multa prevista no artigo 81 do CPC, é necessária a intenção dolosa do litigante.

“A simples interposição de recurso não caracteriza litigância de má-fé, salvo se ficar comprovada a intenção da parte de obstruir o trâmite regular do processo (dolo), a configurar uma conduta desleal por abuso de direito” (STJ. Ministro Marco Buzzi no AgInt no AREsp 1.427.716).

Embora se tolere o erro e o engano, o espírito da MÁ-FÉ está na representação da maldade: “a litigância de má-fé traz em si a noção de que deve ser punida a parte que atua com a intenção de prejudicar a outra” (REsp 1.641.154).

Observo, contudo, que a análise de conduta nestes autos não revela má-fé processual. O fato do autor não provar suas alegações não implica, necessariamente, na admissão do dolo, da vontade livre e consciente quanto à alteração da verdade dos fatos com a intenção deliberada de prejudicar a parte contrária. Não se vislumbra, ademais, qualquer outra das hipóteses do artigo 80 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido:

"AÇÃO POPULAR. Nulidade de contrato administrativo firmado sem licitação. Vício não configurado. Contratação de empresa na modalidade convite para realização de pinturas de prédio públicos. Apelante, prestador de serviço, que não pode ser responsabilizado pela escolha da cor azul para pintura dos prédios. Sentença reformada. AÇÃO POPULAR. Prefeita que mandou pintar prédio público na cor azul, cor do seu partido. Alegação de afronta ao Art. 37, § 1º, CF. Promoção pessoal na configurada. Má-fé não comprovada. Sentença reformada. Ação improcedente. Reexame necessário improvido e recursos providos." (TJSP; Apelação 1005110-98.2016.8.26.0099; Relator (a): Claudio Augusto Pedrassi; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Bragança Paulista - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/04/2017; Data de Registro: 07/04/2017, g.f.)

Ante o exposto, **JULGO EXTINTO** o feito sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, **apenas em relação aos requeridos**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Estado de São Paulo e João Agripino da Costa Doria Junior.

No mais, julgo **IMPROCEDENTE** os pedidos, com supedâneo no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Tendo em vista que se trata de ação popular, conforme o disposto no artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal, fica o autor isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, uma vez que é parte legítima em ação proposta para anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

P.R.I.C.

São Paulo, 22 de junho de 2022.

RENATO AUGUSTO PEREIRA MAIA
Juiz de Direito
Documento Assinado Digitalmente²

² O presente é assinado digitalmente pelo MM. Juiz de Direito, Dr. RENATO AUGUSTO PEREIRA MAIA, nos termos do artigo 1º, § 2º, inciso III, alínea "a", da Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.