



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Físico nº: **0027698-07.2009.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Ação Civil Pública Cível - Contratos de Consumo**
 Requerente: **Ministério Público do Estado de São Paulo**
 Requerido: **Prefeitura do Município de São Paulo, Geraldo J.Coan & Companhia Ltda, Sistol Alimentação de Coletividade Ltda, Sp Alimentação e Serviços Ltda, Convida Alimentação S/A, Terra Azul Alimentação Coletiva e Serviços Ltda., Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda, Serra Leste Indústria Comércio Importação e Exportação Ltda, Sodexo Rid Serviços e Comércio de Alimentação Ltda., Masan Comercial Distribuidora Ltda. e ERJ - Administração e Restaurantes de Empresas Ltda.**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **EVANDRO CARLOS DE OLIVEIRA**

Vistos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

promoveu Ação Civil Pública contra a **PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO** alegando irregularidades relacionadas à terceirização da merenda escolar. Relatou que durante quase sete décadas, a merenda escolar foi produzida pelas merendeiras das escolas públicas municipais, sendo que a partir de 2001, por meio do Pregão SMG nº 73/2006, o serviço foi terceirizado para empresas que entregam a refeição pronta, o qual abrange mais de 90% da merenda fornecida. Ocorre que referida terceirização decorreu do pagamento de propinas e fraudes no procedimentos licitatórios, conforme informações obtidas durante a instrução do Inquérito Civil 34/2008. Asseverou que o custo da merenda é pelo menos 30% superior àquela fornecida diretamente pelo Município de São Paulo, segundo estudos da FIPE e que as empresas deixaram de executar a contento os contratos firmados, causando prejuízos financeiros ao cofre público municipal. O Município de São Paulo realizou um novo certame em 2009 (Pregão nº 08/SME/DME/2009), por meio do qual foram contratadas 4 empresas que cometeram fraudes no Pregão SMG nº 73/2006. Informou que o Conselho de Alimentação Escolar (CAE) constatou que os insumos utilizados na alimentação das crianças são de péssima qualidade. Sustentou que a terceirização de empresas para o fornecimento de merendas viola o disposto na Lei Federal nº 11.947/2009. Requereu medida liminar para suspender os contratos ou pagamentos das empresas terceirizadas e, ao final, a declaração de nulidade dos Certames que ensejaram a contratação das

0027698-07.2009.8.26.0053 - lauda 1



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

empresas que fornecem a merenda escolar, além da condenação do Município de São Paulo à obrigação de não contratar empresas para o fornecimento de merendas.

Com a inicial vieram os documentos relacionados às fls. 48 e 49.

O Ministério Público requereu a juntada de novos documentos (fls. 76/82).

Intimado para se manifestar sobre o pedido liminar, o **Município de São Paulo** informou que a Merenda Escolar esteve sob a responsabilidade da Secretaria Municipal de Gestão – SMG até o final do ano de 2008 e atualmente é fornecida por empresas terceirizadas. Afirma que as empresas terceirizadas seguem os cardápios definidos e determinados pelo Departamento de Merenda Escolar - DME e que a Secretaria Municipal de Educação – SME mantém estreita relação com a COVISA e SUVIS, as quais orientam e supervisionam a escola quanto aos aspectos higiênico-sanitários relacionados à área da saúde e da nutrição. Ressaltou que a refeição é preparada na escola e sustentou a boa qualidade da merenda. Justificou a necessidade de terceirizar o serviço e a ausência de requisitos para a concessão da tutela antecipada. Alegou, ainda, impossibilidade jurídica do pedido e inépcia da inicial. Ponderou que as denúncias ainda estão sob investigação. Informou que, diante das denúncias não prorrogou o Pregão de 2009, optando por realizar novo Pregão para contratação de empresas, com inovação nos contratos que permitirão maior controle sobre os serviços prestados e garantirão a melhor qualidade das refeições, além de possuir preço mais vantajoso. Quanto à alegação de que favorece as empresas terceirizadas, esclareceu que tramita Inquérito Administrativo na Secretaria Municipal de Negócios Jurídicos (PA 2008.0.318.494-4) para investigação de infrações e fraudes ocorridas, ainda não concluído, razão pela qual inexistente fundamento para declarar a inidoneidade delas. Outro indicativo de que não há favorecimento de empresas, é o fato de que a empresa SP Alimentação impetrou mandado de segurança perante a 5ª Vara da Fazenda Pública objetivando a nulidade do Pregão nº 8/SME/DME/2009. Defendeu a regularidade e a legalidade do procedimento licitatório, o qual encontra amparo no art. 59 do Decreto Municipal nº 44.279/2003. Asseverou que a Lei Federal nº 11.947/2009 não proíbe o Município de terceirizar serviços públicos e que não utiliza os recursos oriundos do FNDE/PNAE para custear a merenda escolar. Questionou os depoimentos prestados durante o Inquérito Civil e o relatório da FIPE elaborado nos anos de 2006/2007. Sustentou que não houve lesão aos cofres públicos municipais decorrente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

