

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Nº
5006319-95.2011.404.7102/RS**

AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
: UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA - UFSM

RÉU : ALBERI VARGAS
: ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS

ADVOGADO : Antonio Augusto de Almeida Maioli

RÉU : CLÓVIS SILVA LIMA

ADVOGADO : ALECSANDRA FERREIRA SILVA LIMA
: Antonio Augusto de Almeida Maioli

RÉU : JORGE ADAIME FILHO

PROCURADOR : ANUBIA SECCO GIARETTA

RÉU : PAULO JORGE SARKIS

ADVOGADO : GIOVANI BORTOLINI

RÉU : RONALDO ETCHECHURY MORALES

ADVOGADO : alfeu bisaque pereira

RÉU : SILVESTRE SELHORST

ADVOGADO : Fábio Freitas Dias

RÉU : VIRGINIO PEREIRA NEVES FILHO

PROCURADOR : ANUBIA SECCO GIARETTA

SENTENÇA

Vistos, etc.

O MPF ingressa com a presente ação civil pública perante as pessoas abaixo nominadas, em face de atos de improbidade administrativa que teriam sido, em tese, por elas praticados.

- (1) ALBERI VARGAS,**
- (2) ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS,**
- (3) CLÓVIS SILVA LIMA,**
- (4) PAULO JORGE SARKIS,**
- (5) RONALDO ETCHECHURY MORALES,**
- (6) SILVESTRE SELHORST,**
- (7) VIRGINIO PEREIRA NEVES,**
- (8) JORGE ADAIME FILHO.**

Narra a peça incoativa, em apertada síntese, que no bojo do Procedimento Administrativo Cível nº **1.29.008.000623/2006-32** e do Inquérito Policial nº **2007.71.02.005661-7**, restou apurado que, no mínimo do ano de 2002 ao fim do ano de 2004, a UFSM contratou, *mediante dispensa indevida de licitação*, a Fundação de Apoio à Tecnologia e Ciência (FATEC), para fins

diversos daqueles estabelecidos para a indigitada fundação, qual seja, a aquisição e locação de equipamentos de reprografia.

Em linha de seqüência de atos de improbidade, a FATEC, em tese, subcontratou a empresa Xerox do Brasil, a fim de cumprir os termos dos contratos firmados com a UFSM, cujo montante envolvido somou cerca de **R\$ 4.986.905,00** (quatro milhões oitocentos e trinta e seis mil e novecentos e cinco reais), de gastos não licitados.

De forma mais acurada, detalhou o MPF que, no ano de 2004, a Controladoria Geral da União (CGU), levou a efeito uma auditoria na UFSM (processo nº **23081001217200411**), verificando diversas irregularidades na prestação de contas da entidade, as quais foram detalhadas no relatório nº **140101** (Evento 1; OUT15, fl. 06/50).

Posteriormente, após ter sido dado ciência ao órgão ministerial acerca das irregularidades supra referidas, o MPF instaurou Procedimento Administrativo Cível, no afã de investigar amiúde a existência de contrato com fundação de apoio para a subcontratação de serviços de reprografia e impressão em geral, bem como requisitou a instauração de Inquérito Policial para investigação dos fatos. Nessa via, após a coleta de provas nos procedimentos extrajudiciais, chegou o *parquet* às conclusões acerca de:

1. Dispensa indevida de licitação para o contrato nº 37/2002:

Os réus ALBERI VARGAS e PAULO JORGE SARKIS, em **17/01/2002**, na condição, respectivamente, de Pró-reitor da Administração da UFSM e Reitor da mesma instituição, *teriam frustrado a licitude do procedimento licitatório ou dispensado indevidamente*, para realizar a contratação da Fundação de Apoio à Tecnologia (FATEC), com o intento de executar o projeto Difusão Científica e Tecnológica (Evento 1; OUT2, p. 77/81), no montante de **R\$ 1.600.000,00** (um milhão e seiscentos mil reais).

A aludida dispensa indevida teria se materializado no **contrato nº 37/2002** (Evento 1; OUT2), entre a UFSM e a FATEC, entidades representadas, respectivamente, por CLÓVIS SILVA LIMA e RONALDO ETCHECHURY MORALES. O instrumento contratual em liça teve como objeto a genérica disposição *de prestação de serviços descritos na cláusula segunda e necessários à execução do Projeto Difusão Científica e Tecnológica*. A cláusula segunda, por sua vez, remetia à premência de cumprir o Plano de Aplicação de Recursos destinados pela universidade federal, anexo ao projeto.

Tal dispensa licitatória foi autorizada por ALBERI VARGAS e, posteriormente, ratificada por PAULO JORGE SARKIS, ao arrepio de qualquer procedimento anterior, supostamente acobertada pelo permissivo legal

(L8666/03, art. 24, XIII). Entrementes, afirma o MPF que tal ato administrativo não encontra esteio jurídico, na medida em que o denominado Projeto de Difusão Científica e Tecnológica, a despeito de ostentar o nome que remetia a grandes objetivos institucionais, em verdade visava tão somente *dotar a instituição de recursos gráficos e computacionais para a publicação de livros, revistas e demais materiais didáticos*, ou seja, dispor de equipamentos de impressão e reprografia nos diferentes setores da UFSM (Evento 1, OUT3, fl. 75).

A seu turno, o réu ANTONIO SERGIO FREITAS FARIAS, na época atuante como Pró-Reitor da Administração adjunto da UFSM, foi apontado pela acusação como envolvido nos atos de improbidade, na medida em que expressamente confirmou saber que *a intenção do projeto era prover o parque gráfico da universidade com equipamentos mais sofisticados, tendo em vista que os existentes, à época, não atendiam a demanda em termos qualitativos*. E prossegue, afirmando que *a atividade desenvolvida, por meio do contrato em questão, era eminentemente a realização de serviços gráficos e computacionais, em especial, realização de cópias, não se recordando de outras atividades que não essas* (Evento 1; OUT4, fl. 357/359).

Declarou, na via policial, que a UFSM tencionava contratar com a Xerox, porém, frente à falta de êxito, valeu-se da FATEC *para intermediar a negociação junto com a Xerox do Brasil* (Evento 1, OUT5, fl. 12/14).

Da mesma sorte, as declarações remetidas pela UFSM, no ofício nº **27/2007**, confirmam o fato de que o contrato objetivava, primordialmente, a subcontratação de equipamentos de reprografia e impressão, ou seja, a subcontratação da empresa XEROX por meio de interposta pessoa jurídica (FATEC). O aludido documento, novamente, não teria deixado dúvidas quanto ao caráter essencialmente de subcontratação de serviços e compras, ao pontuar que *a obrigação da contratada FATEC era intermediar a disponibilização de equipamentos* (Evento 1; OUT6, fls. 377/379). Outrossim, em nova informação, a instituição de ensino teria elucidado que *como já exhaustivamente explicado (...)* o contrato em questão tratava de *locação de máquinas reprográficas* (Evento 1, OUT7, fl. 659).

Corroborando a assertiva desenvolvida pela acusação, o MPF discorre que o TCU, por ocasião da auditoria realizada na UFSM, constatou similares incongruências, conforme se depreende da leitura da Decisão nº **1140/2002** (Evento 1; OUT8, fl. 11/50). Não obstante interposto recurso pela autarquia, a Corte de Contas manteve o provimento administrativo. Nessa vereda, afirma o órgão ministerial que a irregularidade é patente, notadamente frente ao entendimento vazado na súmula 250, da Corte Superior de Contas.

Evoluindo o raciocínio, alude o MPF que a FATEC somente poderia prestar serviços à UFSM, com supedâneo na dispensa de licitação (L8666, art. 24, XIII) caso obedecesse ao caráter estritamente vinculado às

atividades de apoio que digam respeito aos projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, o que não se enquadraria com a hipótese vertente. Nesse passo, acresce que é inadmissível que a autarquia federal contrate (ou acorde por convênio) com a fundação de apoio um serviço ou obra desvinculados da finalidade (ou desiderato) a que se destina a entidade fundacional. Em arremate, diz que, mesmo nos casos em que são efetuados licitações pelas fundações, é mister que o objeto licitado esteja em consonância com as finalidades específicas da pessoa jurídica e aquelas elencadas na L8958/98, art. 1º.

Ainda nessa direção, consigna a parte autora que a contratação, portanto, se deu em razão de objeto que não se enquadra, por definição, como atividade específica de ensino, pesquisa ou extensão, tampouco de atribuição típica de desenvolvimento institucional, limitando-se à indireta subcontratação de serviços de reprografia e impressão, afigurando-se, dessarte, fora das atribuições da FATEC, de sorte que restaria inviabilizada a dispensa de licitação levada a efeito.

De outro vértice, inexistem, segundo o requerente, nos autos do procedimento vergastado (nº **14.0666/2001019** que, posteriormente, deu azo ao contrato telado) consulta a instituição de mesma natureza, sem fins lucrativos, que possibilitassem a verificação da maior economicidade. Logo, a contratação direta não justificaria atos administrativos praticados ao arrepio das disposições da L8666/93, de forma que, em face da pluralidade de fornecedores e executantes, e, em respeito aos princípios que devem orientar a conduta administrativa, deveria ter ser levado a efeito o certame licitatório, nos termos expendidos na CF (art. 37, XXI). Assinala, em fecho, que o vultoso montante objeto do contrato reclamaria a mais formal de todas as modalidades licitatórias (concorrência).

2. Dispensa indevida de licitação para o Contrato nº 228/2003.

Ainda, discorre o *parquet* federal que os denunciados ANTÔNIO SERGIO FREITAS FARIAS e PAULO JORGE SARKIS, em 24 de dezembro de 2003, nas condições, respectivamente, de Pró-Reitor de Administração Adjunto da UFSM e Reitor da mesma instituição de ensino, *teriam frustrado a licitude do processo licitatório ou dispensado indevidamente*, para realizar a contratação da FATEC, no intuito de execução do projeto 'Capacitação de Servidores em Recursos Gráficos e Computacionais Utilizados para Difusão Científica e Tecnológica' (Evento 1, OUT9, p. 487), no montante de **R\$ 3.236.905,00** (três milhões duzentos e trinta e seis mil e novecentos e cinco reais).

Nessa ordem de idéias, pontua a acusação que a dispensa indevida foi albergada pelo parecer favorável de VIRGINIO PEREIRA NEVES FILHO,

Procurador Federal, bem como a aprovação de JORGE ADAIME FILHO, Procurador Geral da UFSM, à época dos fatos (Evento 1; OUT10).

A dispensa em referência culminou na materialização do Contrato nº **228/2003**, firmado em 22/12/2003, entre a UFSM e a FATEC, representados, respectivamente, por PAULO JORGE SARKIS e RONALDO ETCHECHURY MORALES, tendo como objeto genérico a *prestação de serviços necessários para a execução do projeto capacitação de servidores em recursos gráficos para difusão científica e tecnológica* (Evento 1; OUT11, fls. 488/492).

À semelhança do que sucedeu na formalização do contrato anteriormente relatado, o instrumento contratual ora em testilha não foi precedido de qualquer procedimento anterior à dispensa, sendo supostamente abrigado pelo permissivo na Lei de Licitações (art. 24, XIII). Discorrendo acerca deste segundo projeto elaborado pela UFSM, esclarece o MPF que o mesmo teve sua denominação alterada, mas o objetivo permaneceu o mesmo daquele. Enquanto o primeiro teria se chamado '**Difusão Científica e Tecnológica**', este ostentou o título de '**Capacitação de Servidores em Recursos Gráficos e Computacionais Utilizados para Difusão Científica e Tecnológica**' e, segundo alude a parte autora, tais projetos visavam apenas dotar a instituição de ensino de recursos gráficos e computacionais para publicação de livros revistas e demais materiais didáticos.

Contextualizando os fatos, discorre o MPF que, após a decisão final exarada pelo TCU, que considerou irregular a contratação anterior, o referido contrato não foi renovado, extinguindo-se por término de prazo (situação esta que teria sido confirmada pelo depoimento pessoal de ANTONIO SERGIO FREITAS FARIAS). Todavia, o órgão ministerial apregoa que a UFSM, com vistas a escapar de nova fiscalização da Corte de Contas, mascarou a continuidade de igual irregularidade, dando nova roupagem ao projeto, modificando sua denominação e alguns detalhes.

A despeito de o projeto ter previsto treinamentos e seminários para servidores da UFSM, alega o MPF que o objetivo sequer foi realizado, na medida em que ocorreu somente um treinamento para dois servidores (Evento 1; OUT12, p. 699/701). Os termos do projeto, outrossim, seriam bastante similares ao anterior (que originou o contrato alhures narrado). Desta feita, pontua a parte autora que é evidente que seu desiderato limitou-se a dispor equipamentos de impressão nos diferentes setores da instituição de ensino, atividade esta que não se incluiria dentro das atribuições da fundação de apoio.

Em abordagem jurídica, o MPF delineia que a dispensa em referência não encontrava guarida em nenhuma previsão legal, tendo sido, de forma inidônea, estribada no art. 24, XIII, da L8666/93. Nesse contexto, reitera que tal contratação foi animada tão somente com o propósito de subcontratar os

serviços de reprografia e impressão, ao arrepio, pois, das atribuições da fundação de apoio.

Dessarte, por serem serviços que reclamavam o devido certame licitatório, afirma o órgão ministerial que os réus restaram incurso nas condutas previstas no art. 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa.

3. Da contratação da empresa Xerox, sem licitação, pela UFSM por intermédio da FATEC.

Encerrando, afirma o órgão ministerial que, em 15/12/2003, SILVESTRE SELHORST, na condição de secretário executivo da FATEC, frustrou a licitude de processo licitatório ou dispensou indevidamente, por duas vezes, para realizar a compra de equipamentos da empresa Xerox Comércio e Indústria Ltda, no montante de R\$ 1.039.000,00 (um milhão e trinta e nove mil reais) e de R\$ 85.500,00 (oitenta e cinco mil e quinhentos reais).

Segundo relata a exordial, ambas as despesas para as compras da Xerox foram descritas como essenciais para o Projeto nº 95913 e, como sendo decorrentes de convênio entre UFSM e FATEC. Nessa linha, concluiu o MPF que seria evidente que, como o objetivo primordial era intermediar a disponibilização de equipamentos (Evento 1; OUT6, fls. 377/379).

Nesta feita, aduz que, por se tratar de compra realizada com recursos públicos (oriundos de um dos contratos da UFSM), deveria ter sido observado os ditames vazados no art. 3º, da L8.958/94, que estabelece a necessidade de observância das normas tangentes ao procedimento licitatório (L8666/93).

Entrementes, o denunciado SILVESTRE SELHORST teria violado a indigitada norma, sob o pretense argumento de exclusividade de contratação do equipamento, dispensando indevidamente certame licitatório que sabia ser devido na situação ora narrada. Nessa vertente, para utilizar-se da tese de suposta exclusividade do fornecedor do equipamento, não realizou formalidade alguma, não havendo notícias de qualquer suporte mínimo que pudesse lastrear a regularidade da dispensa de licitação, não obstante o vultoso montante envolvido nas compras, que ultrapassaram um milhão de reais. Somando-se a isso, tendo em mira a quantia envolvida, deveria ter sido realizado a licitação na modalidade de **concorrência**.

Com fulcro nessas assertivas, propõe a parte autora que o réu SILVESTRE SELHORST seja considerado incurso nas condutas previstas no art. 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, de sorte que causou lesão ao erário.

Em linha de conclusão das acusações lançadas pelo MPF, foi realizado um apanhado geral das condutas ímprobas imputadas a cada um dos réus:

ALBERI VARGAS: *Atuando como Pró Reitor da Administração da UFSM, teria dispensado licitação fora das hipóteses permitidas, para posterior consecução do contrato nº 37/2002.*

PAULO JORGE SARKIS: *Atuando como Reitor da UFSM teria dispensado licitação fora das hipóteses permitidas, para posterior consecução do contrato nº 37/2002. Na condição de mesma autoridade, teria dispensado indevidamente nova licitação e firmado o contrato nº 228/2003.*

CLÓVIS SILVA E LIMA: *Representante da UFSM, firmou o contrato nº 37/2002, apenas viabilizado mediante a dispensa indevida de licitação.*

RONALDO ETCHECHURY MORALES: *Representante da FATEC, firmou os contratos nº 37/2007 e nº 228/2003, apenas viabilizado mediante a dispensa indevida de licitação.*

VIRGINIO PEREIRA NEVES FILHO: *No papel de Procurador Federal, manifestou-se favoravelmente à contratação da fundação de apoio, mesmo plenamente ciente da irregularidade da aludida operação, eis que contrariando frontalmente os textos normativos pertinentes.*

JORGE ADAIME FILHO: *No papel de Procurador Geral da UFSM, manifestou-se favoravelmente à contratação da fundação de apoio, mesmo plenamente ciente da irregularidade da aludida operação, eis que contrariando frontalmente os textos normativos pertinentes.*

ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS: *Na condição de Pró-Reitor da Administração Adjunto da UFSM, teria dispensado licitação fora das hipóteses previstas em lei, para posterior consecução do contrato nº 228/2003.*

SILVESTRE SELHORTS: *Na condição de Secretário Executivo da FATEC, dispensou licitação fora das hipóteses previstas em lei, por duas vezes, para realizar a compra de equipamentos em razão do contrato firmado com a UFSM, totalizando R\$ 1.039.000,00 (um milhão e trinta e nove mil reais) de gastos não licitados.*

Acatado o pedido de formulação de autos de expediente (Evento 3).

Notificados, os réus apresentaram suas **defesas preliminares** (L8429/92, art. 17, §7º):

CLÓVIS SILVA LIMA, em sua peça defensiva, sustentou, em suma: **(a) prescrição** da pretensão ministerial; **(b) inexistência de ato de improbidade administrativa**, na medida em que teria assinado o contrato nº 37/2002, na condição de mero substituto do então Reitor, PAULO JORGE SARKIS (Evento 22).

Por sua vez, JORGE ADAIME FILHO e VIRGÍNIO PEREIRA NEVES FILHO apresentaram suas manifestações preliminares, de forma similar. Em síntese, sustentaram os réus: **(a) falta de justa causa** para o aforamento da

presente ação de improbidade administrativa; **(b)** prescrição da pretensão autoral, nos termos do art. 23, da L8429; **(c)** a inviabilidade de responsabilizar procurador federal por parecer meramente consultivo, eis que existia possibilidade de interpretação jurídica que autorizasse a dispensa de licitação levada a efeito (Eventos 26 e 27).

Nessa linha, SILVERSTRE SELHORST, em sua objeção preliminar, defende: **(a)** inexigibilidade da licitação; **(b)** inaplicabilidade da L8429/92 ao réu; **(c)** prescrição da pretensão deduzida. (Evento 30).

A seu turno, ALBERI VARGAS também apresentou defesa preliminar nos moldes da L8429/92. Em seu favor, teceu argumentos acerca de: **(a)** prescrição; **(b)** falta de justa causa para o ajuizamento da presente ação de improbidade; **(c)** inexigibilidade de conduta diversa; **(d)** inépcia da inicial, na medida em que não apontou objetivamente a conduta imputada ao demandado (Evento 31). Similar foi a peça colacionada por ANTONIO SÉRGIO FREITAS FARIAS. (Evento 32).

Finalmente, foi apresentada a defesa de PAULO JORGE SARKIS, que defendeu, em suma: **(a)** a prescrição para da pretensão inicial; **(b)** incompetência do réu para autorizar dispensas de processos licitatórios na UFSM. (Evento 33).

Provocado na decisão lançada no evento 35, o MPF manifestou-se sobre as matérias preliminares e prejudiciais de mérito alegadas no prazo do art. 17, §7º da Lei n. 8.429/92, **rechaçando-as** integralmente.

Em decisão proferida no Evento 40, a magistrada federal que me antecedeu nos autos analisou as defesas prévias, rejeitando todos os argumentos preliminares e relegando para este Juízo de cognição plena as matérias atinentes ao mérito, **recebendo a inicial**.

A Universidade Federal de Santa Maria manifestou interesse de ingressar no feito (Evento 71), pedido posteriormente apreciado e **deferido** (Evento 89).

Citados, os réus carream contestação:

O réu VIRGÍNIO PEREIRA NEVES FILHO, em sua peça defensiva, reiterou os argumentos acerca da prescrição. No mérito, defendeu a inexistência de justa causa para o ajuizamento da ação de improbidade, na medida em que a elaboração de parecer jurídico não tem o condão de ensejar a responsabilidade do requerido. Teceu longo arrazoado acerca da natureza meramente consultiva do parecer elaborado, bem como a ausência de dolo ou culpa na confecção jurídica da peça jurídica, pugnando pela improcedência da

demanda em relação ao requerido. (Evento 73). Posteriormente, JORGE ADAIME FILHO colacionou objeção semelhante (Evento 83).

Por sua vez, SILVESTRE SELHORST também ofertou peça contestatória. Em sua defesa, o requerido sustenta: **(a)** a inaplicabilidade da L8429/92 em relação a este;**(b)** prescrição da pretensão ministerial; **(c)** a inaplicabilidade da L8666/93 às fundações de apoio; **(d)** falta de veracidade da narrativa desenvolvida pelo MPF; **(e)** ausência de dolo ou culpa, que descaracterizaria a conduta ímproba; **(f)** inexistência de prejuízo ao erário; **(g)** necessidade de comprovação de concurso com um agente público. (Evento 74).

ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS, a seu turno, apresentou defesa, arrimando-se nos fundamentos de: **(a)** prescrição da pretensão declinada; **(b)** ausência de justa causa para o ajuizamento da presente demanda; **(c)** atipicidade da conduta descrita; **(d)** inexistência de prejuízo ao Erário. (Evento 75).

Em sua esteira, CLÓVIS LIMA E SILVA (Evento 76) apregoa inexistir prática de ato de improbidade, na medida em que a L8958/94 prevê a viabilidade de Instituições de Ensino Superior (IFES) celebrar convênios e contratos, com dispensa de licitação (L8666, art. 24, XIII). A este passo, afirma, ainda, não haver qualquer dolo ou culpa em sua conduta, conquanto só assinou o contrato nº 37/2002 na condição de substituto do Reitor, após a aprovação pela Procuradoria-Geral, bem como orientado pelo próprio PAULO JORGE SARKIS (Evento 76).

Ainda, ALBERI VARGAS refutou a pretensão do autor. Em sua defesa, desfia argumentos acerca de: **(a)** prescrição; **(b)** inviabilidade de interpretação extensiva do art. 10, VIII, da L8429/92, para abarcar as condutas delineadas pelo art. 24, XIII, da L8666/93 c/c a súmula 250, do TCU; **(c)** atipicidade da conduta; **(d)** ausência de participação decisória na dispensa de licitação; **(e)** ausência de prejuízo ao Erário (Evento 77).

Na mesma via, PAULO JORGE SARKIS, em sua contestação, embasou a negativa do pedido nas ilações referentes à: **(a)** incompetência da reitoria para a condução de processos de dispensa de licitação; **(b)** inexistência de deslealdade do requerido com a Administração Federal. (Evento 80).

Outrossim, RONALDO ETCHETCHURY MORALES verteu sua contestação (Evento 81). Em sua objeção, reiterou os argumentos de **(a)** prescrição; **(b)** inexigibilidade da licitação entre a FATEC e a empresa Xerox Brasil; **(c)** inviabilidade de se configurar ato de improbidade por lesão aos princípios da Administração em decorrência de ato culposos.

Em réplica, o MPF rechaçou os argumentos expendidos pelos demandados (Evento 86), clamando pela procedência da ação de improbidade.

AJG concedida ao réu SILVESTRE SELHORST (Evento 115).

Colacionados os documentos reclamados (Evento 149, 171 e 194).

Colhida prova oral (Evento 310, 345 e 346).

Apresentados memoriais (Evento 363, 366, 370, 372, 373).

Convertido o julgamento em diligências (Evento 376).

Vieram os autos conclusos para sentença. É o breve relato.

Decido.

Em linha preambular, ressalto que as alegações prefaciais foram solvidas no decorrer do *iter* processual. Nessa perspectiva, muito embora os réus reiterem argumentos já apreciados em sede de contestação, bem como em memoriais, nenhuma das teses tecidas pelos demandados possuem força para repelir as considerações lançadas pela Magistrada Federal que me antecedeu por ocasião da decisão de recebimento da inicial (**Evento 40**).

Nessa via de idéias, reporto-me, *in totum*, às ponderações vertidas naquele ato, repelindo as preliminares, passando, de imediato, ao mérito da demanda:

2. Análise das DEFESAS

2.1. ALBERI VARGAS (evento 31) e ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS (evento 32)

Prescrição: De início, sustentam a ocorrência de prescrição. Explicam, nesse aspecto, que o art. 23, II, da Lei n. 8.429/92 remete ao estabelecido no art. 142 da Lei 8.112/90 no tangente ao prazo prescricional das faltas cometidas por servidores efetivos. Aplicando a norma ao caso concreto, concluem que, como os fatos narrados na inicial ocorreram em 17/01/2002, a prescrição consumou-se irremediavelmente em 16/01/2007.

Observa-se, de início, que, no contexto do convênio, Alberi Vargas e Antônio Sérgio Freitas Farias cumulavam cargo em comissão (Pró-Reitores da UFSM) e cargo efetivo (servidores da UFSM). A situação não foi contemplada expressamente na Lei n. 8.429/92; no entanto, recebe o tratamento da jurisprudência, no sentido de que, nessas hipóteses, há que se considerar o prazo fixado no art. 23, II, da Lei n. 8429 (ou seja, o tempo estabelecido para o detentor de cargo efetivo, não o de cargo em comissão):

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO. LEI N. 8.429/92, ART. 23, I E II. CARGO EFETIVO. CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO COMISSIONADA. EXERCÍCIO CONCOMITANTE OU NÃO. PREVALÊNCIA DO VÍNCULO EFETIVO, EM

DETRIMENTO DO TEMPORÁRIO, PARA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Duas situações são bem definidas no tocante à contagem do prazo prescricional para ajuizamento de ação de improbidade administrativa: se o ato ímprobo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo a quo no primeiro dia após a cessação do vínculo; em outro passo, sendo o agente público detentor de cargo efetivo ou emprego, havendo previsão para falta disciplinar punível com demissão, o prazo prescricional é o determinado na lei específica. Inteligência do art. 23 da Lei n. 8.429/92.

2. Não cuida a Lei de improbidade, no entanto, da hipótese de o mesmo agente praticar ato ímprobo no exercício cumulativo de cargo efetivo e de cargo comissionado.

3. Por meio de interpretação teleológica da norma, verifica-se que a individualização do lapso prescricional é associada à natureza do vínculo jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial. Doutrina.

4. Partindo dessa premissa, o art. 23, I, associa o início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário. Ao mesmo tempo, o art. 23, II, no caso de vínculo definitivo - como o exercício de cargo de provimento efetivo ou emprego -, não considera, para fins de aferição do prazo prescricional, o exercício de funções intermédias - como as comissionadas - desempenhadas pelo agente, sendo determinante apenas o exercício de cargo efetivo.

5. Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado, ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro, para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por ser temporário.

6. Recurso especial provido, para reformar o acórdão do Tribunal de origem em que se julgaram os embargos infringentes (fl. 617) e restabelecer o acórdão que decidiu as apelações (fl. 497).

(REsp 1060529/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 18/09/2009) (sem grifo no original)

Oriento-me a partir desse precedente, que adoto como razão de decidir.

Superado esse ponto, há examinar se o prazo fixado acima expirou até o ajuizamento da demanda. O art. 23, II, Lei n. 8.429/92 (ora aplicável, em razão do que foi acima explicado), remete ao art. 142 da Lei n. 8.112/90 no que tange às faltas disciplinares puníveis com pena de demissão, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. Veja-se:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

A seu turno, a norma do art. 142 da Lei n. 8.112/90, abaixo transcrita, alberga espécies diversas de prazo prescricional para as infrações disciplinares puníveis com demissão: a) 5 anos, se a infração não corresponder a nenhum tipo penal; b) prazos previstos na lei penal às ações disciplinares capituladas também como crime.

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto á advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção. (girfei)

No caso concreto, imputam-se aos demandados 'dispensas indevidas de licitação para contratação de fundação de apoio para fins diversos ao que se destina', bem como a 'contratação não precedida de licitação, por essa fundação, da empresa Xerox' (INIC1, p. 12, evento 1).

São fatos, à evidência, tipificados como crime no art. 89, caput, da Lei n. 8.666/93, que tem a seguinte redação:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Dessa forma, o prazo prescricional para os atos de improbidade descritos na petição inicial é o aplicável ao crime previsto no art. 89, caput, Lei n. 8.666/93. Ilustrando a aplicabilidade dos prazos de prescrição penal às ações de improbidade, segue aresto do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. ART. 109 DO CP. PENA ABSTRATAMENTE COMINADA. OFENSA AO ART. 333 DO CC. ALEGADA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ.

I. RECURSO ESPECIAL DE JOSÉ NERO CÂNDIDO VIEIRA.

1. Trata-se de ação de improbidade administrativa ajuizada em face de militares em razão da prática de peculato.

2. Como os recorrentes são servidores públicos efetivos, no que se relaciona à prescrição, incide o art. 23, inc. II, da Lei n. 8.429/92.

3. A seu turno, a Lei n. 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, dispositivo que regula os prazos de prescrição, remete à lei penal nas situações em que as infrações disciplinares constituam também crimes - o que ocorre na hipótese. No Código Penal - CP, a prescrição vem regulada no art. 109.

4. A prescrição da sanção administrativa para o ilícito de mesma natureza se regula pelo prazo prescricional previsto na Lei Penal (art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90).

II. RECURSO ESPECIAL DE MARCOS HENRIQUE DA SILVA SERRA.

5. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes.

6. No que se refere a violação do art. 333, do CPC, é de se notar que os dispositivos elencados e as teses a eles vinculadas não foram objeto de debate na origem, o que faz incidir a Súmula n. 211 do Superior Tribunal de Justiça, por ausência de prequestionamento.

7. Recurso especial de José Nero Cândido Vieira não provido. Recurso especial de Marcos Henrique da Silva Serra parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(REsp 1234317/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011)

Considerando, então, que o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao referido crime é de 5 (cinco) anos, a prescrição ocorrerá em 12 (doze) anos (art. 109, III, CP), a contar da ocorrência dos fatos (anos de 2002 e 2003). Como ainda não se passaram 12 anos, há que se refutar a prefacial em questão.

Falta de justa causa: *neste ponto, aduzem a inaplicabilidade ao caso do art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, pois o prejuízo ao erário seria 'elemento essencial do tipo'. No que atine ao art. 11 da Lei n. 8.429/92, tratar-se-ia de 'uma imputação de dolo sem qualquer base probatória', pois não especificada a fraude apontada, além de haver legalidade na dispensa de licitação. Salientam que a súmula 250 do TCU é superveniente aos fatos narrados na inicial.*

Quanto ao argumento de que o prejuízo ao erário é elemento essencial à incidência do art. 10, VIII, Lei n. 8.429/92, de modo que, não tendo ocorrido dano, a imputação deveria ser afastada, importa dizer que os demandados devem defender-se dos fatos que lhe sejam imputados, e não da tipificação legal eventualmente conferida aos mesmos. De outro lado, a viabilidade do pedido, da maneira como foi formulado, será examinada apenas por ocasião da prolação da sentença, não sendo matéria afeta à inaplicação da inicial.

Em relação à imputação de dolo sem qualquer base probatória (art. 11, caput, Lei n. 8.429/92), deve-se dizer que os indícios de afronta aos princípios que regem a Administração Pública, devidamente mencionados na inicial, são suficientes ao prosseguimento da ação. A prova do dolo, se for o caso, depende de dilação probatória, de modo que sua ausência, neste momento, não impede o recebimento da peça portal.

A legalidade ou não da dispensa de licitação, igualmente, depende de produção de provas, não podendo ser objeto dessa decisão inicial. O que releva, agora, é que de fato existem dúvidas sobre a regularidade do procedimento. Anote-se, nesse aspecto, que a posição do STJ sobre a matéria é no sentido de que, nesta fase processual, incide o princípio do in dubio pro societate.

Por fim, por ser matéria vinculada estritamente ao mérito da demanda, também será apreciada em sentença a aplicabilidade, ao caso concreto, da súmula 250 do TCU.

Inépcia da inicial: *A peça portal seria inepta por dois motivos: (1) não especificaria em qual 'tipo' do art. 10, VIII, Lei n. 8.429/92 os fatos narrados encontram amparo legal - se 'frustração de licitude de processo licitatório' ou 'dispensa irregular de licitação'; (2) pretenderia aplicar mais de uma definição delituosa ao mesmo fato (art. 10, VIII e art. 11 da Lei n. 8.429/92).*

Não prospera o argumento. Como já assinalado nesta decisão, o enquadramento legal dos fatos na petição inicial é questão a ser resolvida em sentença. Ao autor cabe apresentar os fatos; aos réus, defender-se; ao Juiz, fazer o eventual enquadramento legal do que foi apurado durante a instrução. Gize-se, neste particular, que eventual tipificação equivocada pelo autor não causa a inépcia da inicial, já que o essencial à demanda é a narração fática.

Mérito: *Argumentam que a contratação seguiu o devido processo legal e que, por não serem bacharéis em Direito, não são obrigados a dominar as diversas interpretações que podem ser conferidas às normas, especialmente se todo o procedimento realizado foi corroborado por autoridade da área jurídica, como aconteceu no caso concreto.*

Tais teses, todavia, dependem de produção de provas e, assim, não podem ser ora apreciadas.

2.2. PAULO JORGE SARKIS (evento 33)

Prescrição: De início, sustenta a ocorrência de prescrição. Explica, nesse aspecto, que os fatos que lhe foram imputados datam de 17/01/2002 (dispensa indevida de licitação para o contrato n. 37/2002) e 24/12/2003 (dispensa indevida de licitação para o contrato n. 228/2003). Nesta época, ocupava o cargo de Reitor da UFSM, que perdurou até 16/12/2005. Como a ação fora ajuizada em 21/09/2011, todos os fatos estariam atingidos pela prescrição, já que ultrapassado o lapso previsto no art. 23, I da Lei n. 8.429/92.

A alegação da prescrição foi examinada no item 2.1, p. 5/7, a cujos fundamentos ora me reporto.

Ilegitimidade passiva: A defesa assevera que o demandado não pode ser responsabilizado por eventual dispensa indevida de licitação, pois não era de sua competência a tarefa de dispensar processos licitatórios. Tal atribuição fora delegada administrativamente a outro setor administrativo da UFSM.

A tese, todavia, não pode ser acolhida, pois há indício de participação do demandado no procedimento de dispensa de licitação que deu origem ao contrato n. 37/2002, firmado entre a UFSM e a Fatec (OUT2, p.1, evento 1). Tal indício é suficiente para que a ação seja recebida.

Improcedência da ação e/ou inexistência de ato de improbidade administrativa: Alega que não se pode admitir a responsabilização na via de improbidade administrativa simplesmente por ser administrador da entidade pública, pois o 'regime administrativo sancionador brasileiro não admite a responsabilização objetiva do agente público'. Além disso, destaca que, investigados os fatos na seara criminal, não houve indiciamento do demandado. Tais elementos, segundo a defesa, evidenciariam a improcedência da ação e/ou a inexistência de ato de improbidade administrativa.

Relativamente a tais alegações, vale mencionar que a presente ação não é manifestamente improcedente. Existem elementos, tais como o mencionado no tópico da 'ilegitimidade passiva', dando conta da participação do demandado nos atos narrados na inicial, o que é suficiente ao prosseguimento do feito. De outro lado, a conclusão a que chegou o Delegado de Polícia Federal na seara criminal não interfere nesta ação, já que o art. 12 da Lei n. 8.429/92 fixa total a independência entre as esferas penal, civil e administrativa.

2.3. CLÓVIS LIMA SILVA (evento 22)

Prescrição: De início, sustenta a ocorrência de prescrição. Explica, nesse aspecto, que os fatos que lhe foram imputados foram apurados no ano de 2004, por meio de auditoria realizada pela Controladoria-Geral da União na UFSM. O contrato n. 37/2002 foi assinado pelo requerido na condição de Vice-Reitor, cujo mandato encerrou-se em 25/12/2005. Como a ação fora ajuizada em 21/09/2011, todos os fatos estariam atingidos pela prescrição, já que ultrapassado o lapso previsto no art. 23, I da Lei n. 8.429/92. Sustenta, ainda, que a posse no cargo de Reitor, em 26/12/2005, não pode ser considerada para efeito do cômputo do prazo prescricional, 'visto que não se trata de continuidade, mas de exercício de novo mandato, quando se iniciou nova administração'. De qualquer sorte, segundo a defesa, ainda que se entenda que o exercício do cargo efetivo prepondere, mesmo assim incide a prescrição, pois entre o conhecimento da falta punível com demissão e o ajuizamento desta ação decorreram mais de 05 anos.

A alegação da prescrição já foi examinada no item 2.1, p. 5/7, restando afastada.

Inexistência de improbidade administrativa: Assevera, nesse particular, que a dispensa de licitação na contratação da Fatec é legal. Ainda que não fosse, argumenta que a conduta do requerido não pode ser qualificada como ímproba, pois 'somente após a aprovação do projeto

iniciado na Pró-Reitoria de Administração, depois de ter passado pelo crivo da Procuradoria Jurídica da UFSM e da ratificação da dispensa de licitação pelo então Reitor é que foi assinado o contrato pelo manifestante', inexistindo, portanto, o elemento volitivo.

O argumento de legalidade da dispensa de licitação na contratação da Fatec já foi apreciado nesta decisão (p. 9). Também já houve exame da alegação de ausência do elemento volitivo (p. 8/9). Faço remissão aos excertos respectivos.

2.4. RONALDO ETCHETCHURY MORALES (evento 29)

Prescrição: *Afirma a ocorrência indubitável de prescrição quanto às sanções administrativas, já que o fato supostamente ímprobo lhe imputado data de 18/06/2002, tendo passado, portanto, mais de 05 anos até o ajuizamento da ação. Em relação ao ressarcimento ao erário, que, segundo a defesa, não consta expressamente do pedido, também entende incidir a prescrição. A tese de imprescritibilidade da demanda que busca a reparação do erário, argumenta o requerido, não é uníssona, devendo-se adotar o lapso quinquenal.*

Remeto aos fundamentos lançados no item 2.1, p. 5/7.

Mérito: *Alega que: 1) a imputação feita ao demandado é infundada, pois a contratação da Fatec é um procedimento administrativo de responsabilidade exclusiva da UFSM; 2) a contratação da Fatec visou à realização de atividade de extensão; 3) a contratação da Xerox pela Fatec enquadra-se no conceito de licitação inexigível, já que se trata de serviço técnico-profissional especializado; 4) a conduta meramente culposa não configura ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública; 5) a inexistência de obtenção de proveito patrimonial afasta a improbidade administrativa por lesão ao erário.*

Todas essas proposições formuladas pela defesa atinem ao mérito e serão apreciadas ao final.

2.5. JORGE ADAIME FILHO (evento 26) e VIRGÍNIO PEREIRA NEVES FILHO (evento 27)

Falta de justa causa: *A petição inicial não apontaria indícios de que os demandados buscaram a dispensa de licitação por algum motivo escuso ou ao menos sabendo que estavam a agir, em tese, ilícitamente. Não haveria elementos indicando que os Procuradores Federais teriam prolatado o seu parecer por motivo diverso do que apenas 'a sua sincera opinião jurídica sobre o assunto'.*

O indício de ato ímprobo corresponde aos próprios pareceres emitidos pelos demandados, que, segundo relata a inicial, teriam afrontado a lei. A verificação da existência de culpa lato sensu na emissão dos referidos pareceres tange ao mérito da lide, não se exigindo sua comprovação no ajuizamento da ação.

Prescrição: *Explicam que, para os servidores que exercem cargos efetivos ou estáveis, as regras de prescrição para a penalidade de demissão previstas na Lei n. 8.112/90 é que regerão a prescrição na ação de improbidade. Jorge Adaime ocupara cargo em comissão na Chefia da Procuradoria-Geral da UFSM, aplicando-se, portanto, o art. 23, I, da Lei n. 8.429/92. Como desocupou tal cargo em 21/02/2006, o prazo de prescrição findou em 21/02/2011. Quanto a Virgínio Pereira Neves Filho, também já teria transcorrido 5 anos da data da lavratura do parecer que o MPF entende eivado de improbidade.*

Neste aspecto, faço remissão aos fundamentos expendidos no item 2.1, p. 5/7.

Atividade do advogado consultivo: *a responsabilidade profissional dos demandados seria restrita às hipóteses em que haja demonstração de dolo ou má-fé.*

A tese defensiva é bastante complexa, tratada de forma não uníssona pela doutrina e jurisprudência, motivo pelo qual entendo que não pode ser apreciada nesta decisão inicial, de cognição superficial, devendo ser submetida a contraditório pleno.

2.6. SILVESTRE SELHORST (evento 30)

Inaplicabilidade da Lei n. 8.429/92: Em sua manifestação preliminar, alega que a Lei de Improbidade Administrativa não se lhe aplica, porque já não era mais agente público na época dos fatos, e, além disso, não há na inicial nenhuma demonstração da realização de ação dolosa de induzir ou concorrer à prática de ato de improbidade de outrem, a fim de obter algum tipo de benefício ilícito.

Registre-se, nesse particular, que: (1) a legalidade das dispensas de licitação referidas na inicial poderá ser aferida somente ao final da instrução, conforme já registrado nesta decisão; (2) a Lei n. 8.429/92, em seu art. 3º, permite a responsabilização de pessoas que não ostentem a condição de agente público; e (3) a 'demonstração da realização de ação dolosa de induzir ou concorrer à prática de ato de improbidade de outrem', se for o caso, depende, por certo, da instrução do feito, consoante acima consignado.

Prescrição: na falta de disposição legal expressa aplicável ao demandado no que tange à matéria, argumenta pela adoção, por analogia, das regras da CLT, de modo que, encerrado o contrato de trabalho entabulado entre o requerido e a Fatec há mais de 2 anos, teria incidido a prescrição.

De saída, cabe arrematar a matéria com o entendimento de que o terceiro, particular, acusado da prática de ato de improbidade administrativa, sujeita-se ao prazo prescricional aplicável ao agente público demandado em coautoria (L8429, art. 23, I e II). Tal é a posição atual do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL NAS AÇÕES PROPOSTAS CONTRA PARTICULAR. ART. 23 DA LEI 8.429/92. NULIDADE DAS CITAÇÕES. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. TIPICIDADE DA CONDUTA DOS (...).

DECISÃO

(...) 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que se aplica, para os particulares, o prazo prescricional previsto no art. 23 da Lei 8.429/92.

(STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.300.240 - RS - Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, julgado em 15 de março de 2012)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO AOS PARTICULARES.

I - Trata-se de ação civil pública ajuizada com o objetivo de apurar atos de improbidade administrativa, cuja extinção em razão da prescrição foi decretada no juízo a quo.

II - O aresto recorrido reformou tal entendimento, afastando a prescrição em relação a três dos réus, mas para um deles, por não se cuidar de servidor público, mas de um advogado, manteve a prescrição.

III - Quando um terceiro, não servidor, pratica ato de improbidade administrativa, se lhe aplicam os prazos prescricionais incidentes aos demais demandados ocupantes de cargos públicos. Precedente: REsp nº 965.340/AM, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 08.10.2007.

IV - Na hipótese, o advogado em questão foi denunciado em ação penal pela prática de extorsão qualificada (artigo 158, § 1º, do Código Penal) juntamente com outros dois có-réus (servidores), para os quais a prescrição foi afastada pelo aresto recorrido, devendo o mesmo se dar em relação a ele.

V - Recurso provido, afastando-se a prescrição em relação ao recorrido ADRIANO ANHÊ MORAN, com o retorno dos autos ao Tribunal a quo para o prosseguimento da ação civil pública respectiva.
(REsp 1087855/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 11/03/2009)

Nessa perspectiva, o acusado responde no prazo prescricional estabelecido para os corrêus que ostentam a condição de agentes públicos, período este que não decorreu até o ajuizamento da demanda, conforme enfrentado no início desta decisão (item 2.1).

Inexigibilidade de licitação: Argumenta, no mérito, pela desnecessidade da Fatec realizar procedimento licitatório para comprar as máquinas da marca Xerox.

Tal matéria depende, para ser examinada, de dilação probatória.'

1. Delimitação da controvérsia.

Preliminarmente, reputo pertinente delimitar o objeto da presente demanda.

Nos termos abordados na peça portal, a pretensão declinada pelo MPF traduz-se, em síntese, na responsabilização dos réus por atos de improbidade administrativa levados a efeito mediante a contratação da FATEC, pela UFSM, fora das hipóteses previstas na legislação de regência, bem como a subcontratação de empresa, pela interposição da aludida fundação, em violação frontal às normas regentes dos procedimentos licitatórios.

Nessa linha, o autor assim sintetiza as condutas tidas como ímprobas (assinalei):

Assim, em apertada síntese, as provas coligidas aos autos demonstraram que: a) o TCU desde 1998 já informava a UFSM de que o objeto do convênio realizado pela Universidade com a FATEC, embora possuísse o nome de 'difusão científica', tratavam evidentemente de mero serviço de cópias e impressão, cujo objeto deveria ser licitado; b) a manutenção do serviço comprovava a necessidade permanente da Instituição; c) o objeto era evidentemente empresarial, singelo e de ampla competitividade; d) não houve qualquer formalidade quanto à demonstração dos preços praticados nos dois contratos; e) a FATEC subcontratou a aquisição/locação das máquinas; f) nesta subcontratação não houve qualquer formalidade atinente a observância do procedimento licitatório; g) embora tenha recebido valores da UFSM para tal finalidade, contraiu um contrato de leasing perante o Banco do Brasil, e passou a cobrar os serviços de cópias e impressão para o pagamento do financiamento; h) antes mesmo de assinar o contrato com a UFSM, a FATEC já havia assinado o contrato com a XEROX (datado de 15/12/2003) para a aquisição das máquinas descritas no projeto que originou o contrato 228/03; i) em que pese tenham alegado uma suposta inexigibilidade de licitação, além de terem procedido como forma de dispensa, o que já demonstra a contradição na conduta dos requeridos, não houve qualquer comprovação por parte deles neste sentido, pelo contrário, a prova oral e a análise do TCU revelou que se tratavam apenas de máquinas comuns espalhadas pela Universidade, exceto a que ficou localizada na gráfica, mas cuja tecnologia exclusiva também nunca foi demonstrada.'