da terceirização da merenda escolar e que o autor equivocou-se ao mencionar que 90% da merenda escolar está terceirizada, vez que nunca solicitou dados oficiais acerca dessa prestação de serviço. No mérito, alegou que o ato administrativo observou os princípios que norteiam a Administração Pública, dentre eles, a autonomia dos entes federativos, a razoabilidade e a eficiência do serviço público. Sustentou que o sistema de merenda terceirizada é o mais econômico e eficaz. Com isso, requereu o indeferimento da tutela antecipada e juntou documentos (fls. 86/463).

As preliminares argüidas pelo Município de São Paulo foram afastadas, tendo sido indeferido o pedido liminar e determinada sua citação para apresentar defesa (fls. 465/467).

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO** apresentou contestação às fls. 616/670, informando que não se opõe ao pedido de Admissão como Assistentes Simples formulado pela empresas **GERALDO J. COAN & CIA. LTDA.** e **SISTAL – ALIMENTAÇÃO DE COLETIVIDADE LTDA.** Preliminarmente, alegou, impossibilidade jurídica do pedido e inépcia da inicial. No mérito, repetiu os argumentos expostos às fls. 86/144. Juntou documentos (fls. 673/815).

O **Ministério Público** apresentou réplica e juntou documentos (fls. 817/1006), sobre os quais se manifestou a Municipalidade de São Paulo (1032/1069), oportunidade na qual juntou os documentos fls. 1070/1123.

Instadas as partes para especificarem as provas que pretendem produzir, o Ministério Público requereu prova testemunhal e documental (fl. 1007; 1009/1010); as empresas **SISTAL – ALIMENTAÇÃO DE COLETIVIDADE LTDA.** e **GERALDO J. COAN & CIA. LTDA.** requereram a apreciação do pedido de inclusão no feito na qualidade de Assistente Simples da Ré e, em caso de deferimento, concessão de prazo para apresentarem contestação e especificação das provas (fls. 1012/1013 e 1015/1016) e a Ré pediu o julgamento antecipado da lide (fl. 1018).

O **Ministério Público** requereu o prazo de 30 dias para a juntada do parecer técnico elaborado pelo Centro de Apoio Operacional à Execução do Ministério Público (fl. 1019v.).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

O **Ministério Público** juntou novos documentos (fls. 1232/1577).

GERALDO J. COAN & CIA. LTDA. apresentou contestação (ratificada às fls. 2124/2125) alegando, preliminarmente, inépcia da inicial diante da ausência de todas as empresas vencedoras do Pregão SMG nº 73/2006 e do Pregão nº 08/SME/DME/2009 no pólo passivo. No mérito, sustentou a regularidade e legalidade dos certames, bem como a licitude da terceirização do fornecimento da merenda escolar. Argumentou que a pretensão do Autor padece de suporte jurídico e fático, inexistindo nos autos provas dos fatos alegados na exordial. No mais, defendeu que a adoção do sistema de terceirização da merenda não causou danos aos cofres públicos e argumentou sobre a impossibilidade de o Município de São Paulo deixar de contratar as empresas vencedoras do certame sem a instauração de Processo Administrativo por meio do qual se comprove a inidoneidade delas. Requereu a improcedência dos pedidos e juntou documentos. (fls. 1582/1841).