2. Indexação dos elementos probatórios.

A bem de melhor orientar a análise dos documentos e das provas carreadas, elaborei o índice a seguir, referindo as principais peças, ao qual farei remissão no decorrer da fundamentação.

Inicial:

Evento 1, INIC1

Dispensa de licitação (nº 23081.014066/2001-19):

Evento 1; OUT2, página virtual (doravante apenas 'p') 1.

Contrato nº 37/2002:

Evento 1; OUT2, p. 2 a 5

Manifestação prestada por ANTÔNIO SERGIO FREITAS FARIAS:

Evento 1; OUT4, p. 1 a 3 e OUT5

Resposta do magnífico reitor ao ofício do MPF:

Evento 1; OUT6, p. 1 a 3.

Decisão 1140/2002 emanado do Plenário do TCU:

Evento 1; OUT8, p. 2 a 40.

Dispensa de licitação (nº 23081.015851/2003-51):

Evento 1; OUT9, p. 1

Parecer 312/2003 assinado por VÍRGÍNIO PEREIRA FILHO:

Evento 1; OUT10, p. 1 a 3

Contrato nº 228/2003:

Evento 1; OUT11, p. 1 a 5

Memorando nº 033/JZG:

Evento 1; OUT12, p. 1 a 3

Pedido de aquisição de materiais solicitado pela FATEC por dispensa de licitação:

Evento 1, OUT13, p. 1 e OUT14, p. 1

Relatório de Auditoria pela Controladoria Geral da União:

Evento 1, OUT15, p. 1 a 5

Decisão 1140/2002 emanada pelo Plenário do TCU:

Evento 1, OUT15, p. 6 a 12; OUT16, p. 1 a 10; OUT17, p. 1 a 10; OUT18, p. 1 a 10 e OUT19, p. 1 a 10

Inquérito Civil Público 1.29.008.000623/2006-32 (ICP)

Evento 4; CERT1

Relatório de Auditoria pela CGU:

ICP, Vol I, p. 6 a 10

Portaria de Instauração:

ICP, Vol I, p. 361 e 362

Pedido de reexame à decisão nº 1.140/2002, do TCU (Plenário):

ICP, Vol II, p. 382 a 390.

Edital da Tomada de Preços nº 25/2000:

ICP, Vol II, p. 394 a 404.

Contrato nº 08/2002:

ICP, Vol II, p. 406 a 412

Contrato nº 09/2001:

ICP, Vol II, p. 413 a 420

Projeto Institucional de Capacitação de Servidores:

ICP, Vol II, p. 441 a 477

Contrato 003/2004:

ICP, Vol II, p. 741 a 744

Ata de Abertura da Concorrência 95913-02/2005:

ICP, Vol II, p. 745 a 746

Resposta da FATEC ao Ofício CDC/PRM/SM nº 0341/201:

ICP, Vol II, p. 832 a 833

Edital da Concorrência nº 95913-02/2005:

ICP, Anexo, p. 5 a 17

Defesa preliminar de CLÓVIS SILVA LIMA:

Evento 22, DEFESAP1

Defesa preliminar de JORGE ADAIME FILHO:

Evento 26, PET1

Procedimento Administrativo nº 00407.005384/2011-45:

Evento 26, PROCADM3; PROCADM4 e PROCADM5

Defesa preliminar de VÍRGÍNIO PEREIRA NEVES:

Evento 27, PET1

Defesa preliminar de RONALDO ETCHECHURY MORALES:

Evento 29, PET1

Defesa preliminar de SILVESTRE SELHORST:

Evento 30, DEFESAP1

Defesa preliminar de ALBERI VARGAS:

Evento 31, DEFESAP1

Defesa preliminar de ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS:

Evento 32, DEFESAP1

Defesa preliminar de PAULO JORGE SARKIS:

Evento 33, PET1

Contestação do réu VÍRGÍNIO PEREIRA NEVES:

Evento 73, CONT1

Contestação do réu SILVESTRE SELHORST

Evento 74, CONT1

Contestação do réu ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS

Evento 75, CONT1

Contestação do réu CLOVIS SILVA LIMA:

Evento 76, CONT1

Contestação do réu ALBERI VARGAS:

Evento 77, CONT1

Contestação do réu PAULO JORGE SARKIS:

Evento 80, CONT1

Contestação do réu RONALDO ETCHECHURY MORALES:

Evento 81, CONT1

Contestação do réu JORGE ADAIME FILHO:

Evento 83, CONT1

Réplica do Ministério Público Federal:

Evento 86, RÉPLICA

Instrução do ofício nº 0041/2013, tangente à afastamentos de PAULO SARKIS:

Evento 194, PROCADM2; PROCADM3; PROCADM4; PROCADM5; PROCADM6;

PROCADM7; PROCADM8; PROCADM9

Depoimento de ALBERI VARGAS:

Evento 310; AUDIOMP32

Depoimento de ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS:

Evento 310; AUDIOMP33

Depoimento de CLÓVIS SILVA LIMA:

Evento 310; AUDIOMP34

Depoimento de JORGE ADAIME FILHO:

Evento 310; AUDIOMP35

Depoimento de RONALDO ETCHECHURY MORALES:

Evento 310; AUDIOMP36

Depoimento de PAULO JORGE SARKIS:

Evento 310; AUDIOMP37

Depoimento de VÍRGÍNIO PEREIRA NEVES FILHO:

Evento 345; AUDIOMP32

Depoimento de SILVESTRE SELHORST:

Evento 345; AUDIOMP33

Oitiva da testemunha do MPF, ROGÉRIO MARTIN :

Evento 345; AUDIOMP34

Oitiva da testemunha do réu VÍRGÍNIO, PAULO ROBERTO BRUM:

Evento 345; AUDIOMP35

Oitiva da testemunha do réu SILVESTRE, ADILSON CATTO:

Evento 345; AUDIOMP36

Oitiva da testemunha do réu SILVESTRE, JESUS RENATO GALO BRUNET:

Evento 346, AUDIOMP32

Oitiva da testemunha dos réus ANTONIO e ALBERI, MARCO AURÉLIO ANTUNES DELLA MÉA:

Evento 346, AUDIOMP33

Oitiva da testemunha do réu PAULO SARKIS, DANIEL CARVALHO DA SILVA:

Evento 346, AUDIOMP34

Oitiva da testemunha do réu PAULO SARKIS, VITOR OTAVIO BIASOLI:

Evento 346; AUDIOMP35

Memoriais dos réus:

Evento 357, OUT1; Evento 363; PET1, Evento 370; PET1; Evento 371; PET1

Memoriais do MPF:

Evento 372; PROMOÇÃO1

Relatório de Gestão:

Evento 376, ANEXO2

3. Dispensa e inexigibilidade de licitação.

Sabe-se que a formalização de contrato administrativo reclama prévio procedimento licitatório, somente dispensável, dispensada e inexigível em casos expressamente previstos na legislação, por força de impositivo constitucional (CF, art. 37, XXI).

Ao passo em que os particulares ostentam ampla liberdade de contratar (CC, art. 421), a Administração, em todas as suas esferas, deve observar o procedimento licitatório, em franca homenagem aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e probidade. Logo, o dever de licitar impera, proporcionando a persecução da proposta mais vantajosa, assegurando a participação de todos interessados em contratar com o Poder Público, pautando-se pela lisura.

Nessa via, a norma do art. 37, XXI, fixa a obrigatoriedade, *em princípio, da licitação, para obras serviços, compras e alienações que o poder Público e os entes que dele emanam pretendem contratar*, consoante já sinalava Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Ainda, segundo o referido autor, *é certo que não deixa parar dúvida que esse princípio alcança toda administração pública indireta, inclusive fundacional*.

Portanto, a contratação, sem prévia e necessária licitação, não só viola frontalmente o preceito da legalidade, como vai além, denotando favoritismo do Poder Público em contratar com determinada empresa, em

detrimento de todas as demais, em pleno desrespeito ao princípio constitucional da igualdade. Tal conclusão ressaí da leitura do próprio art. 3º, da L8666/93, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

Discorrendo sobre o tema em exame, a doutrina abalizada vaticina que a obrigatoriedade de licitação tem um duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da lei em geral, como, também, a da modalidade prevista em lei para a espécie, pois atenta contra os princípios da moralidade e eficiência da Administração o uso de modalidade mais singela quando se exige a mais complexa (*in* MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro 40ª Ed, p. 310)

Nesse giro, é evidente que o dever de licitar impera na contratação da Administração Pública e, conforme elucidado no escólio supra referido, sua inobservância viola os princípios protegidos pela L8429/92, afigurando-se como hialino ato de improbidade administrativa.

Ainda nos contornos doutrinários da matéria, urge balizar as diferenças entre dispensa e inexigibilidade de licitação, eis que ambas as matérias foram ventiladas pelos réus em suas defesas.

A **inexigibilidade de licitação**, de rigor, é matéria tratada no art. 25, da L8666/93, que preceitua que é inexigível o procedimento licitatório, *quando houver inviabilidade de competição*. A respeito do tema, José dos Santos Carvalho Filho pontua que *diz o art. 25 do Estatuto: É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição. No mesmo dispositivo o legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, apresenta a locução 'em especial'. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico*

Deflui da lição que o fundamento basilar do instituto da inexigibilidade está, dessa forma, atrelado em dados probatórios, que atestem a realidade de ser a competição inviável, pela ausência de pluralidade de alternativas equivalentes.

De outro norte, a **dispensa de licitação** é assunto albergado pelo art. 24, da L8666/93, que preceitua, de forma taxativa, as hipóteses que o Administrador, em seu juízo discricionário, pode dispensar o procedimento licitatório.

Os atos de improbidade irrogados aos réus (L8429/92, art. 10, VIII) a *dispensa indevida de licitação*, não exige caracterização de vantagem econômica direta. Concretiza-se, apenas, pela mera conduta de não realizar o ato concorrencial quando a legislação exige.

Igualmente, o locupletamento em face de indevida licença de licitação tampouco exige que a vantagem econômica seja procedente de superfaturamento, mas a circunstância de ter sido impedida a concorrência pública - que poderia gerar preços menores - e, com isso, obtido o contrato por meios escusos, isto é, a vantagem constituir-se-ia na celebração de contrato com o Poder Público, beneficiando-se da ilegalidade da dispensa de licitação. Bastaria, assim, v.g., a obtenção indevida de um contrato com a administração pública, ainda que o contratado prestasse o serviço em preços similares aos do mercado.

Reitero que os bens jurídicos protegidos pela norma em questão são justamente a legalidade, probidade e moralidade administrativas, que, insculpidos no art. 37, XXI da Constituição Federal, são retratados em comandos da Lei 8.666/93 (art. 3º), especificamente no campo da licitação pública.

Assim, a burla à licitação importa em frustração do caráter competitivo que deve estar presente no momento prévio à contratação com o Poder Público (como mecanismo apto a gerar a proposta mais vantajosa para a Administração e, por conseqüência, ao próprio interesse público), com isso violando os princípios da legalidade, moralidade e probidade administrativas. Práticas dessa natureza podem, muitas vezes, desenvolverem-se ligadas ao superfaturamento dos preços, todavia este não é condição para perpetração daquela ilegalidade.

Nessa linha, registra-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça, em matéria similar (tocante à **improbidade** administrativa):

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. FRAUDE AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DANO AO ERÁRIO. ART. 10 DA LEI 8.429/1992. REVISÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública ajuizada contra ex-prefeita e servidores públicos do Município de Santa Albertina, por suposta prática de **improbidade** administrativa decorrente de licitações irregulares para aquisição de alimentos e material de limpeza. 2. O Tribunal a quo julgou procedente o pedido, com base na comprovada ocorrência de fraude. Asseverou que o valor da compra impunha licitação pela modalidade de concorrência, contudo foram feitas várias aquisições diretas.*

3. A situação delineada no acórdão recorrido enquadra-se no art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992, que inclui no rol exemplificativo dos atos de **improbidade** por dano ao Erário 'frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente'.

4. O desprezo ao regular procedimento licitatório, além de ilegal, acarreta dano, porque a ausência de concorrência obsta a escolha da proposta mais favorável dos possíveis licitantes habilitados a contratar. Desnecessário comprovar superfaturamento para que haja prejuízo, sendo certo que sua eventual constatação apenas torna mais grave a imoralidade e pode acarretar, em tese, enriquecimento ilícito.

(...)

9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1130318/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 27/04/2011) (sem grifo no original)

Os aludidos procedimentos devem ser formalizados nos termos do art. 26, parágrafo único, da L 8.666/96, assim redigido (assinalei):

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

O precedente do STJ a seguir é elucidativo:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 128.737 - PR (2011/0308337-3). 0(Ministro CASTRO MEIRA, 06/03/2012) PROCESSUAL ADMINISTRATIVO. SUBMISSÃO À LEI DEIMPROBIDADE. AGENTES POLÍTICOS. POSSIBILIDADE. (...)

VI - A contratação de prestação de serviço sem exigência de licitação é permitida pela Lei 8.666/93, devendo-se observar, para tanto, o disposto no art. 25, II, conjugado com o art. 26, os quais exigem seja a contratação precedida do processo de dispensa instruído, no que couber, com: I) a caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II) a razão da escolha do fornecedor ou executante; III) justificativa do preço; e IV) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (REsp nº 842.461/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 11/04/2007).

O art. 26 da L8666/93 especifica as medidas a serem adotadas pela Administração para os casos de contratação direta. Constata-se que a dispensa com base em despesas de pequeno valor (L8.666/93, art. 24, I e II) não está abrangida pelo citado dispositivo.

Logo, em princípio, a Administração estaria desobrigada de formalizar a ratificação do ato por autoridade superior, bem como de publicá-lo na imprensa oficial.

Isso não significa, porém, que o gestor esteja também desobrigado, no manejo dos recursos públicos, de motivar o ato que dispensou a licitação. A contratação direta, ainda que com base no pequeno valor da contratação, não libera o Administrador para agir arbitrariamente. Ele permanece jungido aos princípios da isonomia, publicidade e outros mencionados no art. 3º da L8.666/93. É dizer, o Administrador deve respeitar determinadas formalidades, ainda que mínimas, como necessidade do produto/serviço, pesquisa sumária de preços, forma de pagamento, etc.

Nesse sentido, ensina Marçal Justen Filho (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, São Paulo, 2005, editora Dialética, pág. 295):

'Como regra geral, toda a contratação direta deverá ser antecedida de um procedimento no qual estejam documentadas todas as ocorrências relevantes. Atinge-se essa conclusão pela necessidade de documentação dos atos administrativos e pela natureza não discricionária de todas as hipóteses de contratação direta. Nenhum gestor de recursos públicos poderia escusar-se a justificar uma contratação direta sob fundamento de que a hipótese não estava prevista no art. 26.'

O STJ, na mesma direção, pontua que mais grave, ainda, *é que todo o procedimento de contratação do demandado deu-se sem nenhuma motivação e publicidade, que são requisitos de eficácia de qualquer ato da administração* (REsp. nº 703.656/MT, Primeira Turma. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. J. 09/03/2010, DJE 18/03/10).

Quanto ao indevido fracionamento de despesas, na tentativa de enquadrá-las nas hipóteses de contratação direta por pequeno valor, a doutrina esclarece:

É perfeitamente válido (eventualmente, obrigatório) promover o fracionamento de contratações. Não se admite, porém, que o fracionamento conduza à dispensa de licitação. É inadmissível que se promova dispensa de licitação fundando-se no valor de contratação que não é isolada. Existindo pluralidade de contratos homogêneos, de objeto similar, considera-se seu valor global - tanto para fins de aplicação do art. 24, incs. I e II, como relativamente à determinação da modalidade cabível de licitação.

(Marçal Justen Filho, 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', 11ª ed., Dialética, p. 235).

Por derradeiro, impõe-se alertar que os argumentos levantados pelo MPF não se limitam à apontar inconsistências formais nos procedimentos e inexigibilidade. Impugna-se, outrossim, o próprio enquadramento dos atos no art. 24, XIII, da L8666/93.

4. Improbidade administrativa - ponderações preambulares.

A **improbidade administrativa** constitui gênero de ato imoral, potencializado, todavia, pela má-fé e desonestidade do agente.

O direito fundamental à boa administração pública é um princípio constitucional implícito. A este passo, colaciona-se passagem da obra de Juarez Freitas *in* Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública:

Nesse desiderato, o direito fundamental à boa administração pública (conceito a ser aqui formulado, sob inspiração do art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice), é norma implícita (feixe de princípios e regras) de direta e imediata eficácia em nosso sistema constitucional, a impelir o controlador a fazer as vezes de 'administrador negativo', isto é, a terçar armas contra a discricionariedade exercida fora dos limites ou aquém dos limites - a saber, de maneira extremada ou omissa'. (FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, pág. 09).

Alexandre de Moraes preleciona que '*atos de improbidade Administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e definitivamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público*' (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, Atlas, 2002, p. 2610).

Para que um ato seja qualificado como de **improbidade administrativa**, mister tenha ele sido praticado em detrimento de ente ou órgão componente da Administração direta ou indireta de qualquer das esferas da federação. Inserem-se também nessa categoria os atos em desfavor de empresa que fora incorporada pelo Poder Público, bem como tenha sido criada ou mantida com capital predominantemente público:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

A Lei nº 8.429/92 divide os atos de improbidade em três grupos distintos, conforme acarretem: (a) enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) prejuízo ao erário (art. 10); e (c) violação dos princípios regentes da Administração (art. 11).

A concretização de uma das espécies legais depende da verificação da ocorrência de outros efeitos, além da violação dos princípios regentes da Administração. Dessa forma, se o ato concreto cinge-se a desrespeitar um desses

princípios, tem-se a forma do art. 11. Havendo, porém, além de tal violação, prejuízo ao erário, incide o art. 10. E, por fim, configurado enriquecimento ilícito, a tipicidade se transmuda para o art. 9º.

Dessas três hipóteses, apenas os atos que importam prejuízo ao erário admitem a forma culposa. Sobre a questão, ensinam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (Ob. Cit., p. 294/295):

'Ainda sob a ótica de tipificação dos atos de improbidade, deve ser analisado, em um segundo momento, o elemento volitivo do agente. Todos os atos emanados dos agentes públicos e que estejam em dissonância com os princípios norteadores da atividade estatal serão informados por um elemento subjetivo, o qual veiculará a vontade do agente com a prática do ato.

(...)

O ato será culposos, quando o agente não empregar a atenção ou diligência exigida, deixando de prever os resultados que adviriam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia.

Ante o teor da Lei n. 8.429/92, constata-se que apenas os atos que acarretem lesão ao erário (art. 10) admitem a forma culposa, pois somente aqui tem-se a previsão de sancionamento para tal elemento volitivo. Nas hipóteses de enriquecimento ilícito (art. 9º) e violação aos princípios administrativos (art. 11), o ato deve ser doloso.'

No que tange aos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), os referidos autores (op. cit., p. 267/268) destacam:

'A leitura do caput do dispositivo denota claramente que a improbidade poderá estar consubstanciada com a violação aos princípios da legalidade e da imparcialidade (rectius: impessoalidade), o mesmo ocorrendo com a inobservância dos valores de honestidade e lealdade às instituições, derivações diretas do princípio da moralidade. A moralidade, por sua vez, concentra o sumo de todos os valores extraídos dos princípios regentes da atividade estatal, o que permite dizer que a tipologia constante do art. 11 da Lei nº 8.429/92 a todos alcança, ainda que advenham de princípios implícitos no sistema. Evidentemente, o rol de princípios constante do art. 11 é meramente exemplificativo, pois não seria dado ao legislador infraconstitucional restringir ou suprimir aqueles previstos na Constituição.'

Nesse norte, as condutas elencadas no art. 10 configuram **improbidade administrativa**, tanto na forma dolosa quanto na culposa, em suas três modalidades, negligência, imprudência e imperícia.

Colhe-se que *'agente público imprudente é o que age sem calcular as conseqüências, previsíveis para o erário, do ato que pratica. Negligente é o que se omite no dever de acautelar o patrimônio público. Tanto um como outro descumprem dever elementar imposto a todo e qualquer agente público, qual seja, o de zelar pela integridade patrimonial do ente ao qual presta serviços, à medida que se trata de patrimônio que, não sendo seu, a todos interessa e pertence'* (PAZZAGLINI FILHO, Marino. ROSA, Marcio Fernando Elias. FAZZIO JUNIOR, Waldo. improbidade Administrativa, 3ª ed., p. 76).

Vale dizer, a **improbidade administrativa** não se confunde com a mera irregularidade, corrigível na via administrativa e inapta a conclamar as penas da Lei nº 8.429/92, diferenciando-se aquela pela presença marcante da desonestidade e má-fé. Ou seja, nem todo ato irregular ou ilícito implica ato de **improbidade administrativa**, devendo-se atentar para os estritos termos da legislação. No mesmo norte:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEMISSÃO DE SERVIDORA. FALSIFICAÇÃO DE ATESTADO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ.

(...) 4. A Lei nº 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento.

5. Recursos especiais conhecidos em parte e não providos.

(REsp 1089911/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 25/11/2009)

Cabe destacar que a qualificação do ato de improbidade não se satisfaz com a simples inobservância dos princípios da administração pública, exigindo, além, que se constate na postura do agente a existência de má-fé na condução do ato lesivo ao erário ou ao ordenamento jurídico. Neste aspecto, merece destaque a lição de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 14. ed., Malheiros, 1997, p. 616):

*'A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades dela decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A **improbidade administrativa** é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.'*

A responsabilidade é, portanto, subjetiva, baseada no princípio da culpabilidade, devendo ser aferida com cautela, '*cum grano salis*', inadmitindo-se a responsabilidade objetiva em relação à capitulação do ato de **improbidade administrativa**, sobretudo tendo-se em mira a gravidade das sanções previstas legalmente. A propósito, destaco a jurisprudência do STJ, *mutatis mutandis*:

*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-CONFIGURAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INADEQUAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. (...omissis...) 4. A configuração do ato de **improbidade administrativa** não exige prejuízo ao erário, nos termos do art. 21 da Lei 8.429/92, salvo nas hipóteses do art. 10 da referida norma. Entretanto, é indispensável a presença de dolo ou culpa do agente público ao praticar o suposto ato de **improbidade administrativa**, sob pena de atribuição de responsabilidade objetiva, o que não é admitido por esta Corte Superior. 5. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 734.984/SP, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux,*

DJe de 16.6.2008; REsp 658.415/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.8.2006; REsp 604.151/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 8.6.2006; REsp 626.034/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 5.6.2006. 6. (...omissis...) 7. Recurso especial desprovido (REsp n. 950662, 1ª Turma, DJE: 05/08/2009, Rel. Min. Denise Arruda. grifei).

Também merecem vênias os seguintes arestos do TRF4 e TJRS, respectivamente:

*EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADE. CONDUTAS ENQUADRADAS NO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. DOLO. NECESSIDADE. A configuração de ato de **improbidade administrativa** depende da verificação de elemento subjetivo - dolo no caso das condutas dos arts 9º e 11 da Lei nº 8.429/92. (TRF4, EINF 2006.71.01.005226-0, Segunda Seção, Relator Valdemar Capeletti, D.E. 03/08/2009)*

*APELAÇÃO CIVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DOLO NÃO EVIDENCIADO. Dessa forma, a configuração de qualquer ato de **improbidade administrativa** exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, mostrando-se indispensável a demonstração do elemento dolo ou culpa na prática adotada pelo agente, já que inadmissível a hipótese de responsabilidade objetiva. No caso em específico, quanto à responsabilização por ato de improbidade com fundamento no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, a prática de ato ímprobo, na modalidade de violação a princípio, exige a prova do dolo do agente público. Ou seja, é insuficiente a prova da ilegalidade, já que nem todo ato ilegal constitui ato de improbidade. Na situação em concreto, resta evidente a falta de comprovação de conduta dolosa do agente. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70030950307, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 01/12/2010)*

Na linha já expendida, os art. 9º e 11 da Lei improbidade Administrativa exigem o elemento subjetivo 'dolo'. De seu turno, o art. 10 da Lei de improbidade Administrativa prevê o elemento subjetivo consistente em conduta dolosa ou culposa, somado ao dano ao erário, devendo haver prova inequívoca do prejuízo ao erário em tal hipótese.

A culpa (em suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia), enquanto suporte capaz de ensejar ato de **improbidade administrativa** por ato que importe em prejuízo ao erário, deve ser sopesada ao ensejo da fixação das sanções por **improbidade administrativa**, cabendo ao magistrado aferir com parcimônia os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com enfoque no parágrafo único do artigo 12 da Lei de improbidade Administrativa.

Pontuo, ainda, que para responsabilização do agente por atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) é necessária apenas a comprovação de dolo genérico (STJ, REsp 1141721/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 13/04/2010, DJ 19/05/2010).

No tocante ao sujeito do ato de improbidade, poderá sê-lo o agente público *lato sensu*, tido como aquele que mantenha vínculo permanente ou transitório com a Administração Pública; assim como a pessoa física que exerça função perante as entidades por ela incorporadas ou subvencionadas, nos moldes da Lei nº 8.429/92:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não (...)

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Ademais, o terceiro não integrante da estrutura administrativa estatal também pode sofrer as sanções da Lei de Improbidade, para tanto, basta que, uma vez praticado o ato de improbidade por agente público, tenha concorrido com o servidor para a prática do ato, ou mesmo tenha dele auferido qualquer espécie de benefício:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.429/92. ATO DO PARTICULAR. ATO IMPROBO PRATICADO PELO FUNCIONÁRIO PÚBLICO. NECESSIDADE DE CORRELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Para que o particular venha a sofrer as sanções da Lei de Improbidade deve induzir a prática de ato de improbidade, concorrer para a prática do ato de improbidade ou se beneficiar do ato de improbidade. 2. O ato de improbidade é sempre essencialmente praticado por um funcionário público, visto esse em uma concepção aberta, porém vinculada ao exercício de um função pública. O particular somente pode ser sujeito de ato de improbidade quando concorra para que um funcionário público no exercício de suas funções (ou a pretexto de exercê-la) cometa ato improbo. 3. Na hipótese, não houve a prática de nenhum ato improbo por parte da Ré no exercício de suas funções perante a Receita Estadual do Estado de São Paulo, e nenhum servidor público da Receita Federal praticou qualquer ato de improbidade, ao qual ela tenha induzido, concorrido, ou se beneficiado. (TRF4, AC 2003.70.08.001452-8, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Márcio Antônio Rocha, D.E. 18/08/2008)

Em derradeiro, ponto que para a configuração de atos de improbidade não é necessária a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público ou da aprovação/rejeição das contas pelos órgãos de controle interno e Tribunal de Contas, conforme expressamente previsto no artigo 21 da Lei nº 8.429/92:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Cumpra afastar, nessa toada, a aplicação desproporcional do direito a situações em que não descortinada a má fé do agente público, sob risco de incidir-se em violação ao princípio da proporcionalidade. Destacada a distinção entre atos irregulares e atos ímprobos, a punição do agente público que não se mostre ímprobo, segundo os parâmetros legais, é ilegítima, sob pena de aviltar o princípio da proporcionalidade e, conseqüentemente, o devido processo legal.

Na hipótese vertente, a modalidade que mais se coaduna com os fatos imputados aos demandados é a de **improbidade administrativa decorrente de prejuízo ao erário**, conforme esclareço na sequencia.

Nos termos da legislação pertinente (L8429/92, art. 10, VIII), a frustração da licitude do procedimento licitatório, ou dispensá-lo indevidamente, é caso de improbidade administrativa, **com dano ao Erário presumido**.

Equivale dizer, com o dano preconcebido por lei, a demonstração do fato antecedente (*fraude ou a indevida dispensa de licitação*), terá como corolário lógico a concretização do fato subseqüente (*prejuízo ao erário*). Se trata de presunção *jure et de jure*, não sendo admitida prova em sentido contrário.

Dando guarida ao entendimento que estou a firmar, confira-se excerto do voto proferido pelo Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, nos autos do RE 16.381-SP, (DJ. 20.03.1994), *in verbis*:

'A lesividade decorre da ilegalidade. Esta é in re ipsa. O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento jurídico. A ele é dada a competência apenas para que atinja boa prestação dos serviços públicos. O fim gizado na norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente. Sua competência destina-se a alcançar os fins traçados no sistema normativo. A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano'.

Tal é o entendimento dominante na doutrina:

'O prejuízo ou lesividade está sempre presente quando a administração dispensa licitação ou concurso exigido pela lei. Na dispensa de concurso, a administração está contratando pessoal sem a seleção necessária, exigível não só para assegurar os critérios de probidade e impessoalidade da Administração (art. 37, caput, da CF), como ainda para recrutar os melhores dentre os candidatos às vagas; na dispensa de licitação, estará indevidamente abrindo mão do direito-dever de selecionar entre os melhores preços e a melhor qualidade entre os concorrentes; na violação da lei, está causando prejuízo à moralidade administrativa'. (in Wallace Paiva Martins Júnior, citado na apelação cível 741592-5/2/00)

'Em alguns atos de improbidade administrativa (notadamente os do art. 10, mas não exclusivamente), o ressarcimento do dano é obrigatório em face da lesão patrimonial, que pode ser presumida ex vi legis ou demandar prova de sua efetiva ocorrência'. Entende-se que, nos casos do art. 10, a lesividade dos atos arrolados é presumida, tal e qual ocorre com as situações descritas no art. 4º da Lei n. 4.717/65, porque a lei já indica os casos de lesão ao patrimônio público' (in MAZZILLI, Hugo Nigro. Probidade Administrativa, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 270).

Na mesma direção:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA A (...) 4. Em se tratando de apuração de improbidade administrativa amoldada a uma das hipóteses do art. 10 da LIA (in casu, especificamente o inciso VIII: 'frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente'), o dano ao erário é presumido, tal e qual ocorre com as situações descritas no art. 4º da Lei n. 4.717/65, porquanto a lei já indica os casos de lesão ao patrimônio público. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF-3 - AI: 37729 SP 0037729-55.2011.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, Data de Julgamento: 06/02/2014, TERCEIRA TURMA)

5. Da ilegalidade das contratações.

5.1 L8666/93, art. 24, XIII e L858/94, art. 1º

Eis o tratamento legal dispensado às contratações diretas:

L8666/93

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

L 8.958/94

Art. 1º As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, de que trata a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do caput do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos.

Desponta claramente, da leitura das normas, que a contratação de fundações de apoio tem natureza excepcional, temporária, tendo por escopo o desenvolvimento de projetos específicos voltados para o aperfeiçoamento do projeto que lhe dera azo. Destoa, por outra via, a contratação de fundação de apoio para adquirir equipamentos para a instituição federal, mormente quando tais operações, além de não guardarem relação direta com as atividades fins de ensino, pesquisa e extensão que são peculiares à universidade, deveriam ser realizadas pelo procedimento licitatório pertinente, em obediência à CF.

Significa dizer que é evidente que tais dispositivos legais não têm o condão de afastar a premência do procedimento licitatório em qualquer hipótese

de contratação com fundações de apoio. São determinadas espécies contratuais, com finalidades específicas que podem ser abrigadas pela prerrogativa legal.

Assim, a dispensa baseada em tais dispositivos legais está limitada à contratação, por tempo determinado, de instituições sem fins lucrativos, criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.

Não olvido, contudo, que possa haver dificuldades interpretativas para verificar o alcance desses dispositivos, notadamente em frente de sua concisão e vagueza. Aliás, tais dificuldades se verificam até mesmo na doutrina especializada, conforme ilustro a seguir:

'Com relação a pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento institucional, observa-se: a) as três expressões são muito abrangentes não identificando com precisão o objeto da pesquisa, do ensino e do desenvolvimento institucional, permitindo daí inferências que só terão validade se contrastadas com o interesse público' (in FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem licitação. 1995. p. 224).

A despeito disso, do conteúdo literal dos dispositivos em exame, é notável ser inseparável a vinculação dos contratos com projetos específicos de ensino, pesquisa e extensão, ou de desenvolvimento institucional científico e tecnológico.

Nessa direção:

'Objetos vagos para fins da Lei 8.666/93, como por exemplo pesquisar a cura da AIDS, são ilegais, dispondo o Estado de outros meios para realizar tais atividades, inclusive mediante subvenção. Aqui se busca serviço ou bem, absolutamente definido e mensurável, com programação de etapas perfeitamente claras. A atividade poderá inclusive nem ser a pesquisa, embora firmada com uma entidade dedicada a pesquisa, havendo compatibilidade com o objeto' (in FERNANDES, ob cit, p. 225).

Evoluindo a uma abordagem teleológica da norma, verifica-se que não há nenhum fundamento de interesse público para distinguir, em franca oposição ao princípio constitucional da isonomia, que determinada categoria de Entes Privados (fundações de apoio) sejam privilegiados, **sem que essa diferenciação estivesse diretamente ligada a algum benefício para a sociedade.**

A propósito, esse foi o enfoque dado pela exposição de motivos da L8.958/94, *in verbis* (assinalei):

'Neste contexto, as Fundações de Apoio cumprem funções específicas especializando-se no conhecimento de atuação e procedimentos das agências de financiamento e fomento, nacionais e internacionais, no assessoramento à elaboração de projetos compatíveis com essas fontes e gerenciamento dos recursos obtidos com a administração individualizada para cada projeto'

Em síntese, a literalidade da lei, em cotejo com a pesquisa do *mens legis*, conduz à inevitável vinculação entre a contratação das fundações de apoio, ao abrigo da L8.958/94, a existência de um projeto específico e definido de ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico a que sirva o contrato.

Vale gizar: não é qualquer serviço ou qualquer captação de recursos de que se trata. Para a validade da dispensa licitatória, é imprescindível que os serviços desempenhados e os recursos captados ou geridos estejam diretamente relacionados a algum desses projetos, sendo que esta relação seja pormenorizadamente descrita na justificativa da dispensa.

De outra parte, é certo que não há qualquer critério rígido, ou regra clara, para que se possa estabelecer, *a priori*, se determinado objeto se enquadra no contexto legal. Logo, cumpre ao Administrador, bem como sua respectiva Assessoria Jurídica, cotejar, pormenorizadamente, se os objetos, ainda que intitulados, indevidamente, de projetos, se enquadram com o desiderato da norma em comento.

Esse foi o entendimento sufragado pela súmula 250, do TCU, que, não obstante tenha sido editada posteriormente à perpetração dos fatos narrados, serve de orientação para o deslinde da controvérsia, *in verbis*:

SÚMULA N° 250

*A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver **nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.***

Destaque-se, à guisa de ilustração, que contratos de caráter genérico, cuja redação autorize albergar uma pluralidade de serviços, inclusive viabilizando que os mesmos sejam definidos *a posteriori*, mediante requisições ou ordens de serviço emitidos pela Instituição de Ensino ou Fundação de apoio, são virtualmente impossíveis de serem inseridos no requisitos de projeto acadêmico específico. Nesse sentido, o entendimento do TCU: Decisão 267/98, Ata 37/98, 2ª Câmara; Decisão 881/97, Ata 52-97, Plenário.

A natureza temporária, acessória e necessariamente destinada à implantação de projetos que tenham por finalidade *desenvolver* as atividades de ensino, pesquisa e extensão, inerente às contratações efetuadas com base na Lei 8.958/94, tem sido reiteradamente afirmada por decisões do Tribunal de Contas da União. Vale transcrever aqui, pela objetividade e abrangência da análise, excerto de acórdão 777/2004, publicado no DJ de 02.07.2004, onde estão claramente assentados os requisitos que a referida Corte entende necessários para que se configure a validade dos contratos celebrados nos termos da Lei 8.958/94 (sem grifo no original):

*'(...) A interpretação pretendida discrepa da exegese firmada pelo Tribunal sobre o tema (...) no sentido de que os contratos por **dispensa de licitação**, com amparo no art. 1º, da lei 8.958/94, devem obedecer os seguintes quesitos:*

a) a instituição contratada tenha sido criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico;

a2) o objeto do contrato esteja diretamente relacionado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional;

b) a fundação, enquanto contratada, deve desempenhar o papel de escritório de contratos de pesquisa, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda, com a utilização de conhecimento e de pesquisa do corpo docente da IFES, ou de escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimento tecnológico realizados no âmbito das universidades;

c) o contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico;

d) os contratos para a execução de projeto de desenvolvimento institucional devem ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho da instituição beneficiada;

e) a manutenção e o desenvolvimento institucional não devem ser confundidos e, nesse sentido, não cabe a contratação para atividades de manutenção da instituição, a exemplo de serviços de limpeza, vigilância e conservação predial.

Encerrando essa linha propedêutica, insta sinalar, com a Corte de Contas, que é insuficiente, portanto, *para a contratação direta com base no art. 24, VIII, o fato de a entidade contratada preencher os requisitos estatutários no referido dispositivo legal, sendo necessário, também, que o objeto a ser contratado guarde estreita correlação com as atividades de ensino, pesquisa, ou desenvolvimento institucional* (Acórdão nº 1.803/10 - Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 28/07/2010).

5.2 Da dispensa de licitação e do contrato nº 37/2002.

Na linha do expendido na inicial, a contratação em referência teve como amparo a dispensa de licitação autorizada por ALBERI VARGAS, posteriormente ratificada por PAULO JORGE SARKIS (Evento 1; OUT2; p. 1), culminando na materialização **do contrato nº 37/2002**, assinado por CLÓVIS SILVA LIMA e RONALDO ETCHECHURY MORALES (Evento 1; OUT2, p. 5), tendo como objeto a disposição genérica de *prestação de serviços descritos na cláusula segunda e necessários à execução do Projeto Difusão Científica e Tecnológica*.

A ilegalidade do procedimento é flagrante, e as razões são várias.

Inicialmente, observo o instrumento contratual, em sua cláusula primeira (Evento 1; OUT2, p. 2), ao estabelecer o objeto, fez remissão genérica

a prestação de serviços descritos na cláusula segunda e necessários para à execução do projeto difusão científica e tecnológica.

Sucedo que, como bem aponta o MPF, tal projeto, embora remetesse a grandes objetivos institucionais, em verdade, tinha como escopo tão somente *dotar a instituição de recursos gráficos e computacionais para a publicação de livros, revistas e demais materiais didáticos*, conforme se depreende da leitura dos documentos vertidos com a inicial (Evento 1; OUT3, p. 1).

Nessa linha, o TCU (Relação nº 11/98, inserida na Ata 05/98, de **02.03.98**, Relator Ministro Waldir Campello), já tinha exarado determinação ao então Reitor da UFSM, PAULO JORGE SARKIS para que se procedesse a regularização do convênio de cooperação entre a UFSM, a FATEC, e a XEROX para a difusão da produção científica tecnológica, **na medida em que a XEROX se propõe a vender um serviço, não sendo o convênio o instrumento apropriado para esse mister**, conforme previsão no art. 1º, §1º, I, da IN STN nº 01/97.

É causa de perplexidade a este Julgador que, desde 1998, a UFSM tenha sido provocada pelo TCU a sanar a aludida irregularidade, tendo a mesma se repetido. Pouco crível, por conseguinte, que a Administração de fato acreditasse que tal procedimento fosse acobertado com o aval do art. 24, XIII, da L8666/93, na medida em que a Corte de Contas já tinha fulminado totalmente esse viés interpretativo.

Nada obstante, em face da determinação do TCU, houve interposição de recurso, tendo sido analisado mediante o Acórdão 380/2000 - Segunda Câmara, que reiterou o entendimento anteriormente vazado:

'Considerando que no convênio de cooperação firmado entre a UFSM, a Fundação de Apoio à Tecnologia e Ciência (FATEC), e a XEROX, para difusão da produção científica e tecnológica, a XEROX presta um serviço típico, que deve ser objeto de contrato, inclusive precedido de licitação'

Indaga-se, a partir dessas determinações, se era possível ainda crer que a negociação estampada no contrato nº **37/2002**, bem como sua respectiva determinação de dispensa de licitação, foi acobertada pelo selo da legalidade. A resposta, obviamente, só pode ser **negativa**.

Outrossim, vale trazer a lume as luzes consignadas na Decisão 1140/2002 Ata 32 - Plenário; Relator Vlamir Campello, que bem apontam a ilegalidade da dispensa (e, portanto, do contrato), *in verbis* (assinalei):

'realização de fotocópias, ainda que possa ser considerada uma prática corriqueira nas atividades de ensino, pesquisa e extensão, é tarefa de cunho comercial que pode ser realizada por qualquer pessoa jurídica, não se tratando de atividade, por definição, específica de ensino, pesquisa ou extensão ou, ainda, de atribuição típica de desenvolvimento institucional,

científico ou tecnológico. Pelas ruas das cidades, qualquer bar pode ter sua máquina de fotocópia e realizar tal serviço a quem dele necessitar. Não exige conhecimentos especializados e, portanto, não justifica a contratação de uma Fundação de Apoio para a execução de tais serviços. Considerando-se a informação de que as máquinas são operadas por servidores ou alunos (item 16.2.1), o mais adequado teria sido a própria UFSM ter realizado procedimento licitatório para locação de tais equipamentos, já que a mão-de-obra é fornecida por ela mesma. Alternativamente, poderia ter terceirizado tais serviços, abrindo licitação para locação, à empresas do ramo, das mesmas áreas atualmente ocupadas pelos pontos de xerox nas diversas unidades e cujo valor de aluguel reverteria aos cofres da UFSM e não da FATEC, pois tratar-se-iam de receitas próprias. Por esses motivos, far-se-á determinação no sentido de rescisão do contrato, realização de procedimento licitatório, ou para aluguel das máquinas, ou para locação dos espaços a fim de terceirizar tais atividades, bem como de que a UFSM se abstenha de firmar contratos com a FATEC que fujam ao escopo das Fundações de Apoio, nos termos do estabelecido pela Lei nº 8.958/94' (Evento 1; OUT2, p. 2, assinalei).

Oriento-me a partir desse provimento, que adoto como razões de decidir para **reconhecer como indevida a dispensa de licitação** oriunda do processo nº 23081.014066/2001-19 (Evento 1; OUT2, p. 1), bem como a **ilegalidade do contrato 37/2002** (Evento 1; OUT2, p. 2).

5.3 Da dispensa de licitação e do contrato nº 228/2003.

Na linha sustentada pelo *parquet* federal, corroborada pela declaração, na via policial, de ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS (Evento 1; OUT5), após a decisão final do TCU nº 1140/2002, cujo breve trecho transcrevi alhures, o contrato nº 37/2002 não foi renovado, extinguindo-se por término de prazo.

Sucedo que a UFSM, segundo alude a exordial, no afã de escapar de nova fiscalização do TCU, bem como mascarar a manutenção da irregularidade apontada, deu nova roupagem ao projeto, alterando sua denominação e alguns detalhes, **autorizando nova dispensa de licitação de celebrando o contrato nº 228/2003.**

Sob esse enfoque, vislumbro que a dispensa de licitação foi autorizada por ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS e, posteriormente, ratificada por PAULO JORGE SARKIS (Evento 1; OUT9). A seu turno, o contrato, firmado pelo então Reitor à época dos fatos, e por RONALDO ETECHURY MORALES, determinou como objeto do negócio a '*capacitação de servidores em recursos gráficos e computacionais utilizados na difusão científica e tecnológica e plano de trabalho*'.

Tal dispensa foi abrigada pelo parecer 312/2003, elaborado por VÍRGÍNIO PEREIRA NEVES FILHO e referendada por JORGE ADAIME FILHO (Evento 1; OUT10).

No entanto, em uma breve análise do projeto em referência (ICP, Vol II, p. 441 a 477), pode-se concluir que a razão está com o órgão ministerial.

Não obstante o projeto tenha adotado como objetivo geral a promoção de capacitação dos servidores para utilização de modernas tecnologias de produção documental, vislumbro, do cotejo de diversas passagens da minuta elaborada, que se tratava, de fato, de nova tentativa de proceder-se à dispensa indevida e contratação irregular para a aquisição de aparelhos, como já assinalado pelo TCU.

Tal conclusão ressaí, em síntese, das seguintes passagens:

(a) Dos objetivos específicos do projeto: Onde o primeiro desiderato lá elencado seria dotar as unidades universitárias com recursos gráficos e computacionais. Noutras palavras, adquirir os aparelhos.

(b) Na justificativa: Oportunidade em que foi expressamente declarado que o projeto reclamava disponibilização de recursos modernos de produção e reprodução de documentos e materiais impressos (ICP, Vol. II, p. 451)

(c) Na metodologia: Anoto, aqui, que a tentativa à burla a licitação é evidente, na medida em que restou elucidado que para a execução do projeto seriam locados e adquiridos equipamentos de última geração para a produção eletrônica ou digital de materiais gráficos e impressão em escala industrial. Outrossim, está expresso no documento que os equipamentos seriam locados, com opção de compra, no início do projeto, pelo período de 42 meses, findos os quais será efetivada a aquisição definitiva e incorporadas no patrimônio da UFSM. (ICP, Vol. II, p. 501).

Nessa direção, sinalo que a prova oral colhida durante a instrução processual é assente em demonstrar que se tratavam, em verdade, da mesma tentativa de adquirir equipamentos. À guisa de ilustração, RONALDO MORALES (Evento 310; AUDIOMP32) esclareceu que '*mas tem um deles que não foi executado e foi substituído pelo outro*', isto é, o contrato nº 37/2002 apenas teria sido substituído pelo contrato nº 228/2003. Ademais, a mesma testemunha foi categórica em pontuar que se tratavam de uma coisa só.

Penso, destarte, que, pelos mesmos argumentos despendidos no tópico pretérito (item 5.1, supra) e, considerando que o contrato nº 228/2003, de rigor, tão somente serviu de substituto do contrato nº 37/2002, o procedimento licitatório foi indevidamente dispensado, de forma a inquinar o instrumento contratual ora em exame.

5.4 Da contratação da empresa XEROX pela UFSM, sem licitação, por intermédio da FATEC.

Diante das considerações expostas nos item precedentes, reputo que a função precípua da FATEC nesse cenário foi, primordialmente, subcontratar a empresa Xerox Comércio e Indústria LTDA, para a compra de equipamentos.