O **Ministério Público** juntou novos documentos com o intuito de comprovar a formação de cartel e o esquema de pagamento de propinas a agentes públicos, requerendo a decretação de Sigilo dos Autos (fls. 1843/2091).

O **Ministério Público** aditou a inicial para incluir no pólo passivo as dez empresas vencedoras no Pregão SME nº 73/2006 e do Pregão nº 08/SME/DME/2009 (fl. 2098/2103).

Foi decretado o sigilo dos autos e determinada a citação das empresas especificadas às fls. 2101/2102, anotando-se que a empresa **GERALDO J. COAN & CIA. LTDA.** passa a figurar como Ré (fl. 2104/2105).

NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA. apresentou contestação alegando que apenas 15% de suas atividades destina-se à prestação de serviços públicos. Defendeu a lisura de seu trabalho e afirmou não possuir qualquer relacionamento com as demais empresas vencedoras do certame. Asseverou que o modelo adotado pela Municipalidade de São Paulo para o fornecimento de merendas é vantajoso e eficiente, estando sob rigorosa fiscalização da Administração Pública, o que contribui para a boa qualidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

da refeição oferecida aos alunos. Sustentou inexistir cartel e a inconsistência das denúncias ocorridas. Teceu argumentos sobre o Relatório elaborado pela FIPE nos anos de 2006/2007 e 2009 acerca do sistema de merenda adotado pela Municipalidade de São Paulo, aduzindo que ofertou preços adequados àqueles estimados pelo FIPE. No mais, sustentou que sempre ofereceu alimentação de boa qualidade. Requereu a improcedência dos pedidos e juntou documentos (fls. 2179/2451).

SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. apresentou contestação alegando, preliminarmente, conflito de competência das Promotorias de Justiça que subscreverem a inicial; impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir. No mérito, argumentou que a ação proposta é inadequada à questão debatida. Sustentou que o Inquérito Civil nº 34/08 foi instaurado sob a influência de tráfico de influência, com a união de esforços de empresas interessadas no banimento da terceirização da merenda escolar, tendo sido embasado em provas ilícitas e conduzido irregularmente. Ressalvou que não teve amplo acesso ao referido Inquérito e alegou suspeição em relação ao autor. Asseverou ofensa ao princípio do Promotor Natural, argumentando que o Inquérito Civil nº 531/06 cujo objeto de investigação é o mesmo exposto no IC 34/08, deveria ter sido desarquivado para prosseguimento das investigações. Discorreu exaustivamente sobre as supostas irregularidade e ilicitudes existentes no Inquérito Civil, inclusive quanto ao acordo de delação premiada e à quebra de sigilo sem autorização judicial. Aduziu impossibilidade de acordo de delação premiada no Inquérito Civil ou na Ação de Improbidade Administrativa, bem como a inadmissibilidade do delator atuar como testemunha/informante contra o corréu. Discorreu sobre as inconsistências existentes nos Relatórios da FIPE e sua fragilidade para amparar a pretensão do Autor. No mais, defendeu a legalidade da terceirização da merenda escolar e regularidade da licitação, inexistindo justificativas para a nulidade dos Certames. Arguiu litigância de má-fé do Autor. Requereu a determinação para que o Autor apresente cópia integral do Inquérito Civil nº 34/2008; a suspensão do Inquérito Civil nº 34/2008; a exclusão do Promotor Arthur Pinto Lemos Júnior do feito, haja vista a decretação de sigilo nos autos; o acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido; que o feito processe-se sob o rito da Ação e Improbidade Administrativa; a decretação da nulidade do Inquérito Civil nº 34/2008 por existir outro IC com o mesmo objeto, ou ainda, em razão de ter sido presidido por Promotor substituto em desacordo com os preceitos legais; a exclusão e a decretação de nulidade de todas as provas e documentos que fazem parte do Inquérito Civil nº 34/2008 produzidas antes ou após a propositura da presente ação, conforme especificadas às fls.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

2868/2972; a produção de prova pericial; a improcedência dos pedidos, com a condenação do autor por litigância de má-fé e ao pagamento dos honorários advocatícios, além de ser reconhecida a suspeição de Genivaldo Marques dos Santos, delator premiado no IC nº 34/98 (fls. 2461/2873). Juntou os documentos de fls. 2874/5775.

TERRA AZUL ALIMENTAÇÃO COLETIVA E SERVIÇOS LTDA. apresentou contestação, sustentando a legalidade e a regularidade do procedimento licitatório para a prestação do serviço público de merenda escolar. Asseverou que a terceirização da merenda escolar propiciou a padronização dos cardápios gerando benefícios para as crianças de escolas localizadas na periferia, além de ser a mais vantajosa para a Administração Pública. Aduziu ser empresa idônea e sempre forneceu refeição de boa qualidade (fls. 5813/5826).

A Municipalidade de São Paulo requereu a juntada de matéria jornalística visando comprovar a eficiência do sistema de terceirização da merenda escolar (fls. 5827/5834).

CONVIDA ALIMENTAÇÃO LTDA. apresentou contestação alegando, preliminarmente, perda do objeto em relação às empresas contratadas; inépcia da inicial; litispendência em relação à Ação de Improbidade Administrativa nº 0006393-93.2011.8.26.0053, que tramita perante este juízo; ilegitimidade ativa do Ministério Público e ilegitimidade passiva das empresas corréis. No mérito, pugnou pela improcedência dos pedidos sustentando a regularidade e a legalidade dos Certames Licitatórios, os quais foram devidamente fiscalizados pelo Tribunal de Contas do Município. Argumentou sobre a ilicitude das provas obtidas durante a instrução do Inquérito Civil Público nº 34/2008. Independentemente deste fato, afirmou que jamais manteve qualquer relação com o Grupo SP Alimentação. No mais, enfatizou que o sistema de terceirização da merenda escolar trouxe benefícios ao erário público e que executou satisfatoriamente o serviço público para o qual fora contratada. Requereu o acolhimento das preliminares ou, subsidiariamente, a improcedência dos pedidos (fls. 5981/5945). Juntou os documentos de fls. 5946/5954.

SISTAL – ALIMENTAÇÃO DE COLETIVIDADE LTDA. ofertou contestação alegando, como preliminar, impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, aduziu ausência de provas da suposta irregularidade capaz de ensejar a nulidade dos Certames e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

sustentou que o método de terceirização para o fornecimento da merenda escolar não traz prejuízo ao erário, apontando inconsistências nos Relatórios da FIPE. Requereu o acolhimento da preliminar e, subsidiariamente, a improcedência dos pedidos (fls. 5955/5964). Juntou os documentos de fls. 5965/5982.

ERJ ADMINISTRAÇÃO E RESTAURANTES DE EMPRESAS LTDA. e SERRA LESTE INDÚSTRIA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., apresentaram contestação sustentando a legalidade do Pregão nº 08/SME/DM/2009 e ausência de provas da suposta fraude ou de pagamento de propinas noticiados pelo autor. Sustentaram que o sistema de terceirização da merenda escolar não trouxe prejuízo ao erário e que o Relatório da FIPE é ineficiente para sustentar a pretensão do autor, na medida em que a Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara Municipal de São Paulo concluiu que o Sistema de Terceirização é o mais apropriado para atender a grande quantidade de alunos. Asseveraram que a Lei nº 11.497/2009 não proíbe a terceirização da merenda escolar e impossibilidade de obstar a contratação das empresas vencedoras do certame sem a declaração de inidoneidade das empresas mediante o regular processo administrativo. Requereram a improcedência dos pedidos (fls. 5984/5995 e 5996/6027).

MASAN COMERCIAL DISTRIBUIDORA LTDA. apresentou contestação (reproduzida às fls. 6057/6073) alegando, preliminarmente, inadequação da via eleita e inépcia da inicial. No mérito, ponderou que a matéria debatida nos autos traduz mera opinião/recomendação do Ministério Público, o qual deve ser desvinculado de efeito coercitivo. Entretanto, quando a recomendação possui caráter coercitivo, a medida cabível é o mandado de segurança. Sustentou a legalidade dos Certames e a ausência de provas da ilegalidade do ato administrativo debatido, afirmando que o sistema de terceirização para o fornecimento da merenda escolar é o mais eficaz e econômico para a Administração Pública. Requereu o acolhimento das preliminares e, subsidiariamente, a improcedência dos pedidos (fls. 6040/6056).