Importa registrar, nesse mister, que a FATEC, enquanto contratada nos contratos nº 228/2003 e nº 37/2002 deveria utilizar-se de procedimento licitatório para adquirir materiais e contratar serviços.

É o que ressaí da leitura dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 8.666/93 e Lei n. 8.958/94, *in verbis* (grifei):

L 8.958/1994 (Dispõe sobre as relações entre as IES e as fundações de apoio)

Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta lei serão obrigadas a:

I - observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da administração pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;

II - prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;

III - submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;

IV - submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente.

L 8.666/93 (Lei de Licitações)

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

*Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as **autarquias**, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Ademais, o parágrafo único do art. 1º da L8666, preconiza que as infrações previstas nessa lei pertinem às licitações e aos contratos celebrados pela União, Estados, DF, Municípios e *respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e quaisquer outras entidades sob o seu controle direto ou indireto*. Vale dizer, abrange todas as entidades sujeitas à disciplina da lei de licitações.

Nessa perspectiva, não é crível que as fundações de apoio não estejam sob controle do Estado, ainda que indireto, se obrigadas, por um regime jurídico específico, por exemplo, a se sujeitar às normas regentes da licitação, ao prévio registro e credenciamento (renovável bienalmente) em órgãos do Executivo e à fiscalização (e, logo, controle de suas contas) pelo TCU.

Não é outro o posicionamento jurisprudencial:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE VESTIBULAR DE UNIVERSIDADE PÚBLICA. ARRECADAÇÃO E GESTÃO POR FUNDAÇÃO DE APOIO, MEDIANTE CONVÊNIO. LICITAÇÃO. CARTA MAGNA NACIONAL (ART. 37) E LEI 8.666/93. VESTIBULAR EM ANDAMENTO EM 1999. LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA PARA A UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS PELA FAU APENAS PARA AS DESPESAS DO CERTAME EM CURSO. REPASSE DO REMANESCENTE. PRESSUPOSTOS AUTORIZATIVOS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE E DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. EXTENSÃO SUGERIDA PELO PARQUET REGIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E NECESSIDADE DE DOCUMENTOS ATUALIZADOS. RECURSO IMPROVIDO. I - A liminar, inclusive em sede de medida cautelar preparatória de ação civil pública, pressupõe a concorrência dos requisitos da plausibilidade jurídica do pedido e do periculum in mora. O reexame do seu deferimento pela Corte Revisora passa, igualmente, pela análise de tais requisitos, nos termos e limites da decisão recorrida. II - A Carta Magna Nacional exige da Administração Pública (direta e indireta), para contratação de obras, compras e serviços, a utilização prévia de regular processo licitatório e, na contratação de pessoal, o instituto moralizador do concurso público. Logo, não se trata de faculdade, mas sim de obrigatoriedade. É relevantíssima, portanto, a tese da incidência do art. 37 da Lei Maior e da Lei 8.666/93 às fundações de apoio às universidades federais. III - (...). (AG 199901000316311, JUIZ FEDERAL REYNALDO SOARES DA FONSECA (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:13/02/2009 PAGINA:413.) (grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. TRANSFERÊNCIA. VERBAS FEDERAIS DESTINADAS AO SUS. ENTIDADE PRIVADA. CAUÇÃO EM CONTRATO DE ARRENDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. (...). 4. *Verifico que resta configurada a inobservância ao inciso I do art. 3º da Lei nº. 8.958/1994, que impõe às Fundações de Apoio a Instituições Federais de Ensino, como a FADE, a observância da legislação federal relativa às normas para licitações e contratos da Administração Pública, isto é, a Lei nº. 8.666/1993.* 5. (...). (AG 200105000354369, Desembargador Federal Hélio Sílvio Ourem Campos, TRF5 - Quarta Turma, DJ - Data::30/03/2006 - Página::949.) (grifei)

Ainda nessa direção, as fundações de apoio às instituições de ensino superior estão sujeitas a registro no Ministério da Educação, sujeitando-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da IFES (instituição federal de ensino superior), no caso a UFSM (art. 2º, III, e 3º, III, da Lei 8.958/94).

Fixada a extensão e pormenorizados os atos de improbidade administrativa, passo a analisar as condutas imputadas a cada um dos réus, à luz dos argumentos tecidos e em cotejo com o panorama probatório ora vertido.

6. Jorge Adaime Filho e Virgínio Pereira Neves Filho

Relata a inicial que os réus supra referidos, nas condições, respectivamente, de Procurador Geral da UFSM e Procurador Federal manifestaram-se favoravelmente à contratação da fundação de apoio (FATEC), a

despeito de plenamente cientes da irregularidade de tal operação, pois que, supostamente, contrariando frontalmente os textos normativos pertinentes.

Em sua defesa, os réus apregoam ser inviável sua condenação na presente ação de improbidade, na medida em que simplesmente externaram suas opiniões jurídicas, notadamente em virtude de que o parecer exarado ostentava cunho meramente opinativo.

Em réplica, o MPF refutou os argumentos despendidos pela defesa dos procuradores, clamando pela condenação dos mesmos pela prática de atos de improbidade administrativa. **Vejamos.**

6.1 Da responsabilidade do advogado público pela emissão de parecer.

No escólio de Maria Silva Zanella Di Pietro (*in* Direito Administrativo, 26ª Ed. p. 238) *o parecer é ato pelo qual os órgão consultivos da administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência*. Assim, por tratar-se de uma manifestação primordialmente técnica, não raro, se torna a própria motivação dos atos emanados pela Administração Pública. Nessa linha, em face da liberdade profissional que lhes é constitucionalmente assegurada, questionam-se quais os limites para a responsabilização de tais profissionais em decorrência de tais atos. Por esse ser o ponto nevrálgico da questão ora em exame, é que assento as considerações a seguir.

Nos termos da CF/88 (art. 133), os advogados *são indispensáveis à administração da justiça, sendo invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*. A evidência, tal preceito constitucional tem em mira resguardar a liberdade e autonomia dos causídicos, e, por certo, tal norma alberga a figura dos advogados públicos, conforme se depreende da leitura do art. 3º, §1º, da L8.906/94, *in verbis* (assinalei):

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

No entanto, a garantia em referência não detêm natureza absoluta, vale dizer, não pode servir de escudo para evadir a responsabilidade dos profissionais, em determinadas circunstâncias.

Há, portanto, nítido conflito de premissas nesse cenário. De um lado, centra-se a liberdade e autonomia e independência do advogado público,

condição indispensável ao pleno exercício do desiderato que lhe fora confiado pelo texto constitucional. Noutra giro, os Procuradores Federais devem respeito e observância aos princípios constitucionais que norteiam a Administração pública, notadamente a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). O respeitável ministro de nossa corte excelsa, JOAQUIM BARBOSA, já assentou que tais profissionais se submetem a um regime diferenciando, que *mescla características do regime jurídico dessa profissão liberal com as do regime jurídico dos servidores a que se submetem os advogados públicos*.

Nessa toada, é evidente que os advogados públicos devem atuar de forma autônoma, ostentando a prerrogativa constitucional de inviolabilidade por seus pareceres. Ressalvo, entretanto, que tal imunidade não é absoluta, devendo ser sopesada com as demais liberdades asseguradas constitucionalmente. Nesse norte, há de se focar a discussão na responsabilidade de parecer decorrente de procedimentos licitatórios mal sucedidos.

No caso em exame, o parecer elaborado pelos procuradores, ora demandados, afigurou-se como peça jurídica obrigatória, por força do impositivo do art. 38, da L8666/93, que reclama assessoria jurídica da Administração em procedimentos de dispensa ou de inexigibilidade, *in verbis* (assinalei):

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

Nessa seara, MARÇAL JUSTEN FILHO ensina, *in verbis* (assinalei):

'(...) a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos autos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões.' (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Ed., São Paulo. Dialética, 2007, p. 379.)

Invocando tal lição para o caso *in comento*, entendo que a assessoria jurídica, competente para emitir o parecer, assume a responsabilidade pela manifestação favorável pela dispensa de licitação, quando tal ato ostente defeito que deveria ter sido assinalado pelos procuradores.

Em que pese o *parecer técnico-jurídico que avaliza o procedimento de dispensa não guarde força vinculante*, não é admissível que os procuradores possam se escusar da responsabilidade, quando tenham agido com dolo ou desídia manifesta na elaboração do trabalho técnico.

Nessa direção, o STF, em diversas oportunidades, já se manifestou acerca da matéria ora versada. No mandado de segurança 24.073-3, firmou-se o entendimento de que o parecer não ostentava natureza de ato administrativo. Porém, sedimentou a lição de que é possível a responsabilização do parecerista, quando configurados: **(a)** erro grave; **(b)** ato ou omissão praticado com culpa ou dolo, *in expositis* (assinalei):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, 'Curso de Direito Administrativo', Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (STF - MS: 24073 DF , Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 06/11/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 31-10-2003 PP-00015 EMENT VOL-02130-02 PP-00379)

Em outra ocasião, sob a relatoria do eminente ministro Joaquim Barbosa, a matéria ganhou contornos mais firmes:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente

opinativa. Mandado de segurança deferido. (STF - MS: 24631 DF , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250)

Ressai, da leitura desse acórdão paradigmático, que a responsabilização do advogado parecerista é viável, desde que evidente a ocorrência de vontade deliberada de praticar determinado ato ilícito, ou quando restar configurada a existência de caso de imprudência, negligência ou imperícia, isto é, culpa em sentido estrito. É dizer, é evidente que o Advogado da Autarquia deve ter trato zeloso com as questões submetidas à sua apreciação, não se admitindo que a imunidade consagrada pela CF/88 sirva de manto para a perpetração de ilegalidades, tais quais irrogadas nestes autos.

Analisando amiúde o parecer opinativo em liça (Evento 1, OUT10), tenho por configurado erro crasso na elaboração da referida peça, tal qual sustentado pelo MPF, conforme passo a fundamentar.

Eis as conclusões exaradas pela assessoria jurídica (grifei):

É caso de contratação direta, respaldada pelos seguintes dispositivos legais: artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8666/93, artigo 1º, da Lei nº 8.958/94.

A lei nº 8.958/9, no seu artigo 1º, dispõe:

'Art. 1º - As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes'

Já o artigo 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, dispôs

Art. 24. É dispensável a licitação:

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Trata-se, no caso, da contratação da FATEC, pela Universidade, da prestação dos serviços necessários para a execução do PROJETO intitulado 'CAPACITAÇÃO DE SERVIDORES EM RECURSOS GRÁFICOS E COMPUTACIONAIS UTILIZADOS NA DIFUSÃO CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA', constante dos autos, às fls. 03/22

A hipótese dos autos coincide com o permissivo legal da dispensa de licitação. Os recursos financeiros, previstos em Plano de Aplicação de fl. 29, serão repassados à CONTRATADA, provenientes de prestação de serviços às Unidades da UFSM, mediante transferência de recursos orçamentários do projeto, bem como prestação de serviços à comunidade em geral, parcerias e convênios com instituições e empresas de caráter público e/ou privado e instituições fomentadoras de pesquisar e estudos, conforme consta na letra 'b', da Cláusula Segunda do Termo do contrato minutado e aqui sob exame.

Quanto a minuta, que rubriquei, não há o que retocar.

No caso de participação da UFSM nas atividades atribuídas à FATEC, como faculdade prevista no artigo 4º da Lei nº 8.858/94 deverão ser respeitadas as normas aprovadas pelo órgão de direção superior da UFSM, ressaltando o fato que tais atividades não poderão vir em prejuízo das atribuições normais dos servidores.'

Noto, da leitura da aludida peça, que não há elementos que apontem qualquer respaldo jurisprudencial ou doutrinário que tenham servido de base para a opinião. De fato, o parecer confeccionado limita-se a consignar que seria caso de contratação direta, sem minudenciar as peculiaridades da hipótese em apreciação.

É inaceitável, pois, que um parecer que opine sobre o procedimento deste jaez, isto é, uma dispensa de licitação cujo objeto era de tão grande vulto, tenha simplesmente entendido suficiente essa abordagem superficial do tema, em aberrante violação às disposições da L8666/93 e, em última análise, violando nossa Magna Carta.

A viabilidade de se afastar a responsabilização em decorrência de parecer somente pode ser admitida a partir da análise, *in concreto*, do mesmo, devendo-se verificar se *está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina e jurisprudência*. Presentes tais requisitos, consoante já sinalava Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*in* Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, 2ª Ed, 1995, p. 118), *não há como responsabilizar o advogado nem, sem consequência, a autoridade que se manifestou sem seu parecer*.

Não é o caso dos autos.

Nesse contexto, entendo que o erro na elaboração do parecer em referência foi de natureza grosseira, pela: **(a)** ausência completa de fundamentação; **(b)** falta de aviso acerca das divergências e dúvidas tangentes à viabilidade de enquadramento de tais contratos como hipótese de dispensa. Em tal ordem de idéias, cabe referir que os próprios procuradores, em juízo, foram categóricos ao informar que **tinham ciência dos apontamentos** do TCU.

Ilustrando:

'MPF: O senhor sabia que era necessário ter uma outra forma, que a forma que existia não era possível, é isso? O senhor tinha conhecimento dessa problemática então?

JORGE ADAIME FILHO: E eles também, porque o tribunal de contas já havia notificado.

(...)

JORGE ADAIME FILHO: É que me parecia na época tão tranquila essa questão.

MPF: Mas se o senhor tinha conhecimento desses apontamentos do TCU me parece que não era tão tranqüilo assim, não é? (Evento 310; AUDIOMP35).

'MPF: Já nessa época, não sei se o Sr. Saberia me informar isso, já era de conhecimento assim, especialmente dos procuradores da universidade a existência de divergências e apontamentos, de dúvidas, enfim em relação ao enquadramento desses contratos e as atividades da fundação?

Paulo: Sim, sim.

MP: Era de conhecimento geral?

Paulo. Sim, era' (Evento 345; AUDIOMP35).

Reitero, nesse passo, que era **obrigação** dos procuradores federais se manifestarem sobre as divergências em torno do tema, notadamente em virtude de ter sido matéria já ventilada em recomendação pretérita pela Corte de Contas. Vale, nesse diapasão, repisar a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, que prega que *havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões* (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Ed., São Paulo. Dialética, 2007, p. 379.)

De outro norte, as escusas apresentadas pelos réus em seus respectivos interrogatórios não devem prevalecer. Não é admissível que o mero argumento de que as luzes consignadas no parecer refletissem sua interpretação jurídica sobre a matéria sirva como justificava para evadir-se da reprimenda na presente ação de improbidade. Conforme exaustivamente destacado, a peça apresentada pelos profissionais falecia de fundamentação, bem como falhou em não assinalar a respeito das divergências que envolviam em torno do tema.

Ou seja, em verdade, do parecer não se depreende interpretação jurídica alguma, apenas uma simples reprodução de dispositivos legais, e a afirmação genérica, não é suficiente para justificar o enquadramento do permissivo legal no caso.

No ponto, cumpre repudiar as escusas dos réus em insistirem em suas que a punição buscada pelo MPF traduzir-se-ia em *perseguição de opinião jurídica*. Não se cuida de *oprimir a liberdade do pensamento do advogado público*, tampouco uma *tentativa de penalizar a atividade interpretativa da lei*. A questão que trata os autos diz respeito a pareceres mal elaborados, mal fundamentados, sem os alertas que lhe deveriam ter sido consignados, que culminaram por servir de espeque para procedimentos de dispensa e contratação levados a efeito em total arrepio ao direito vigente à época.

Também não se trata do *retorno do crime de opinião*, muito menos de *ditadura* (como sugeriu o réu JORGE ADAIME em sua manifestação oral), porquanto a democracia não pressupõe impunidade. Se os réus agiram negligentemente na elaboração de sua manifestação jurídica, não merecem tratamento privilegiado em virtude dos cargos que ocupam.

Cabe lembrar que a CF incumbiu à AGU as tarefas de consultoria e assessoria jurídica do Poder Executivo (ar t. 131). Por certo, a eficiência e cautela devem orientar a atuação de tal órgão no mister que lhe fora incumbido pelo constituinte, exigências estas não atendidas na situação retratada nos autos.

Por outro lado, não estou de forma alguma sugerindo que os procuradores federais devem se curvar ao entendimento firmado pelo TCU, tampouco pela jurisprudência pátria. Como já alertava Kelsen, a ciência jurídica é um quadro em branco, admitindo uma pluralidade de interpretações. Nessa linha, é evidente que os pareceristas poderiam entender de forma diversa da Corte de Contas acerca da viabilidade de dispensa de licitação nessa hipótese, todavia, eram obrigados a assinalar essa celeuma em sua peça consultiva.

Nessa perspectiva, como bem indicou o órgão ministerial, admitir a total irresponsabilidade do parecerista seria o equivalente a um privilégio sem precedentes no Estado Democrático do Direito, blindando-se tais profissionais autorizando-se uma irresponsabilidade ilimitada frente graves irregularidades, como é o caso apresentado nestes autos.

Em linha de reforço, realço que o procedimento da manifestação da Procuradoria se procedeu de forma demasiadamente veloz, dando margem à crer que houve certa desídia no tratamento da complexa matéria levada à apreciação da assessoria jurídica. Pontuo, ao enfoque, que, no dia 22/12/03, o réu SILVESTRE SELHORST exarou despacho, manifestando interesse na execução do projeto, encaminhando, ato contínuo, o projeto ao DEMAPA/UFSM (ICP, p. 472). Após, no mesmo dia, chegando ao DEMAPA, foi rapidamente analisado (ICP, fl. 479) para, na mesma data, ser encaminhado a procuradoria jurídica para análise (ICP, fl. 480), com a emissão do parecer de VÍRGÍNIO NEVES FILHO, com subsequente ratificação por VIRGINIO FILHO. Algumas horas depois, o contrato já havia sido assinado pelo então Reitor PAULO SARKIS e pelo Diretor Presidente da FATEC, RONALDO MORALES.

A velocidade que em que se procedeu toda a tramitação causa enorme estranheza a este Magistrado. Não obstante inexista qualquer elemento nos autos que indique que os procuradores tenham agido em conluio com os demais réus desta ação, é cristalino que tamanha agilidade no exame da matéria depõe contra os requeridos.

Em que pese não olvide da tese defensiva sustentada pelo réu JORGE ADAIME em seu depoimento, no sentido de que tal agilidade se deu em virtude da data em que se encontravam, tal assertiva não ilide o fato de que não se procederam as cautelas necessárias para a elaboração do documento.

Finalmente, não ignora este Magistrado acerca da decisão proferida pelo E. STJ, nos autos do HC nº 233619, a qual, todavia, não vincula este Juízo, considerando a independência das esferas penais e administrativas, bem como os requisitos próprios para o processamento de cada demanda.

Por tudo que se disse, entendo que os réus em referência, ao falharem na análise cuidadosa da questão, emitindo parecer mal fundamentado e, deliberadamente, omitindo a discussão tangente às recomendações pretéritas do TCU, violaram os princípios da **(a)** eficiência; **(b)** moralidade; **(c)** motivação; **(d)** interesse público, etc. Outrossim, na linha do expendido alhures, a improbidade administrativa decorrente de fraude ou dispensa indevida em procedimento licitatório gera presunção absoluta do dano ao Erário (L8429/92, art. 10, VIII), de sorte que os demandados devem ser condenados, como incurso nas sanções previstas no art. 10, da LIA (Lei de Improbidade Administrativa).

7. Clóvis Silva Lima.

A parte autora sustenta que o réu CLÓVIS SILVA LIMA, vice reitor à época dos fatos, confirmou a indevida dispensa de licitação e assinou o contrato n. 37/2002 pela UFSM, no montante de R\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais), tendo plena ciência da ilicitude que permeava tal contratação.

Em contrapartida, o requerido sustentou: **(a)** legalidade da dispensa licitatória, pois que baseada no art. 24, XIII, da L8666/93; **(b)** inexistência de dolo ou culpa em sua conduta, na medida em que apenas procedeu a assinatura de contrato por orientação do Procurador-Geral, bem como determinação do Próprio Reitor; **(c)** inexistência de prejuízo ao Erário, de sorte que descaberia a caracterização do ato ímprobo inculcado no art. 10, da L8429/92, não podendo o mesmo ser presumido; **(d)** discorreu, em memoriais, acerca das características fáticas que orientaram as condutas da UFSM e da FATEC, que, pela sua extensão, abordarei minuciosamente em tópico apartado, a seguir.

Passo à análise.

7.1 Da legalidade da dispensa de licitação (L8666/93, art. 24, XIII)

Questão já exaustivamente debatida. Reporto-me às ilações vertidas no **item 5** (e seus desdobramentos) do presente ato, a bem de evitar a tautologia, repelindo o propósito do requerido.

7.2 Inexistência de prejuízo ao Erário.

O argumento vai **afastado**, especialmente pelas ponderações declinadas no **item 13** (infra).

7.2 Inexistência de dolo ou culpa.

A escusa defensiva **não merece** vênia.

Em que pese seu envolvimento nos fatos trazidos a lume pelo MPF tenha se limitado à assinatura do contrato n. 37/2002, o mesmo tinha o dever, como representante da instituição máxima da Instituição de Ensino, de velar pela legalidade dos atos submetidos à sua apreciação.

Em seu interrogatório (Evento 310, AUDIOMP34), o requerido expressamente consignou que havia previsão de que a FATEC iria subcontratar a XEROX. Sob esse prisma, não é possível acreditar de que não sabia a burla ao procedimento licitatório que estava sendo procedida.

De mais a mais, o recurso de reconsideração intentado por CLÓVIS SILVA LIMA e PAULO JORGE SARKIS em face da decisão exarada pela Corte de Contas (DOU 31/01/97, p. 1887), foi indeferido por aquele sodalício, que alertou que *no convênio de cooperação firmado entre a UFSM, a Fundação de Apoio à Tecnologia e Ciência (FATEC), e a XEROX, para difusão da produção científica e tecnológica, a XEROX presta um serviço típico, que deve ser objeto de contrato, inclusive precedido de licitação.* (Acórdão nº 380/2000 - TCU, 2ª Câmara, Relator ADHEMAR PALADINI GHISI)

Nessa linha, muito embora o réu tenha negado possuir ciência acerca desses provimentos, é evidente que os registros do TCU gozam de presunção de legitimidade e veracidade, não tendo sido capaz de ser repelida pelo réu CLÓVIS.

É inofidável, de outra parte, que, como assinalado pelo próprio MPF, *que a extensão de responsabilidade do acusado é proporcionalmente inferior a dos demais demandados.* Isso porque o acusado não teve ingerências com a elaboração do projeto, tampouco com as negociações com a FATEC. De rigor, seu envolvimento, à simetria do réu RONALDO MORALES, foi a assinatura do contrato n. 37/2002, decorrente de dispensa indevida de licitação.

Encerrando, como os atos de improbidade que acarretem lesão ao Erário admitem a modalidade culposa, entendo que o réu não tomou as cautelas que eram devidas por ocasião da assinatura do contrato vergastado, razão pela responde pelos prejuízos causados aos cofres públicos.

8. Paulo Jorge Sarkis.

O Ministério Público Federal propõe a condenação de PAULO JORGE SARKIS, como incurso nas sanções do art. 10, da L8429/92, eis que, na condição de então Reitor, teria dispensado indevidamente licitação, fora das hipóteses autorizadas por lei, para a formalização dos contratos n. 37/2002 e n. 228/2003.

De outra parte, o demandado embasa a negativa do pedido pontuado que (a) incompetência funcional da reitoria para conduzir processos licitatórios, dispensa ou inexigibilidade; (b) natureza institucional de projeto inquinado; (c) inexistência do dano ao Erário.

De saída, sinalo que a participação do réu nos procedimentos de contratação são estremes de dúvidas nos autos, notadamente frente às dispensas de licitação oriundas dos processos n. 23081.0140666/2001-19 (Evento 1; OUT2) e n. 23081.015851/2003-51 (Evento 1; OUT9), e a formalização do contrato n. 228/2003 (Evento 1; OUT1). Logo, impende analisar as teses defensivas à luz da prova coligida aos autos.

8.1 Incompetência funcional.

Propõe a defesa sua absolvição sob fundamento de que não seria competência funcional do então Reitor conduzir procedimentos licitatórios e de dispensa. Nesse ínterim, argumenta que a portaria n. 42.906 da UFSM incumbe à Pró-Reitoria tais encargos, de sorte que descaberia sua responsabilização pelo ocorrido.

As teses devem ser **repudiadas**.

Nos termos do art. 26, caput, da L8666/93, existe a obrigatoriedade da comunicação, dentro de três dias, à autoridade superior acerca dos procedimentos de dispensa de licitação, cuja ratificação é condição de eficácia do ato administrativo e, acaso ignorada tal formalidade legal, o contrato não poderá ser celebrado, sob pena de responsabilidade do servidor que o fizer.

Há de se consignar que o escopo dessa norma é assegurar a lisura no procedimento de dispensa, coibindo atos e contratos ilegais tais quais apresentados nestes autos. Por evidente, o então Reitor à época dos fatos deveria ter tido trato mais zeloso com as questões submetidas à sua apreciação, sendo inaceitável que tente se evadir das imputações calcados em normas internas da instituição de ensino, tentando burlar à aplicação da legislação federal pertinente ao caso.

Noutras palavras, é inolvidável a responsabilidade da autoridade superior, não sendo a norma administrativa, de caráter infralegal, capaz, *per si*, de ilidir a pretensão do MPF.

Nessa via, releva registrar que, *mutatis mutandis*, a doutrina (GRECO FILHO, Vicente, Dos Crimes na Lei de Licitações 2ª Ed. p. 61) reputa como **sujeito ativo** do crime previsto no art. 89, da L8666/93, (*dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa e inexigibilidade*), o administrador que declara o procedimento, abarcando, dessa forma, a autoridade responsável pela ratificação do ato.

Ora, se a responsabilidade da autoridade superior prevista no art. 26, da L8666/93 é abarcada tanto para fins penais, não é razoável dar guarida à escusa defensiva na presente ação de improbidade administrativa.

Rechaço, nesses termos, a tese do requerido.

8.2 Natureza institucional de projeto.

Superada essa primeira tese, há se examinar ainda o argumento do réu, no sentido de que, por ocasião dos procedimentos inquinados, a L8958/98, carecia de regulamentação, não definindo, em contornos firmes, o conceito insculpido no art. 1º, inconsistência que só veio ser sanada a partir da MP 495, de 2010. Defendeu, ainda, a natureza de projeto institucional que trouxe avanços significativos à UFSM.

Sem qualquer razão, todavia.

Em primeiro lugar, é inaceitável o argumento de inexistência de regulamentação à época dos fatos, que pudesse induzir à conclusão de que se tratariam de procedimentos acobertados pela L8666/93, art. 24, XIII. Muito embora seja crível que a imprecisão técnica dos dispositivos pudessem conduzir à equívocos sobre o enquadramento legal de dispensa, não há como se sustentar tal linha interpretativa, notadamente em face da manifestação pretérita, em 1998, da Corte de Contas.

Consoante já discorri no item 5.1 (*supra*) do presente provimento, na sessão datada de 02.03.1998, a Segunda Câmara do TCU, ao julgar as contas da Universidade Federal de Santa Maria relativas ao exercício de 1996, deliberou, entre outras providências, no sentido de determinar que a aludida instituição de ensino regularizasse a situação de convênio entre a FATEC e a XEROX para difusão da produção científica e tecnológica, na medida em que a XEROX se propunha a vender um serviço, não sendo tal espécie de acordo o instrumento apropriado para tal intento, conforme previsão da IN STN, art. 1º. §1º, I, de 01/97, *in verbis* (DOU 31/01/97, p. 1887):

Art. 1º A celebração (assinatura de termo de convênio) e a execução de convênio de natureza financeira, para fins de execução descentralizada de Programa de Trabalho de

responsabilidade de órgão ou entidade da Administração Pública Federal, direta ou indireta, serão efetivadas nos termos desta Instrução Normativa. IN 7/2007

§ 1º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:

I - convênio - instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação

Tal decisão foi desafiada por recurso de reconsideração, onde o reitor (PAULO SARKIS) e o vice-reitor (CLÓVIS SILVA LIMA) buscaram a reforma do ato para reputar como devidamente regular os acordos firmados entre a UFSM, a FATEC, e a XEROX.

Todavia, tal alegação foi absolutamente rechaçada pela Corte de Contas (Acórdão nº 380/2000 - TCU, 2ª Câmara, Relator ADHEMAR PALADINI GHISI), que esclareceu que *no convênio de cooperação firmado entre a UFSM, a Fundação de Apoio à Tecnologia e Ciência (FATEC), e a XEROX, para difusão da produção científica e tecnológica, a XEROX presta um serviço típico, que deve ser objeto de contrato, inclusive precedido de licitação.*

Diante desses provimentos, beiraria à teratologia afirmar que os Administradores, de fato, acreditassem que tais contratos, sem licitação, fossem guiados pela legalidade. Vale ressaltar, nessa ordem de idéias, que o recurso de reconsideração foi intentado pelo próprio PAULO SARKIS, de sorte que avizinha-se à ingenuidade pensar que o mesmo não tivesse plena ciência da ilicitude de tais negociações

Dito de outra forma, em que pese houvesse carência legislativa, a alternativa mais razoável que se esperava dos requeridos seria obedecer à orientação do TCU, a qual, todavia, restou desprezada, caracterizando a figura do dolo.

Dessarte, conluo que o réu, deliberadamente, dispensou licitação, fora das hipóteses previstas em lei, por **duas vezes** (contratos n. 37/2002 e n. 228/2003), causando dano, ainda que imensurável, se enquadrando na previsão insculpida na L8429/92, art. 10, VIII, impondo-se, destarte, sua condenação pela prática de atos de improbidade administrativa.

Em segundo lugar, o fato dessas contratações terem promovidos avanços institucionais em nada altera a conclusão ora formulada, sendo irrelevante perquirir acerca das conseqüências benéficas para UFSM de tais procedimentos.

Está sob deliberação a legalidade estrita dos procedimentos de dispensa e das contratações da UFSM com a FATEC. **A condenação que estou a exarar é baseada estritamente no desrespeito à obrigação de licitar** (CF,

art. 37, XXI), ato calcado em desonestidade, má fé, que causa, sempre, prejuízo ao Erário, ferindo os preceitos constitucionais da isonomia, eficiência e moralidade.

Essa é a diretriz que está sendo dada ao caso vertente.

Avançando, buscando reforçar as conclusões supra expendidas, faço um apanhado geral da prova vertida aos autos, para demonstrar que ambos os instrumentos contratuais (n. 228/2003 e n. 38/2002) serviram para o mesmo intento e, desta sorte, os dois inquinados pela ilegalidade.

No IPL 090/2007, o ora demandado ANTONIO SÉRGIO FREITAS FARIAS se dirigiu à Delegacia de Polícia Federal, prestando depoimento, esclarecendo que (Evento 1; OUT5): diante da necessidade urgente de equipamentos de última geração que na ocasião somente a empresa Xerox do Brasil possuía, a UFSM tentou negociar diretamente com a citada empresa, visando a aquisição ou locação de diversas máquinas impressoras e reproduzoras. Hialino, assim, que a o objetivo perseguido pela UFSM não autorizava a dispensa de licitação.

No mesmo vértice, o então presidente da FATEC, RONALDO ETCHETCHURY MORALES (Evento 310; AUDIOMP36) discorreu que o projeto tinha como escopo adquirir máquinas. Provocado a dissertar sobre os contratos firmados (n. 228/02 e n. 37/2002), asseverou que o primeiro contrato não foi executado, tendo sido meramente substituído pelo outro. Nessa toada, reiterou que no seu entendimento se tratava da mesma coisa.

Nesse contexto probatório, é evidente a intenção do requerido em tentar burlar a licitação. Na ocasião da ratificação da dispensa indevida (processo n. 23081.014066/2001-19) o réu já havia sido instado pela Corte de Contas acerca da irregularidade. A mesma situação se repetiu na dispensa de licitação que deu azo ao contrato n. 228/02 (processo n. 23081.015851/2003-51), a despeito de, evidentemente, se enquadrar como a mesma tentativa de contratação irregular.

8.3 Inexistência do dano ao Erário.

Finalmente, urge rechaçar a defesa de PAULO SARKIS tangente às ilações de ausência de prejuízo ao Erário.

Conforme expendido em tópico pretérito (itens 4 e 5, supra), a aplicação das penalidades da L8429/92 independem da comprovação efetiva de dano ao Erário, conforme se depreende da leitura do seu art. 12, *in verbis*:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que

podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

De outro norte, é cediço que a dispensa indevida de licitação, *per si*, causa dano, ainda que inestimável, ao Erário, pois frustra a possibilidade da Administração alcançar a proposta mais vantajosa para a persecução do fim que almeja, bem como representa grave violação aos preceitos constitucionais da legalidade, moralidade, isonomia, entre outros.

Na mesma via (grifei):

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE. INDEVIDA DISPENSA DELICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DOMINISTÉRIO PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA DA EMPRESA CONTRATADA. PROVA DO PREJUÍZO. DANO IN RE IPSA. NECESSIDADE DE PRÉVIOPROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, INACUMULATIVIDADE DE PENAS E IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO QUE FOI RECEBIDO CARENTES DE PREQUESTIONAMENTO. DISCUSSÃO DOS TEMAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ. (...). A indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema. Precedentes da Segunda Turma. 4. (...) (STJ - REsp: 817921 SP 2006/0026590-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 27/11/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2012)

Frente esse quadro de argumentações, a condenação do réu PAULO SARKIS é a medida imperativa.

9. Ronaldo Etchetchury Morales.

No que tangencia a RONALDO MORALES, o órgão ministerial federal pontua que, na condição de representante da FATEC, firmou os contratos nº 37/2007 e nº 228/2003, apenas viabilizado mediante a dispensa indevida de licitação, de sorte que restaria configurado ato de improbidade administrativa.

Por outro lado, o demandado embasou seu pleito absolutório nos argumentos concernentes à: **(a) natureza administrativa e de responsabilidade exclusiva da UFSM acerca dos procedimentos de dispensa de licitação; (b) natureza inexigível da licitação; (c) impossibilidade da condenação em decorrência de dano presumido; (d) inexigibilidade de conduta diversa**, na medida em que os procuradores federais responsáveis pela interpretação da lei teriam dado parecer favorável à dispensa na hipótese versada.

Não obstante a magistrada federal que me precedeu ter entendido presença de indícios aptos a embasar a manutenção da tramitação da presente ação de improbidade, entendo, nesse juízo de plena cognição, que não há elementos capazes de induzir à um decreto condenatório a este requerido.

Explico.

9.1 Do depoimento pessoal do réu RONALDO.

Em seu interrogatório (Evento 310; AUDIOMP36), na via judicial, o denunciado discorreu que era presidente da FATEC, por ocasião da celebração dos contratos n. 228/2003 e n. 38/2002, cujas principais ponderações entendo pertinente sintetizar a seguir:

(a) Relacionou que para um projeto ser executado pela FATEC, a UFSM deveria demonstrar interesse no mesmo, seja para capacitação de servidores públicos. Evoluindo o raciocínio, afirmou que, na medida em que o projeto apresentado pela instituição veio acompanhado de aval da Procuradoria Jurídica da IFES, assentindo que se tratava de hipótese de contratação direta, assinou o instrumento contratual.

(b) Reiterou que entendia que o projeto elaborado estava intimamente ligado com os interesses da UFSM, de sorte que reputava a conduta de dispensa de licitação inteiramente válida, nos termos do art. 24, XIII, da L8666/93.

(c) Em remate, afirmou que seu papel nos ajustes irregulares foi tão somente a assinatura da contratação, tendo que só havia anuído com a assinatura do negócio conquanto a UFSM manifestou interesse na formalização do contrato.

(d) Como representante da FATEC, assinou os dois contratos, não tendo ciência acerca do conteúdo dos acordos firmados. De outro norte, afirmou que conhecia as irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas da União, todavia, aduziu que a UFSM tinha corrigido as incongruências, de sorte que tinha plena crença que tais relações estavam pautadas na estrita legalidade.

Pois bem.

Da análise acurada dos autos, entendo que não existem elementos suficientes para conferir credibilidade à tese sustentada pelo MPF. O que ressaí da leitura da peça inicial, é que a conduta dita ímproba que teria sido praticado pelo réu RONALDO seria a mera assinatura dos contratos nº 37/2007 e nº 228/2003, com ciência da irregularidade que os inquinavam.

Não foi o que ocorreu no caso.

Veja-se que o requerido, em contraponto à linha argumentativa da parte autora, consignou que jamais houve qualquer notificação, a ele dirigida, acerca das irregularidades averiguadas pelo TCU. Da mesma sorte, não era o responsável pelas despesas do Projeto, tampouco teve qualquer ingerência na elaboração do mesmo. Nessa linha, evidencia-se que a pretensão do *parquet* é basicamente jungida no fato do mesmo ter sido o diretor da FATEC, à época das contratações, **o que não merece trânsito.**

Ademais, o réu em seu interrogatório foi bastante claro ao informar que, na condição de presidente da FATEC, simplesmente firmou o contrato com

a UFSM, não havendo, de sua parte, participação decisiva, seja nas negociações, seja no desenrolar posterior relativo ao seu cumprimento. Outrossim, é mister salientar que o requerido não detém formação jurídica, de forma que não seria razoável crer que estava em conluio com os Administradores da UFSM, para levar a efeito dispensa indevida, **notadamente quando tal procedimento já havia sido avalizado pela Assessoria Jurídica da IFES.**

Embora não ignore que a ação de improbidade administrativa ostente natureza cível, a situação comporta uma analogia (*in bonam partem*) com a figura de erro de proibição (CP, art. 21), isto é, *o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena.*

Vale lembrar que a disciplina dos atos de improbidade está encartada como integrante do direito sancionatório e, por isso, muitos dos institutos do direito penal podem ser transpostos para o âmbito civil, dentre esses o erro de proibição, mormemente nas condutas de improbidades administrativas. Nessa linha (destaquei):

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ERRO. REGIME DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. EMPREGO. INICIATIVA PRIVADA. Não se pode reputar ímproba a conduta de servidor público titular de cargo em comissão que omite vínculo de emprego com pessoa jurídica de direito privado, em declaração para fins de inclusão em regime de dedicação exclusiva, se a prova dos autos revela erro escusável quanto à extensão e alcance da proibição do exercício de qualquer atividade estranha ao do cargo público em comissão. Afigura-se escusável o erro de vedação do exercício de atividade privada remunerada fora do horário do trabalho público. O erro escusável quanto à compreensão da vedação total do exercício de outra atividade remunerada fora do horário de trabalho público exclui o dolo e a culpa na conduta exigidos para a tipificação do ato de improbidade administrativa. Recurso dos Réus provido. Recurso do Autor prejudicado. Voto vencido. (Apelação Cível Nº 70049015522, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 14/11/2013) (TJ-RS - AC: 70049015522 RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 14/11/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/11/2013)

Na espécie, o então diretor da FATEC jamais foi notificado da irregularidade do contrato n. 38/2002 pelo TCU, bem como o contrato n. 228/2003 foi celebrado com fulcro na dispensa de licitação emanada do processo n. 23081.015851/2003-51, que, a seu turno, teve parecer favorável apresentado pela Procuradoria.

Sendo o réu epigrafado leigo em ciências jurídicas, não haveria como se esperar que pudesse ter conhecimento da ilicitude da sua conduta, vale dizer, era impossível, em ambos os momentos, que o réu tenha agido com o dolo ou culpa em suas condutas.

Reitero que a improbidade administrativa visa coibir a má-fé e desonestidade do agente, potencializada pelo elevado grau de culpabilidade, não se coadunando com a situação desse requerido.

Nesse diapasão, colhe-se do escólio de EMERSON GÁRCIA E RÓGERIO PACHECO ALVES que *trata-se, na verdade, de aplicar as regras relativas à distribuição do ônus da prova, previstas no art. 333 do CPC. Assim, a dúvida capaz de levar à improcedência do pedido é daqueles que recaem sobre os fatos constitutivos do direito do autor (o ato ilícito), sendo estes, a nosso juízo, o sentido e o alcance do in dubio pro réu (in Improbidade Administrativa, 3ª edição, Ed. Lumen Juris, págs. 664/665).*

As sanções impostas pelo legislador ao acusado pela prática de ato ímprobo são deveras severas. Dessa forma, sua aplicação deve ser calcada em um suporte fático de provas robustas e irrefutáveis, o que não se verifica na hipótese em exame.

Dando supedâneo ao juízo absolutório, segue o seguinte aresto:

ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NOMEAÇÃO DE SERVIDORES POR PERÍODO TEMPORÁRIO - DOLO E CULPA - AUSÊNCIA DE PROVA - SANÇÃO - INAPLICABILIDADE. Não subsiste a imputação de improbidade administrativa, diante da falta de prova ou de indício forte de dolo ou de culpa grave na prática de atos de contratação temporária de servidores autorizada em legislação local, que goza da presunção relativa de constitucionalidade. Sentença confirmada no reexame necessário. (TJ-MG 103130721143480011 MG 1.0313.07.211434-8/001(1), Relator: BARROS LEVENHAGEN, Data de Julgamento: 01/10/2009, Data de Publicação: 19/10/2009)

Improcede, assim, a pretensão deduzida em desfavor de RONALDO ETCHECHURY MORALES. Por conta disso, resulta despiciendo a apreciação das demais teses defensivas.

10. Silvestre Selhorst.

Nesse particular, o Ministério Público Federal irrogou ao réu em referência a conduta de frustrar a licitude de procedimento licitatório, ou dispensar o mesmo indevidamente, por duas vezes, para realizar a compra de equipamentos da empresa Xerox Comércio e Indústria LTDA, no montante de R\$ 1.039.000,00 (um milhão e trinta e nove mil reais) e de R\$ 85.500,00 (oitenta e cinco mil e quinhentos reais).

Em sua defesa, o réu sustenta **(a) inaplicabilidade da L8429/92** a ele, uma vez que a FATEC era entidade de Direito Privado, sendo que o demandado era contratado pelo regime celetista, não podendo ser considerado agente público; **(b) a natureza de projeto de desenvolvimento institucional dos projetos apontados como irregulares;** **(c) desnecessidade de se proceder licitação a espécie;** **(d) inexistência de dolo e de enriquecimento ilícito;** **(e) inexistência de prejuízo ao Erário Público;** **(f) inexigibilidade da licitação;** **(g) natureza privada dos recursos que subsidiaram a execução do projeto.**

Examino.

10.1 Inaplicabilidade da L8429/92 ao réu SILVESTRE.

Equivoca-se o réu ao sustentar a inaplicabilidade da LIA em relação a ele, conforme abaixo esclarecido.

A FATEC, à época dos fatos, era uma fundação de apoio, ostentando personalidade de direito privado, para a promoção de integração entre a Universidade, Empresa e Estado, sendo mantida, parcialmente, por recursos públicos decorrentes de contratos e convênios celebrados com diversas instituições públicas, conforme ressaltado da lição de Leonardo Pantaleão (*in* Fundações Educacionais. Atlas. 2003), em obra citada pela douta procuradoria, *in verbis*:

As fundações de apoio são 'instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico', atividades estas sempre ligadas ao interesse das instituições federais contratantes (art. 1º da Lei nº 8.958/94).

Tal instituições têm como principal objetivo justamente complementar pesquisas, colmatando eventuais lacunas (especialmente de ordem técnica) que existam nas instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica

Portanto, entendo que a Fundação de Apoio em referência se enquadra no conceito normalmente aventado pela doutrina como o *Terceiro Setor*. Entende-se por essa expressão as entidades de sociedade civil sem fins lucrativos, que desempenham atividades de interesse social, mediante vínculo formal de parceria com o estado.

Entre as qualidades que apresentam o *Terceiro Setor* cito, à guisa de exemplificação: **(a)** criação mediante iniciativa privada; **(b)** ausência de finalidade lucrativa; **(c)** não integração à Administração Indireta; **(d)** desempenho de atividades de relevância social; **(e)** vínculo negocial com o Estado; **(f)** recebimento de benefícios públicos.

Não há como se negar, destarte, que a FATEC se coaduna com todas as linhas características do chamado terceiro setor. Via de consequência, conforme leciona a doutrina, *em virtude da parceria formal e do recebimento de vantagens por parte do poder público, as entidades do Terceiro Setor encontram-se abrangidas pelo art. 1º, da Lei 8.429/1992 e podem ser sujeitos passivos da improbidade administrativa (in ASSUMPÇÃO NEVES. Daniel Amorin e REZENDE OLIVEIRA. Rafael Carvalho. Manual de Improbidade Administrativa. Direito Material e Processual. 2ª Ed. p. 40).*

Veja-se que a conduta do requerido, dispensar indevidamente procedimento licitatório, se coaduna perfeitamente com as condutas descritas no art. 1º, da L8429/92, *in verbis*:

art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Destarte, o fato de a FATEC deter personalidade jurídica de direito privado não se afigura, por si, como óbice à incursão das reprimendas previstas pela L8429/92. Enveredar caminho inverso, acolhendo a tese do réu SILVESTRE seria autorizar, por via transversa, que os controladores da Fundação de Apoio, a despeito de gerenciar quantias oriundas dos cofres públicos, possam esquivar-se das penalidades previstas na LIA, o que não pode prosperar.

Cabe pontuar, nessa trilha, que o legislador pretendeu a responsabilização de todos aqueles que tenham, de qualquer maneira, levado a efeito ou concorrido para a prática de ato ímprobo, conforme se infere da leitura acurada do art. 3º, do diploma legal sancionador:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Dito de outra forma, impõe-se o máximo rigor e cautela na aplicação do dinheiro público, indisponível por natureza, de sorte que entendo que os dirigentes das Fundações de Apoio, por gerenciar recursos oriundos de Entidades Públicas, devem obediência aos preceitos da moralidade e probidade administrativa.

Corolário lógico, dispensas indevidas de procedimentos licitatórios que deveriam ter sido realizados pela FATEC, por evidente, se enquadram no conceito de improbidade administrativa, por imperativo legal (L8429/92, art. 10, VIII), razão pela qual a autoridade responsável pelo ato inquinado está sujeito às sanções delineadas na Lei de Improbidade Administrativa.

Na mesma direção, o STJ já acentuou *que o sujeito particular submetido à lei que tutela a probidade administrativa, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. Com relação a esta última somente se afiguram*

incompatíveis as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (REsp 1038762/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDATURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009).