REFEIÇÕES PURAS RID LTDA. contestou o pedido às fls. 6074/6107, alegando, preliminarmente, que é parte ilegítima e falta de interesse de agir. Esclareceu que não participou do Pregão de 2006 e afirmou que jamais foi beneficiada pela Municipalidade de São Paulo, na medida em que a execução do contrato administrativo celebrado em virtude do Pregão nº 08/SME-DME-2009 lhe trouxe vultoso prejuízo que a motivou a propor



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

duas ações judiciais (nºs 0025588-64.2011.8.26.0053 e 0047671-74.2011.8.26.0053) que tramitam perante a 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital. No mérito, sustentou a legalidade do Pregão nº 08/SME-DME-2009 e ausência de provas acerca das supostas irregularidades do seu Contrato Administrativo, das quais não participou, sendo terceira de boa-fé. Asseverou sobre a impossibilidade de nulidade do Contrato Administrativo vez que foi integralmente adimplido e extinto no ano de 2010, citando em arrimo à sua tese precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Requereu o acolhimento das preliminares e, subsidiariamente, a improcedência dos pedidos. Juntou os documentos de fls. 6108/6223.

O Ministério Público apresentou réplica às fls. 6225/6295.

Intimadas as partes para especificarem as provas que pretendem produzir (fls. 6.296), a corré **REFEIÇÕES PURAS RID LTDA.** requereu a produção de prova testemunhal (fls. 6308/6309); **MASAN ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.** requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 6313/6315 e 6344/6345); **SP ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.** requereu a produção de prova oral consistente no depoimento pessoal do autor e na oitiva de testemunhas, além das provas documental e pericial (fls. 6316/6342 e 6421/6448); O **MINISTÉRIO PÚBLICO** requereu a produção de prova testemunhal (fls. 6348/6401); **CONVIDA ALIMENTAÇÃO LTDA.** requereu o julgamento antecipado da lide alegando perda superveniente do objeto e inépcia da inicial (fls. 6406/6409; 6411/6412 e 6450/6451); **GERALDO J. COAN & CIA. LTDA.** requereu a produção de provas testemunhal, documental e pericial (fl. 6416); e a empresa **NUTRIPLUS ALIMENTAÇÃO TECNOLOGIA LTDA.** requereu o julgamento antecipado da lide (fl. 6453).

Os demais réus não se manifestaram sobre o interesse na produção de outras provas (fls. 6463).

Saneado o feito, foram deferidas a produção de prova documental e pericial (fls. 6464/6476).

O **Município de São Paulo** informou que não mais subsistem quaisquer contratos administrativos firmados como resultado dos Pregões SMG nº 73/2006 e 08/SME/DME/2010, os quais foram substituídos pelos contrato oriundo do novo pregão, qual seja,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

20/SME/DME/2010. Informou que foram utilizadas verbas próprias do Município de São Paulo e de verbas federais (verbas do PNAE) para a liquidação dos empenhos oriundos do Pregão nº 08/SME/2009. Relata que há 400 notas de empenhos para aquisição da merenda escolar gerados do contrato nº 2009-0.106.022-0 que poderão ser juntadas, a qualquer momento, com a ordem do juízo (fls. 6693/6694).

Intimada para iniciar os trabalhos, a perita judicial alegou que os honorários periciais não foram depositados (fls. 6718).

O Ministério Público se manifestou às fls. 6732/6733.

A competência da Justiça Federal para o julgamento do feito foi afastada na decisão de fls. 6737/6741.

REFEIÇÕES PURAS RID LIMITADA opôs embargos de declaração contra a decisão de fls. 6726 requerendo a sua exclusão do feito por falta de interesse (fls. 6744/6747), o qual foi rejeitado (fls. 6748/6749).