Em suma, o particular, *in casu*, o Secretário Executivo da FATEC, deve se curvar aos preceitos norteadores das condutas administrativas. Nesse viés, praticando atos que importem em enriquecimento ilícito, dano ao Erário ou violação aos princípios regentes do Direito Administrativo, fica sujeito às penalidades cabíveis.

Supero o argumento.

10.2 Da obrigatoriedade da FATEC licitar.

Conforme já pontuado no **item 5.3**, a submissão da FATEC à L8666/93, enquanto contratada com a UFSM é inegável. Prevalecendo entendimento contrário, estar-se-ia autorizando a instituição de ensino, ente submetido ao art. 37, da CF, por via oblíqua, afastar-se dos necessários procedimentos licitatórios previstos na Lei de Licitações.

Fortalecendo a conclusão, o TCU já destacou *que a entidade está sujeita à referida Lei de Licitações sempre que se relacionar com as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica para a execução de convênios e até mesmo de contratos que envolvam a aplicação direta ou indireta dos recursos públicos dessas instituições. De outra forma estar-se-ia permitindo a referida intermediação e, conseqüentemente, a burla ao procedimento licitatório* (Acórdão 371/2005 - Plenário).

10.3 Inexistência de enriquecimento ilícito e prejuízo.

O argumento no sentido de inexistência de enriquecimento ilícito do réu SILVESTRE SELHORST desborda dos lindes desta ação civil pública, pois que esse fato sequer é aventado na peça inicial.

Por outro lado, o MPF atribuiu a este requerido a prática de dispensa indevida de licitação. Em desdobramento, por força de impositivo legal (L8429/92, art. 10, VIII) o dano decorrente de tal ato é preconcebido por lei, de forma que a inconformidade do réu deve ser rechaçada.

10.5 Inexigibilidade de licitação.

O réu SILVESTRE, na condição de Secretário Executivo da FATEC, teria frustrado a licitude do processo licitatório ou dispensado o mesmo indevidamente, por duas vezes, para a compra de equipamentos da empresa Xerox Comércio e Indústria Ltda, no montante de R\$ 1.039.000,00 (um milhão,

trinta e nove mil reais) e de R\$ 85.500,00 (oitocentos e cinco mil e quinhentos reais).

De outra parte, o réu defende a legalidade dos atos impugnados, asseverando que houve a estrita obediência dos procedimentos legais, pelos fundamentos que passo a analisar.

Discorre o réu que o MPF teria omitido que o acordo celebrado entre a UFSM e a FATEC se trataria de contrato, não de convênio, sendo tal acordo permitido pelo art. 1º, da L8958/94. Todavia, a discussão é irrelevante para o deslinde dos atos de improbidades imputados àquele, porquanto a ilegalidade praticada pelo réu SILVESTRE se configurou, em tese, entre a contratação da Xerox Brasil pela Fundação de Apoio sem os procedimentos licitatórios pertinentes.

De outra via, segundo relata SILVESTRE (Ev. 366), consoante extrato de receitas do projeto (IPL, p. 517 a 523), consta um total recebido de 2003 a 2008 de R\$ 3.516.331,07. De tal montante, somente R\$ 1.226.536,70 seriam oriundos dos cofres da UFSM, sendo que o restante seria de origem exclusivamente privada. Na mesma toada, assevera que os contratos com base na L8958/94 não estão entre os instrumentos que se caracterizariam como repasse de recursos públicos. Aludiu, igualmente, que os valores pagos à FATEC pela UFSM operaram-se mediante fatura de prestação de serviços, de sorte que descaberia a incidência da L8666/93.

Examino.

Em que pesem as alegações de que grande parcela dos recursos eram de natureza privada, o réu não alude, em qualquer momento, a **destinação dos recursos repassados pela UFSM**. Cabe registrar, nesse particular, que esse é o fato mais perturbador da presente demanda.

Na medida em que os recursos advieram da cobrança de terceiros pelos serviços de cópias, o que sucedeu com o excedente de valores investidos pela UFSM? Entrementes, como a celeuma tangencia a matéria referente ao dano causado pelas contratações ilícitas, relego para momento ulterior a apreciação desse argumento.

Finalmente, cumpre averiguar a legalidade dos procedimentos de declaração de inexigibilidade de licitação levada a efeito pelo réu SILVESTRE.

Da documentação vertida aos autos (Autos de Expediente; IPL, Vol. III. p. 560 a 596), vislumbro que ambas as dispensas de licitações, por inexigibilidade, foram calcadas no mesmo fundamento: **exclusividade de fornecedor** (L8666/93, art. 25, I).

Eis os dispositivos legais que interessam ao deslinde da questão:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

(...)

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Observo que a razão socorre ao réu.

No projeto original elaborado pela UFSM (Autos de Expediente, Vol. II, p. 460), a relação de equipamentos que deveriam ser locados em 42 meses com opção de compra (*leasing*), que foram assim sintetizados:

Quantidade	Equipamento	Descrição	Valor Unitário	Valor total
03	S421	Copiadora/Impressora digital 21 páginas por minuto	14.337,78	43.013,33
01	F423	Copiadora/Impressora Digital 23 páginas por minuto	46.522,31	46.522,31
01	DP75	Impressora Laser de Produção 75 páginas por minuto	267.968,52	267.968,52
01	6136	Publicadora Digital de Produção 135 páginas por minuto	1.210.595,84	1.210.595,84
			TOTAL	1.568.100,00

Com efeito, nos elementos que aportaram o IPL (Vol. III, p. 560 a 582) verifico que o requerido observou as formalidades legais necessárias para o procedimento de inexigibilidade.

Naquele expediente, houve o primeiro requisito reclamado para a declaração de inexigibilidade (*a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes*). De fato, os aparelhos 'WorkCentre Pro 423, na versão F423, Marca Xerox' (p. 566) 'Docuprint 75, Marca Xerox' (p. 567), 'Docutech 6135/6136, Marca Xerox' (p. 568) 'Worcentre Pro 420 na Versão 421, Marca Xerox' (p. 396), tiveram atestado de exclusividade de comercialização conferido à empresa Xerox Comércio e Indústria LTDA.

Descabe atribuir responsabilidade do réu SILVESTRE pelos produtos especificados no projeto elaborado pela UFSM. Nesse norte, evidenciado que inexistia mercado concorrencial apto a subsidiar uma licitação, conforme as declarações acima pontuadas, conclui-se que o réu agiu dentro dos limites da legalidade.

Por outro lado, não há que se falar em falta de motivação dos atos declaratórios de inexigibilidade de licitação. Isso porque, segundo os documentos que instruíram a própria inicial (Evento 1, OUT14), houve a devida exposição de fundamentos fáticos e jurídicos que embasaram o ato do requerido, qual seja, a exclusividade de comercialização do objeto a ser adquirido pela FATEC.

Assim sendo, o MPF não foi capaz, seguramente, de demonstrar ilegalidade nesse procedimento, que, ao que parece, foi calcado na estrita observância dos requisitos legais.

Ausente elementos robustos que apontem a ilegalidade do procedimento apontado, impõe-se a absolvição do réu SILVESTRE SELHORST.

Nessa via (assinalei):

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART , 23, I, DECRETO-LEI 2.300/86. INSUFICIENCIA PROVAS. IMPROVIMENTO. 1- Ação popular em que objetivou a declaração de nulidade do contrato TO - 54000/54020/2011/89, estabelecido entre a TELEMS e CSE sob a alegação de que foi celebrado com vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivo e desvio de finalidade, requerendo que os réus restituíssem aos cofres da TELEMS os valores decorrentes dos prejuízos que deram causa ou pagassem as perdas e danos a serem apurados em liquidação de sentença. 2- A qualificação da ré como detentora exclusiva dos materiais comprovou a impossibilidade de licitação e por consequência sua inexigibilidade, não há, portanto, de imputar qualquer vício ao contrato questionado, apenas sob o fundamento da ausência de prévia licitação. Embora outros fatores ou motivação para celebração do contrato, como fator preponderante no reconhecimento da legitimidade da atuação dos réus. 3- Com efeito,

estabelece o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo do direito que alegou. 4- A falta de sistema de telefonia efetivo na cidade, revela que em princípio o ato foi revestido de motivação no interesse público, pois a parte autora não produziu prova em sentido contrário, o mesmo em relação à alegação de superfaturamento, nenhuma prova pericial foi produzida nesse sentido. 5- Não foi produzida prova das alegações contidas na inicial, fosse no que se refere à irregularidade do processo licitatório, fosse quanto a superfaturação ou à falta de motivação para celebração do contrato, alias, conforme exposto na manifestação do Ministério Público às fls. 1814/6. 6- Reexame necessário não acolhido. (TRF-3 - REO: 3264 MS 0003264-92.1993.4.03.6000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, Data de Julgamento: 21/02/2013, TERCEIRA TURMA)

Aqui, uma derradeira anotação se impõe.

Muito embora analisada a legalidade do procedimento de inexigibilidade realizado entre as negociações entre a FATEC e a XEROX, isso não serve de esteio para validar a dispensa de licitação operada para a contratação entre a UFSM e a FATEC. Tudo porque, diferentemente da fundação de apoio, a Instituição de Ensino não realizou os procedimentos mínimos exigidos para embasar um ato de dispensa, valendo-se de interposta pessoa jurídica para subcontratar a empresa almejada, **violando o dever de licitar.**

Também nessa direção, cabe o registro de que a especificação dos objetos a serem adquiridos no projeto elaborado pela UFSM já aportaram na FATEC de forma pré-determinada, vale dizer, não existia qualquer possibilidade da fundação de apoio alterar os critérios erigidos pela Autarquia a respeito das máquinas objeto dos contratos de *leasing*.

Seguramente, as exigências de características dos produtos levantadas na UFSM no projeto elaborado não poderiam constar em qualquer edital licitatório, considerando as tais especificidades certamente induziriam ao reconhecimento da exclusividade de fornecedor, fraudando, pois, a própria essência da licitação. Necessário pontuar, ainda, que tal ato, por parte da instituição de ensino, revela um nítido favoritismo do poder público, em franca violação aos princípios da isonomia e da moralidade administrativa.

Em poucas palavras, o detalhamento das máquinas no projeto da UFSM induziu à inexigibilidade de licitação no âmbito subalterno da FATEC. Como não cabia ao réu SILVESTRE discutir tais imposições da autarquia, por certo não pode ser responsabilizado. Isso, porém, não serve de escudo aos administradores, que remanescem responsáveis pela burla à licitação demonstrada nos autos.

Portanto, a absolvição do réu SILVESTRE em nada afeta o juízo desfavorável formulado em relação aos outros réus, que continuam responsáveis pela ilegalidade das contratações entre a UFSM e a FATEC.

11. Alberi Vargas.

Narra o MPF, em sua peça inicial, que o réu ALBERI VARGAS, atuando na condição de Pró-Reitor da Administração da UFSM, teria dispensado licitação, fora das hipóteses permitidas, para a posterior materialização do contrato n. 37/2002.

Em linha de defesa, o demandado embasa a negativa do pedido nos fundamentos tangentes a: **(a)** falta de justa causa para o manejo da presente ação civil pública, na medida em que não houve qualquer prejuízo ao Erário; **(b)** legalidade da dispensa licitatória levada a efeito; **(c)** falta de objetividade acusatória, conquanto não teria sido delimitada a capitulação dos fatos irrogados ao réu na L8429/92 de forma clara; **(d)** inexigibilidade de conduta diversa, frente a existência de parecer jurídico favorável ao procedimento impugnado, ilações estas que passo a analisar.

11.1 Falta de justa causa (inexistência de Prejuízo ao Erário).

Não merece guarida a tese ventilada.

Já pontuei, em mais de uma oportunidade neste *decisum*, que a frustração ou dispensa indevida do procedimento licitatório enseja a configuração de improbidade administrativa, na modalidade de atos que causam lesão ao erário, presumida. Destarte, é prescindível que o requerente demonstre concretamente a lesão aos cofres públicos para a incidência da norma, na medida em que o dano é preconcebido por lei (L8429/92, art. 10, XIII).

Afasto, portanto, a alegação.

11.2 Legalidade da dispensa de licitação.

Outro ponto já superado.

Reporto-me às considerações tecidas em tópicos pretéritos (**item 5**, e seus desdobramentos e **item 8.2**, supra), refutando a alegação.

11.3 Falta de objetividade da peça acusatória.

Na decisão exarada ao Evento 40, a Magistrada Federal que me antecedeu teve oportunidade de apreciar o argumento em cotejo, pontuando *que o enquadramento legal dos fatos na petição inicial é questão a ser resolvida em sentença. Ao autor cabe apresentar os fatos; aos réus, defender-se; ao Juiz, fazer o eventual enquadramento legal do que foi apurado durante a instrução. Gize-se, neste particular, que eventual tipificação equivocada pelo autor não causa a inépcia da inicial, já que o essencial à demanda é a narração fática.*

Partilho, com efeito, de tal entendimento, de sorte que **rechaço** a tese.

De qualquer sorte, houve atribuição específica aos réus na presente ação de improbidade administrativa da prática dos atos previstos no art. 10, VIII e art. 11, *caput*, da L 8429/92.

Assim sendo, a irresignação deve ser elidida.

11.4 Do comportamento do réu ALBERI VARGAS.

Urge examinar as condutas imputadas ao réu ALBERI VARGAS.

O MPF relata que o demandado, na condição de Pró-Reitor da Administração da UFSM, teria autorizado a dispensa de licitação de forma ilícita para a materialização do contrato n. 37/2012, a qual foi posteriormente ratificada pelo então reitor, à época dos fatos PAULO JORGE SARKIS, no montante de R\$ 1.6000.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais). Nessa esteira, tal requerido era ordenador das despesas da Instituição de Ensino, tendo recebido, por meio da Portaria n. 42906/2002 a competência para deliberar acerca de questões concernentes à procedimentos licitatório, destacando-se, nesse íterim, a atribuição para autorizar dispensas de licitação. Logo, sendo titular de tal cargo, desempenhando com habitualidade atividades concernentes à Licitações e Contratos Administrativos, seria inaceitável que o réu tivesse autorizado sem consciência da ilicitude um procedimento de dispensa com objeto ordinário, de prestação contínua, com clara preferência por marca e fornecedor.

De fato, não há como negar a participação efetiva do requerido nos procedimentos (ilegais) de dispensa de licitação, pelas razões abaixo expendidas.

Em primeiro lugar, vislumbro dos autos que a dispensa de licitação (processo n. 23081.014066/2001-19, carreada ao Ev. 1; OUT2, p. 1) foi **autorizada** pelo Pró-Reitor da Administração, ALBERI VARGAS, e **ratificada** pelo então Reitor, PAULO JORGE SARKIS.

Releva referir, nesse diapasão, que a Portaria n. 42.906, de 13/02/2002 é expressa em atribuir competência à Pró-Reitoria para a prática de atos de dispensa de licitação, nos termos da legislação vigência (Evento 80; PORT12).

Nos termos do art. 26, da L8666/93, a dispensa de licitação é autorizada pelo Pró-Reitor, sendo posteriormente ratificada pela autoridade competente. Significa dizer *que a decisão da autoridade competente deverá ser submetida ao superior hierárquico para ratificação e publicação na imprensa*

oficial, no prazo de cinco dias como condição de eficácia do ato (in MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 259).

Em linha de desdobramento, é evidente que a autoridade aludida nesse dispositivo ostenta competência decisiva para autorizar atos de dispensa de licitação, sendo que a ratificação pelo superior hierárquico afigura-se como condição de eficácia do procedimento. Dessa forma, **não** procede o argumento de ALBERI VARGAS, no sentido de que sua participação na espécie não teria qualquer conteúdo decisório, tampouco opinativo.

Em segundo lugar, entendo que resta caracterizado o dolo na conduta do requerido, como ilustro a seguir.

No termo de declarações prestado na via policial, (Autos de Expediente Digitais; IPL; Vol. I, p. 10 e ss.), ALBERI afirmou que: (assinalei):

'Que é servidor da UFSM há aproximadamente 39 anos; Que, com relação aos fatos em apuração neste procedimento, informa que foi coordenador do Projeto Difusão Científica e tecnológica referente ao contrato n. 37/02, realizado entre a UFSM e a FATEC (...) Que, devido a demandas internas foi constatado que o serviço da imprensa da UFSM necessitavam de aprimoramento, visto que o parque tecnológico da imprensa universitária apresentavam-se bastante defasados, Que havia dificuldades, em razão da falta de recursos, para investir no parque tecnológico da imprensa universitária; Que como alternativa surgiu a viabilidade de locação; Que apurou-se empresas que possuíam os tipos de equipamento, com capacidade de produção industrial, sendo que a Xerox do Brasil enquadrava-se em tal condição; Que a UFSM em contato direto com a Xerox verificou exigência daquela empresa, para locação dos equipamentos necessários, eram incompatíveis com a legislação que a UFSM está submetida, a qual impõe regras que dificultavam a contratação direta na época; Que, diante disso a solução foi buscar o apoio da FATEC, tendo em vista que já era de conhecimento da UFSM que a Fundação já mantinha uma relação comercial com a Xerox do Brasil, assim sendo, ficou facilitado o processo de negociação; Que a forma utilizada através de procedimento é através de projetos; Que foi providenciada a elaboração do Projeto denominado Projeto de Difusão Científica e Tecnológica (...).'

Essas declarações bem retratam o quadro de ilicitudes perpetradas.

Ora, emerge dessas alusões que o réu tinha plena ciência que o objetivo perseguido pela UFSM com tais procedimentos era *o aprimoramento do parque tecnológico da imprensa universitária*. Nesse contexto, expressamente consignou que era interesse da Instituição de Ensino negociar diretamente com a Xerox do Brasil sendo, todavia, ato que era 'dificultado' pela legislação vigente à época dos fatos. A par disso, elaborou-se um 'projeto', o que autorizaria o enquadramento da situação como hipótese de dispensa de licitação (L8666/93, art. 24, XIII), autorizando a contratação direta com a FATEC, com posterior subcontratação da empresa almejada.

A burla ao procedimento licitatório é evidente na espécie. A reprimenda estatal é consequência desse quadro.

Prosseguindo, realço ainda que uma breve análise do depoimento prestado em juízo permite concluir que o réu, de fato, nunca objetivou a realização de um projeto. Conforme assinalou na audiência de instrução e julgamento (Evento 310; AUDIOMP32), *o objeto desse contrato era, na verdade, a prestação de um serviço, no que tange à parte de reprografia e impressões, sendo que a UFSM buscou suprir tais necessidades.* Via de conseqüência, é evidente que o que se buscou com essa dispensa jamais foi a realização de um projeto de difusão científica e tecnológica, e sim suprir a necessidade da instituição de ensino de materiais para o parque tecnológico, com hostilidade aos procedimentos licitatórios, violando, pois, o próprio texto constitucional.

Ainda nessa direção, faço um apanhado geral dos pontos colhidos do depoimento do requerido, que reforçam a conclusão de prática efetiva de atos de improbidade administrativa (**Evento 310; AUDIOMP32**):

(a) Na versão apresentada pelo réu ALBERI VARGAS, a UFSM sempre teve em mira a contratação da Xerox do Brasil, para a prestação de Serviços de reforma do parque tecnológico. Nessa linha de idéias, o demandado obtemperou que houve, concretamente, negociações prévias entre a instituição de ensino e a empresa subcontratada, sendo que sempre foi interesse da IFES levar a efeito uma contratação direta com tal empresa;

(b) Todavia, frente às dificuldades impostas pela legislação regente à época, elaborou-se um projeto (Projeto de Difusão Científica e Tecnológica) que autorizaria a UFSM contratar, mediante dispensa de licitação, a FATEC, para subseqüente contratação com a Xerox do Brasil;

(c) Mais grave, ainda, era o fato de que a empresa Xerox do Brasil, segundo relata o requerido, estava impedida de contratar com o poder público, porquanto não possuía a viabilidade de apresentar todas as certidões negativas exigidas por tal intento, de sorte que foi utilizada a FATEC como instrumento para a subcontratação;

(d) Por outro lado, discorreu que tal 'triangularização' não trouxe prejuízos à UFSM, na medida em que esta somente teria despendido os preços de custos para a realização de serviço. Argumentou, ainda, que somente duas sociedades empresárias ostentavam os atributos reclamados pela demanda na Universidade;

(e) Nesse cenário, a FATEC foi utilizada como instrumento viabilizador da subcontratação. De outro norte, questionado pelo MPF, disse que desconhecia qualquer procedimento oficial de pesquisa de preços para averiguar a veracidade da alegação de que houve menor custo para UFSM dessas contratações.

(f) Não soube precisar, pontualmente, onde residiriam as modificações introduzidas na elaboração do novo projeto (que culminou em nova contratação com a FATEC), aludindo, somente, que o objeto permanecia traduzido em serviços prestados para melhoria dos parques tecnológicos.

Diante dessas ponderações, não há que se falar em absolvição.

Em suma, a versão apresentada pelo réu, na via judicial, seria uma grande premência interna da UFSM em adquirir serviços de reprografia, notadamente frente à defasagem tecnológica em que se encontravam as máquinas possuídas.

Nessa esteira, objetivou-se realizar uma contratação direta entre a Instituição de Ensino e a Empresa Xerox do Brasil, apontada pelo demandado como aquela que detinha todos os requisitos exigidos pela Universidade. Todavia, frente à inviabilidade de concretizar tal negócio, primordialmente diante das imposições da legislação de regência, buscou-se realizar uma intermediação, mediante a FATEC. Nessa ordem de ideais, foi confeccionado um projeto, intitulado Projeto de Difusão Científica e Tecnológica, o que autorizaria a contratação direta da Fundação de Apoio, mediante dispensa de licitação (L8666/93, art. 24, XIII), viabilizando a subcontratação da Xerox.

Hialina, portanto, a burla ao procedimento licitatório perpetrada.

O projeto elaborado serviu de mera simulação para enquadrar a contratação com a FATEC como hipótese de dispensa de licitação, para posterior subcontratação com a empresa Xerox do Brasil. Pontuo, ao enfoque, que mais grave e alarmante é a notícia de que tal sociedade empresária não detinha os atributos necessários para a contratação com o Poder Público, o que denota exasperação das condutas de improbidade administrativa perpetradas pelo réu.

Necessário pontuar, nesse particular, que é lastimável verificar a ausência de respeito à cultura da legalidade pelos Administradores na presente ação de improbidade. É viável extrair dos autos que o dirigentes da UFSM não hesitaram em realizar um procedimento sabidamente ilegal.

Por derradeiro, as demais teses defensivas, sustentadas em interrogatório e em manifestações escritas, igualmente não merecem trânsito.

A questão relativa à tese de inexigibilidade de licitação se revela impertinente e descabida para o deslinde do processo. Conforme já elucidei no tópico introdutório, o instituto da *inexigibilidade de licitação decorre da impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais que visa a Administração* (in MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª Ed. p. 317). É dizer, o procedimento licitatório resta inviabilizado, em decorrência de carência de um de seus pressupostos, que é a competição.

Impende frisar, nessa esteira, que a inexigibilidade é a exceção, enquanto a licitação afigura-se como regra. Via de desdobramento, é necessário para a utilização do instituto telado a devida motivação do ato, com **prévio procedimento** (L8666/93, art. 26, parágrafo único) carreado com *os elementos*

que informem a razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II) e a justificativa do preço (inciso III), para posterior ratificação pela autoridade competente.