O **Ministério Público** informou que ajuizou Ação Civil Pública por Atos de Improbidade Administrativa nº 1062512-47.2017.8.26.0053 contra **Valdemir Flávio Pereira Garreta, Januário Montone, Erika Alves Oliver Watermann, Joana D'Arc Pereira Mura, Rosmari da Silva, Mônica França Horta, Beatriz Aparecida Edmea Tenuta Martins, SP Alimentação e Serviços Ltda., Geraldo J. Coan & Cia Ltda., Convida Alimentação S.A., Systal Alimentação de Coletividade Ltda., Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda., Terra Azul Alimentação Coletiva e Serviços Ltda., Eloízo Gomes Afonso Durães, Olézio Magno Carvalho, Vilson do Nascimento, Sílvio Marques e Ítalo Bacchi Filho**, distribuída por prevenção a este feito (fls. 6750 e 6753/6799).

Após a manifestação do Ministério Público (fl. 6849), a prova pericial foi julgada preclusa (fls. 6850).

Encerrada a instrução e regularmente intimados, apresentaram alegações finais a corré Geraldo J. Coan & Cia Ltda. (fls. 6861/6877); o Ministério Público às fls.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

6880/6925); a corré Nutriplus Alimentação e Tecnologia Ltda. (fls. 6933/6940); a corré Convida Alimentação Ltda. (fls. 6947/6958); a corré Agile Corp Serviços Especializados Ltda. (fls. 6959/6966) e o Município de São Paulo (fls. 6967/6969).

Os demais Réus deixaram transcorrer *in albis* o prazo concedido para apresentar as alegações finais (fls. 6970).

A ação cautelar nº 0023043-21.2011.8.26.0053 fora julgada em 11/03/2016 e aguarda decisão do E. STJ.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Trata-se de ação civil pública em que o MP pretende a declaração de nulidade dos Pregões SMG nº 73/2006 e nº 08/SME/DME/2009, bem como o reconhecimento da proibição de o Município contratar empresas de fornecimento de merendas pelo sistema terceirizado ou qualquer outro semelhante.

Passo a julgar a presente ação independente das ações nº 0006393-93.2011.8.26.0053 (Pregão SMG nº 73/2006) e 1062512-47.2017.8.26.0053 (contratos decorrentes da concorrência 051/SEMAB/2001 e do pregão SMG 73/2006), com base no princípio da duração razoável do processo, considerando que ainda não houve a análise acerca do recebimento ou não da inicial dos referidos autos.

As preliminares foram afastadas na decisão que saneou o feito e na exceção de suspeição nº 0027035-87.2011.8.26.0053, cuja decisão foi mantida pelo E. Tribunal de Justiça nos autos do Agravo de Instrumento nº 0207724-57.2012.8.26.0000. Frise-se inexistir óbice ao julgamento do presente feito ante a ausência de notícias de que tenha sido concedido efeito suspensivo ao Recurso de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão que negou seguimento ao Recurso Especial.

As demais questões confundem-se com o mérito e com ele serão



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

apreciadas.

O Município de São Paulo informou às fls. 6537 que os contratos decorrentes dos Pregões SMG nº 73/2006 e nº 08/SME/DME/2009 foram substituídos pelos contratos oriundos do Pregão 20/SME/DME/2010.

Assim, a questão relativa à nulidade dos Pregões SMG nº 73/2006 e nº 08/SME/DME/2009 não pode ser decidida pelo mérito e o feito, neste ponto, deve ser julgado extinto em razão da perda de objeto decorrente da falta de interesse processual (art. 493 do CPC/15).

Nesse sentido, ensina Vicente Greco Filho: *“Faltarà o interesse processual se a via jurisdicional não for indispensável, como, por exemplo, se o mesmo resultado puder ser alcançado por meio de um negócio jurídico sem a participação do Judiciário... Como explica Liebman, o interesse processual é secundário e instrumental em relação ao interesse substancial, que é primário, porque aquele se exercita para a tutela deste último ... O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, pois, a lesão desse interesse e a idoneidade do provimento pleiteado para protegê-lo e satisfazê-lo” - Direito Processual Civil Brasileiro – 1º volume – Ed. Saraiva – 12ª edição – páginas 80 e 81.*

Sobre a carência superveniente ensina Candido Rangel Dinamarco: *“São exemplos do desaparecimento intercorrente de uma condição da ação, especialmente do interesse de agir, os casos em que, conforme a linguagem usual, o pedido resta prejudicado: no curso do processo o devedor paga, ou a autoridade decide deferir ao impetrante o requerimento antes indeferido etc. Nesses casos o autor teria direito ao julgamento de mérito mas não o tem mais, porque este se mostra inteiramente desnecessário e, portanto, sem utilidade alguma (carência da ação por falta de interesse de agir).” Instituições de Direito Processual Civil – 3ª edição - Vol. II – p.318 – Editora Malheiros.*

Portanto, deve ser reconhecida a carência superveniente da ação quanto ao pedido de nulidade dos Pregões SMG nº 73/2006 e nº 08/SME/DME/2009 (fl. 45), vez que já devidamente cumpridos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Nesse sentido, já foi decidido em casos análogos:

APELAÇÃO. AÇÃO POPULAR. Pedido de declaração de nulidade de contrato firmado com escritório de advocacia para prestação de serviços de cobrança de mensalidades escolares e recuperação de créditos. Rescisão contratual no curso do processo. Perda superveniente do objeto. Sentença de extinção da ação sem julgamento do mérito. Recurso pleiteando declaração de nulidade do contrato e condenação dos agentes públicos nas penas da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Falta de interesse recursal quanto à declaração de nulidade, ante a rescisão do ajuste, e inovação recursal, ilegitimidade ativa e inadequação da via eleita quanto ao pedido de condenação nos termos da LIA. Recurso não conhecido. (Apelação Cível nº 1027298-44.2017.8.26.0554, 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Marcelo Semer, j. 22/07/2019). destaquei

Apelação Cível. Ação declaratória com pedido de tutela antecipada, visando assegurar, liminarmente, a suspensão de certame licitatório para aquisição de medicamentos (nº 17/2004) e, a final, a retificação do edital respectivo ou a decretação de sua nulidade. Extinção do processo sem resolução de mérito pela perda de objeto (artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil), sem condenação na sucumbência. Preliminares de nulidade rejeitadas. Presença do Estado na lide que não informa a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público. Inocorrência de conexão a ensejar a reunião de processos. Ação que perdeu o objeto, porquanto expirada a validade da licitação questionada. Celebração, de resto, de novo contrato para o fornecimento de medicamentos. Extinção do processo inafastável, observado o fundamento legal do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil. Descabimento de argumentar-se sobre “incertezas e perplexidades” nos procedimentos adotados pelo Estado para a compra de medicação. Eventual sentença de mérito que, ademais, não poderia desbordar dos limites do pedido (artigos 128, 460, 468 e 469 do Código de Processo Civil). Aplicação do princípio da causalidade para imposição da sucumbência à autora, que deu causa à lide. Precedentes. Recurso provido em parte. (Apelação nº 0168127- 57.2007.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Osni de Souza, j. 28/09/2011). destaquei.

Quanto ao pedido de proibição de contratar empresas para o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

fornecimento de merendas escolares pelo sistema terceirizado, dispõe o artigo 47 da Constituição do Estado de São Paulo, que o Chefe do Poder Executivo tem a competência de direção superior da administração, regulamentando situações concretas e adotando medidas específicas de planejamento, organização e execução de serviços públicos, vale dizer, atividades relacionadas a escolhas políticas de gestão.

Assim, a ingerência do Poder Judiciário na esfera de competência exclusiva do Prefeito Municipal implicaria transgressão ao princípio da independência e harmonia entre os poderes, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Estadual.

Eventuais fraudes no processo licitatório ou irregularidades na execução dos serviços contratados - as quais, diga-se de passagem, não são objeto desta ação e, ainda que fossem, restaram prejudicadas em decorrência da extinção dos contratos - não retiram a legalidade da contratação de empresas para o fornecimento de merendas escolares pelo sistema terceirizado.

Frise-se que a Lei Federal nº 11.947/09 não veda a terceirização da merenda escolar.

A administração tem poder discricionário para decidir pela contratação, ou não, de determinado serviço. É certo que tal poder não é absoluto, na medida em que a utilização de recursos públicos deve sempre respeitar os ditames legais e constitucionais.

O estudo realizado pela FIPE indicou que o custo da merenda terceirizada é 3,6 vezes superior ao custo da merenda fornecida diretamente pelo Poder Público.

Não obstante referido estudo, inexistem nos autos provas de que o sistema terceirizado para fornecimento da merenda escolar seja menos vantajoso para a Administração Pública, quando realizado de forma lícita e proba.

Segundo o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, o Autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ônus do qual não se desincumbiu.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Ensina Vicente Greco Filho: “...*O autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar o fato constitutivo de seu direito.*” – Direito Processual Civil Brasileiro – 2º volume – Ed. Saraiva – 11º edição – página 204.

Sobre o tema esclarece Cassio Scarpinella Bueno em relação à dispositivo idêntico contido no CPC/73: “*O exame de ambos os incisos do art. 333, quando feito no seu devido contexto, acaba por revelar o que lhes é mais importante e fundamental: o ônus de cada alegação das partes compete a elas próprias: quem alega, tem o ônus de provar o que alegou. Desincumbir-se do ônus da prova significa a produção adequada das provas em juízo, sempre com observância dos ditames legais e judiciais, com vistas à formação do convencimento do magistrado a favor da pretensão daquele que as produz*” – Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Procedimento Comum: ordinário e sumário – Volume 2 – Tomo I – Editora Saraiva – 2007 – página 247.

Ainda que nos contratos indicados na inicial tenha ocorrido suposta majoração indevida dos preços em razão da formação de cartel, o que não se afirma, vez que tal fato será apreciado nos autos das ações 0006393-93.2011.8.26.0053 e 1062512-47.2017.8.26.0053, inexistem provas efetivas de que a terceirização, quando licitamente implantada, repito, seja nociva ao erário.

É certo que há estudo realizado pelos órgãos do Ministério Público, mas referida prova não restou confirmada pelo crivo do contraditório. Lembre-se que o órgão ministerial não requereu a produção de prova pericial para comprovar a alegação contida na inicial.

Não obstante, a conveniência ou não da adoção do sistema de fornecimento de merendas de forma direta ou por meio de empresas terceirizadas pode variar de acordo com inúmeras variáveis econômicas; em determinada época, considerando o menor valor praticado no mercado, a contratação de empresas terceirizadas pode ser vantajoso para a administração; por sua vez, passados alguns anos, pode restar mais benéfico ao erário o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

fornecimento direto dos insumos; razão pela qual, impedir a terceirização, por princípio, não atende aos princípios da economicidade e eficiência dos serviços públicos.

Em outras palavras: não é porque ocorreram supostas irregularidades nos contratos questionados (o que não se afirma) que sempre a terceirização de merendas será nociva e prejudicial ao erário ou aos alunos.

Lembre-se que o TCU, por meio do v. Acórdão 3144/2014 – Plenário, em 12/11/2014, reconheceu inexistir irregularidades na terceirização da merenda escolar ao analisar referida contratação no Estado de Santa Catarina, ainda que tenha reconhecido irregularidades em sua implementação.

Sendo assim, de rigor a improcedência do pedido, lembrando que a reparação de eventual prejuízo ao erário e a incidência, ou não, de outras sanções contidas na lei de improbidade administrativa serão objeto de apreciação nos autos das ações nº 0006393-93.2011.8.26.0053 e 1062512-47.2017.8.26.0053

Diante do exposto:

A) quanto ao pedido de nulidade dos Pregões SMG nº 73/2006 e nº 08/SME/DME/2009, **julgo extinto o presente feito sem julgamento do mérito**, por ser o Autor carecedor da ação, face à ausência de uma das condições da ação, qual seja, do interesse de agir, na modalidade necessidade, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

B) quanto ao pedido consistente na condenação do Município de São Paulo à proibição de contratar empresas para o fornecimento de merendas pelo sistema terceirizado ou qualquer outro semelhante, **julgo improcedente** o pedido formulado na inicial, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC.

Sem condenação ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios por expressa disposição legal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
7ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Certifique-se presente sentença nos autos das ações nº 0006393-93.2011.8.26.0053 e 1062512-47.2017.8.26.0053. Proceda a serventia o desapensamento digital de referidas ações a esta, mantido o apensamento entre elas para julgamento conjunto.

P.R.I.

São Paulo, 23 de agosto de 2019.