Outrossim, a inexigibilidade declarável com supedâneo no art. 25, I, da L8666/93 *reclama atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.*

Em que pese os réus sustentem essa tese em seus depoimentos, bem como é matéria aventada em manifestações escritas, a tese não merece prosperar.

Primeiro, o procedimento declaratório de inexigibilidade de dispensa de licitação é estritamente formal, tendo em mira coibir contratações diretas ilegais, como é o caso em lume. Todavia, em qualquer momento dos autos foi colacionado qualquer documento que demonstre o preenchimento de tais formalidades, pela UFSM.

Segundo, ainda que assim não o fosse, não há nos autos elementos que demonstrem que a Xerox Brasil detinha exclusividade na prestação do serviço técnico exigido pela IFES. Os réus afirmam, mas nada provam nesse diapasão.

Terceiro, há fundada suspeita, em virtude das informações prestadas pelo réu ALBERI em juízo, que a empresa Xerox do Brasil era impossibilitada de contratar com o poder público, pois careceria, em tese, das certidões negativas necessárias para esse mister.

De outro canto, o argumento de inexigibilidade de conduta diversa apregoado pelo réu ALBERI VARGAS não merece guarida, eis que é de meridiana clareza, a partir de um cotejo de seu depoimento na via judicial e da prova documental carreada, que o réu deliberadamente tentou burlar a licitação, mediante a contratação indevida da FATEC, supostamente acobertado por permissivo legal. O fato da Assessoria Jurídica ter exarado parecer favorável à dispensa de licitação não é, por si, capaz de repelir a pretensão ministerial, de sorte que reputo **impositiva a sua condenação**.

Em linha de encerramento, a justificativa do réu em afirmar que não houve lesão ao Erário, bem como a tese de que foram perseguidos pela UFSM os melhores preços para a execução dos contratos em nada modificam a conclusão ora estabelecida. O cerne da ilegalidade (e, pois, da improbidade) está no desrespeito dos procedimentos licitatórios, impositivo constitucional para a consecução do interesse público.

A ninguém é dada a prerrogativa de ignorar a lei, notadamente na seara do Direito Administrativo, sob o pretenso argumento de atingir o interesse público. A busca da finalidade social deve ser atingida mediante os

procedimentos legais pertinentes (na espécie, obediência à L8666/93), não sendo tolerável que os Administradores dispensem procedimentos obrigatórios a seu talante. Como já sinalei por ocasião da apreciação das condutas irrogadas ao réu PAULO JORGE SARKIS (**item 8.2**, supra), a diretriz que está guiando a presente condenação é arrimada no desrespeito da UFSM no dever de licitar, obrigação eleita pelo próprio texto constitucional, que foi frontalmente violada pelos réus, com esteio no frágil argumento de que as formalidades legais estavam obstando a consecução das metas da Universidade.

Isto é inaceitável.

Destarte, resta evidenciada a conduta dolosa do réu. Equivale dizer, ALBERI VARGAS, deliberadamente, *dispensou indevidamente o procedimento licitatório* para a contratação da FATEC (Evento 1; OUT2, p. 1), enquadrando-se, portanto, na previsão inserta no art. 10, VIII, da L8429/92.

12. Antônio Sérgio Freitas.

No tópico tangente à responsabilidade dos réus da inicial (Evento 1; INIC1, p. 12), o MPF ventila a responsabilidade do réu ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS que, na condição de Pró Reitor da Administração Adjunto da UFSM, dispensou indevidamente o procedimento licitatório, fora das hipóteses previstas em lei, para a posterior consecução do contrato n. 228/2003.

Em suas objeções, o réu desafia argumentos concernentes a: **(a)** prescrição; **(b)** falta de justa causa para o manejo da presente ação civil pública; **(c)** inaplicabilidade da súmula 250, do TCU ao caso vertente; **(d)** falta de objetividade acusatória, na medida em que não teria havido capitulação concreta dos fatos, tornando inepta a exordial; **(e)** inexigibilidade de conduta diversa; **(f)** inexistência de prejuízo ao Erário, de sorte que restaria descaracterizado o ato ímprobo; **(g)** inexistência de ingerência decisória de ANTÔNIO SÉRGIO na dispensa de licitação; **(h)** inexigibilidade de licitação;

Denota-se que a maioria das teses defensivas já foram abordadas por ocasião da decisão de recebimento da peça incoativa (Evento 40), ou quando da análise das argumentações de ALBERI VARGAS, notadamente em virtude de que suas defesas foram patrocinadas pelo mesmo patrono. Dessa forma, faço remissões aos argumentos já despendidos em tais oportunidades, refutando, *in totum*, as objeções.

Limito-me a apreciar o argumento atinente à inaplicabilidade da súmula 250 do TCU, eis que o ponto foi omissis na análise das condutas imputadas ao réu ALBERI VARGAS.

12.1 Da inaplicabilidade da súmula 250, do TCU.

De pronto, **afasto** a alegação.

A questão ora vertida não diz respeito à aplicação retroativa da súmula 250, do TCU. A interpretação dada ao art. 24, XIII, da L8666/93, pela Corte de Contas não era novidade na ciência jurídica brasileira nos momentos de contratação direta da FATEC.

Com efeito, o TCU, em 1998, já tinha apontado a irregularidade do convênio firmado entre a UFSM, FATEC e a Xerox Brasil, afirmando não ser este o instrumento adequado para a consecução de tais objetivos. Reforçando essa conclusão, tal decisão foi hostilizada mediante recurso de reconsideração intentado por PAULO JORGE SARKIS e CLÓVIS SILVA LIMA, impugnação rejeitada pela Corte de Contas, sob o fundamento de que *no convênio de cooperação firmado entre a UFSM, a Fundação de Apoio à Tecnologia e Ciência (FATEC), e a XEROX, para difusão da produção científica e tecnológica, a XEROX presta um serviço típico, que deve ser objeto de contrato, inclusive precedido de licitação* (Acórdão nº 380/2000 - TCU, 2ª Câmara, Relator ADHEMAR PALADINI GHISI).

Diante do cenário acima telado, resta inconteste que o entendimento na súmula 250 do TCU não se configura novidade na interpretação jurídica conferida à L8666/93. Tal exegese, vale assinalar, há muito, é reiterada na jurisprudência daquela Corte, conforme apontam os precedentes infra (destaquei):

'O entendimento reiterado é de que a contratação, com dispensa de licitação, de instituição sem fins lucrativos, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexó efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada razoabilidade do preço cotado (Decisões Plenárias 881/97; 830/98; 346/99; 30/2000; 150/2000; 1.067/2001; 1.101/2002 e Acórdãos Plenários 427/2002; 1.549/2003; 839/2004; 1.066/2004 e 1.934/2004.'

'Além disso, cabe considerar que o fundamento para a contratação direta da Fundação foi o art. 24, inciso XIII, da citada lei, que se refere a instituição brasileira incumbida de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, dotada de inquestionável reputação ético-profissional. Assim sendo, é lícito concluir que, em tais casos, são razões relacionadas às características próprias da pessoa do contratado que fundamentam a escolha da Administração. Em tais hipóteses, portanto, não pode ser admitida a subcontratação, posto que ela nega o pressuposto básico da contratação direta, que é a característica do contratado, de atender diretamente, ele próprio, aos requisitos fixados na lei. A subcontratação, em caso de contratação direta, configura burla ao dever de licitar. Para dispensar a licitação, em hipótese como a dos autos, exige-se que a instituição contratada atue efetivamente como prestadora direta dos serviços, e não como mera agenciadora, como ocorreu no caso em análise. São pertinentes, para ilustrar o tema, as considerações traçadas a esse respeito por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao comentar a hipótese prevista no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93: 'Importa salientar que tais requisitos são verdadeiramente intuitu personae, obrigando o contratado à execução direta dos serviços, posto que está subjacente um objetivo

maior que é prestigiar a finalidade da instituição por meio do trabalho dessa. Se a subcontratação é, em regra vedada, nesse caso com muito mais razão há de sê-lo.' (Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 223).'

Em tal ordem de idéias, não se está realizando, como sugere o demandado, uma espécie engenharia interpretativa para ampliar o alcance do art. 10, VIII, da L8429/92. Já havia substrato jurisprudencial suficiente, por ocasião das contratações inquinadas, para se entender perfeitamente de que se tratava de hipótese de dispensa de licitação não albergada pelo art. 26, XIII, da L8666/93. Nesse quadrante, entendo que a hostilidade da defesa em relação à pretensão do MPF carece de esteio jurídico.

Repelido, desta feita, o argumento.

12.2 Do comportando do réu ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS.

Na peça vestibular, a condenação é pleiteada com suporte no fato de que ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS, na condição de Pró-Reitor da Administração Adjunto da UFSM, dispensou a licitação, fora das hipóteses previstas em lei, para posterior consecução do contrato n. 228/2003.

Passo a cotejar o substrato probatório ora vertido.

De antemão, colaciono as passagens do termo de declaração prestado por ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS (Autos de Expediente; IPL, Vol. I, p. 12 a 14), na via policial, que importam ao deslinde do mérito (assinalei):

*'Que é servidor da UFSM há aproximadamente 33 anos. Que com relação aos fatos em apuração neste procedimento, informa que, em 2001, diante da **necessidade urgente de equipamentos de última geração que na ocasião somente a empresa Xerox do Brasil possuía, a UFSM tentou negociar diretamente com a citada empresa**, visando a aquisição ou locação de diversas máquinas com impressoras e reprodutoras; Que, os equipamentos pretendidos eram de tecnologia avançada, com impressão a laser, de primeiríssima qualidade, que somente a Xerox do Brasil oferecia na época; Que, não foi obtido êxito, tendo em vista que empresa não teve interesse em negociar com a UFSM, alegando que a política de empresa não permitia a negociação com Serviço Público; Que, em razão desse fato e da necessidade do citado equipamento, por sugestão da empresa Xerox do Brasil, a qual já possuía relação comercial com a FATEC, a Pró-Reitoria de Administração da UFSM (...) procuraram a direção da FATEC, dando conhecimento da necessidade, e solicitando a informação da FATEC, intermediar a negociação junto à Xerox do Brasil, no sentido de satisfazer as necessidades da UFSM. Que, a FATEC informou aos interessados que poderia envolver-se na negociação, através de um projeto que deveria ser elaborado pela UFSM, **Que, diante desta informação, foi elaborado com a participação da pró-reitoria de administração e de planejamento, um projeto visando a obtenção dos equipamentos juntos à Xerox do Brasil, através daquela fundação (FATEC)**; Que, pelo que recorda, em 20012, iniciou-se a operacionalização do citado projeto, sendo assinado um contrato com a FATEC, em janeiro de 2002 (...) Que acredita que a irregularidade apontada pelo Tribunal de Contas da União, Controladoria Geral da União e Ministério Público Federal, trata-se de um equívoco, pois recorda que no segundo semestre de 2002, em uma Auditoria realizada na UFSM, o TCU entendeu que havia irregularidade no contrato em questão, considerando que não se tratava de desenvolvimento*

institucional o objeto do contrato, mas sim, tratava-se de postos de elaboração de cópias (...) Que o TCU não aceitou a justificava da UFSM e, como consequência, determinou através de uma decisão (...) a rescisão do referido contrato'

O indigitado termo de declaração permite retratar as atividades antijurídicas perpetradas pelo demandado, bem como as circunstâncias que os fatos vieram a público.

Similarmente ao réu ALBERI VARGAS, ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS declarou ter ciência das negociações prévias entre a UFSM e a Xerox Brasil para a aquisição de máquinas de reprografia. Nessa direção, realço que, mais grave, era que este requerido tinha consciência acerca da decisão tomada pelo TCU tangente ao contrato n. 228/2003. Diante desse panorama, é cristalino que o réu, deliberadamente, e ao arrepio das recomendações da Corte de Contas, autorizou dispensa indevida de licitação, fora das hipóteses legais.

Noutra quadra, na audiência de instrução e julgamento o réu alegou que: **(a)** existia uma carência de equipamentos modernos de reprografia na UFSM; **(b)** o contrato n. 228/2003 tinha como escopo satisfazer as necessidades internas da UFSM, bem como externas (atendimento ao público); **(c)** outrossim, apontou que só existiam duas empresas capazes de atender os requisitos exigidos pela Universidade; **(d)** a FATEC foi utilizada, na medida em que a Empresa eleita (Xerox Brasil) teria um oferecido um preço extremamente alto para realizar a contratação diretamente com a Autarquia, de sorte que a Fundação de Apoio foi utilizada como instrumento de intermediação, tendo comprado os equipamentos à vista; **(e)** o novo projeto elaborado que teria servido de espeque à dispensa de licitação autorizada foi uma ampliação do projeto elaborado para o contrato n. 37/2002; **(f)** todos os procedimentos de dispensa de licitação passam pela análise da Procuradoria Jurídica, sendo que jamais se teve notícias de parecer desfavorável que tenha sido ignorado pela Administração; **(g)** provocado à discorrer sobre a existência de procedimentos prévios para avaliar hipóteses de inexigibilidade, disse que não lhe incumbia analisar essas questões; **(h)** relatou que tinha ciência dos apontamentos realizados na auditoria do TCU hostilizando o contrato n. 37/2002; **(i)** acentuou que o papel do Pró-Reitor nos procedimentos de dispensa é de tão somente encaminhar o ato à ratificação da autoridade superior.

Estreme de dúvidas os motivos ilícitos que guiaram a dispensa de licitação oriunda do processo n. 23081.015851/2003-51 que surtiu o efeito de materializar o contrato n. 228/2003. Exsurge dos termos narrados que o réu ANTÔNIO SÉRGIO sempre soube que o papel da FATEC nesse cenário seria, primordialmente, ser utilizada como instrumento para subcontratar a empresa Xerox Brasil, de forma que é pouco crível a versão sustentada pelo réu, no sentido de que acreditasse que tal procedimento era amparado na legalidade.

De outro norte, a tese concernente à inexigibilidade de licitação descabe ser acolhida. Consoante mencionei alhures (item 11.4, supra) nada há nos autos que dê suporte a essa alegação. Os réus discorrem, insistentemente, que inexistiria no mercado qualquer outra empresa que pudesse atender a demanda da UFSM, sem, todavia, nada demonstrar nesse diapasão.

Dito de outra forma, como, de regra, a licitação é o procedimento cabível e viável, o órgão ministerial não precisa produzir provas que amparem essa assertiva (CPC, art. 334, I e IV). Em linha de desdobramento, incumbiria à defesa colacionar espécies probatórias que respaldem a exceção argüida (*inexigibilidade de licitação*). É a aplicação concreta da máxima: o ordinário (*viabilidade de licitação*) se presume, e o extraordinário (*inexigibilidade de licitação*) se prova.

Inexistindo qualquer elemento, no âmbito interno da UFSM, a sustentar a alegação, rejeito o argumento.

Em derradeiras ponderações, sinalo que a tese ventilada pelo réu ANTÔNIO de que inexistiria cunho decisório em sua manifestação acerca da dispensa tomba frente à portaria n. 42.906, ato em que lhe fora *delegada a competência para autorizar dispensa de licitação nos termos da lei vigente* (Evento 80, PORT12).

De todo o explanado, tenho que ficou satisfatoriamente caracterizado o ato de improbidade administrativa, porquanto inexistente argumento justificável a elidir o dolo na conduta ímproba, não havendo como afastar a imputação trazida pelo MPF. Cabível, nesse quadrante, a condenação do réu, com fundamento no art. 10, VIII, da L8429/92.

13. Nulidade dos contratos e ressarcimento ao Erário.

Já destaquei neste julgado que a tese, sustentada pela grande maioria dos réus, de que a contratação mediante dispensa ilegal de licitação não culmina em violação ao patrimônio público, quando não acompanhada de superfaturamento ou inexecução do objeto avençado **não encontra esteio jurídico em nosso ordenamento legal**. Com efeito, nosso Direito Administrativo preceitua, ao lado da prática de preços superiores aos de mercado, bem como de inadimplemento contratual, hipóteses autônomas de atos que ensejam lesão, ainda que presumida, ao Erário.

Nesse sentido, a L8429/92, art. 10, preconiza que as condutas *de permitir a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado e frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente*, afiguram-se como hipóteses independentes de atos de improbidade administrativa que lesam o ente público (ou equiparado).

Com efeito, as condutas acima descritas são enumeradas, separadamente, como ilustrações de atos que, *de per se*, ensejam, *ipso facto, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres* das entidades públicas ou custeados por recursos públicos. Enveredar por caminho inverso seria o equivalente a supor ocioso o indigitado dispositivo (L8429/92, art. 10, VIII), interpretação não condizente regras básicas de hermenêutica. Outrossim, se a ocorrência de prejuízo ao erário reclamasse superfaturamento ou inadimplemento, ilegalidades já abarcadas por outros incisos da regra jurídica em exame, tornar-se-ia despicienda a previsão inserta no inciso VIII.

Já se disse que deve se eleger *a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduza à inutilidade* (CARLOS MAXIMILIANO). *Verba cum effectu sunt accipienda (as leis não contêm palavras inúteis). As disposições legais devem ser interpretadas de modo que não pareça haver palavras inúteis.* (TRF-1 - AG: 34047 DF 2008.01.00.034047-4, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 09/09/2008, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 17/09/2008 e-DJF1 p.101).

De qualquer sorte, a interpretação que firmei na presente decisão, longe de se calcar na literalidade do dispositivo, encontra supedâneo no sistema normativo vigente. **Explico.**

Há muito no ordenamento jurídico brasileiro se mantém a tradição de considerar danosas, tanto a contratação antieconômica quanto a levada a efeito ao arrepio ao processo administrativo aplicável. À guisa de ilustração, ressalto que o mesmo desiderato que animou a edição do inciso VIII, do art. 10, da L8429/92, guiou a edição do art. 4º, da L4717/65 (Lei da Ação Popular). Nesse dispositivo, com efeito, sempre se classificou como hipóteses autônomas e igualmente lesivas, de um lado, a compra de bens por preço superior ao corrente no mercado e, noutro giro, a celebração de contratos *sem prévia concorrência pública ou administrativo*, mediante processo cujo *caráter competitivo seja reduzido* ou com *desobediência a normas legais ou regulamentares*. Veja-se:

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

(...)

III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

- a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sem que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma geral;*
- b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;*
- c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição.*

Cumpra gizar que a doutrina, em tais casos, reputa que a lesividade que autoriza o manejo da ação popular é **presumida**. Hely Lopes Meirelles, nessa linha, ensina *que entender-se, restritamente, que a ação popular só protege patrimônio público e material é relegar os valores espirituais a plano secundário e admitir que a nossa constituição os desconhece ou os julga indignos de tutela jurídica, quando, na realidade, ela própria os coloca sob sua égide*. (in Mandado de Segurança. 19ª Ed. p. 110).

Noutra toada, sublinho que a indevida dispensa de licitação e a frustração da licitude do processo licitatório, além de ferir a moralidade administrativa, conduzem a prejuízo material ao Erário, apreciável pecuniariamente. O aludido dano, conforme pontua Pedro Roberto Decomain, corresponde ao valor despendido em favor de quem não se legitimou a contratar com a administração pública.

Em seus dizeres (assinalei):

'o art. 10 da Lei no 8.429/1992 cuida de hipóteses de improbidade administrativa em que ocorre prejuízo patrimonial para o Erário. Nas situações do inciso VIII - frustração da licitude de procedimento licitatório ou sua dispensa (ou declaração de inexigibilidade) indevida -, esse prejuízo sempre ocorre, eis que a Administração (lato senso) paga por algo que adquiriu em condições irregulares e com inobservância de princípios constitucionais. O prejuízo patrimonial é representado, no caso, pelo pagamento daquilo que foi adquirido sem licitação ou com procedimento licitatório viciado.' (DECOMAIN, P. R. Improbidade administrativa. São Paulo: Dialética, 2007. p. 120)

Se a contratação foi processada ilicitamente (como sucedeu na espécie, com os contratos n. 37/2002 e n. 228/2003), a lesividade ao Erário é presumida. É prescindível a demonstração de que tenha ocorrido superfaturamento, bem como inadimplemento. Equivale dizer, a improbidade administrativa ocorre *in re ipsa*, **pela dispensa indevida de licitação**.

Por outro lado, frente esse cenário de ilegalidades, qual é o *quantum* adequado a ser imputado aos réus, ora condenados, restituírem ao Erário em decorrência das irregularidades trazidas à baila? Nesse enfoque, assento as razões a seguir, sob o prisma da L8666/93. **Vejamos**.

Eis os dispositivos que interessam ao deslinde da celeuma:

L8666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos):

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º *A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*

§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Deflui, da análise acurada desses dispositivos, que a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato. De outra parte, a nulidade da licitação (ou, *in casu*, sua dispensa indevida), não gera obrigação de indenizar, em regra. Todavia, existe uma exceção, ressalvada pelo próprio dispositivo. É a norma inserta no parágrafo único do art. 59, *in verbis* (assinalei) :

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Colho desse enunciado normativo duas conclusões:

(a) O contratado a quem seja imputável a nulidade da licitação ou do negócio jurídico carece de direito a indenização, nem mesmo pelo que houver executado;

(b) Acaso o contratado não tenha dado azo à nulidade, tem direito a indenização pelas parcelas executadas, bem como por qualquer prejuízo que venha a demonstrar.

Releva referir, nesse prisma, que a interpretação no sentido de que o contratado seja responsável pela nulidade não ostenta direito sequer à indenização emerge da leitura, *a contrario sensu*, do indigitado dispositivo. Ora, impondo-se à Administração o dever de indenizar o contratado, conquanto não lhe seja imputável a nulidade, corolário lógico é a conclusão de que lhe se for imputável o vício, a indenização não lhe será devida, nem pelo que tiver executado, nem por qualquer prejuízo que possa alegar.

É certo que, na maioria das vezes, a declaração de nulidade não culminará retorno ao *status quo ante*. A toda evidência, alguns serviços executados não podem ser desfeitos. Entrementes, é tamanha premência e relevância a higidez do processo licitatório e do contrato administrativo, que mesmo ao contratado a quem não seja imputável a nulidade não é devido mais que a indenização pelos custos e eventuais prejuízos que comprovadamente tenham suportado.

Registre-se, nesse ínterim, que, na medida em que o texto legal omite-se em elucidar se seria devida ao contratado de boa-fé a remuneração pactuada, **entendo ser cabível somente a indenização pertinente, o que, de por certo, exclui parcela correspondente ao lucro que poderia ser auferido.** Com certa margem de divergência, é nesse sentido que a doutrina se revela.

Nessa via, MARÇAL JUSTEN FILHO (*in* Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 536) prega que estando o contratado de boa-fé, *o Estado terá de indenizar o particular por todos os danos e pelo lucro que a ele adviria se o contrato fosse válido e fosse integralmente executado.*

Ressalvada a divergência tangente à remuneração, resta evidenciado que o Poder Público não pode desamparar o contrato de boa fé, não podendo o inocente ser compelido a executar gratuitamente tarefas em benefício da Administração. Sem embargo, nos casos de dolo ou culpa, é inolvidável que existe **a viabilidade de ser promovida regressivamente a responsabilidade de quem concorreu para a ilegalidade ser aperfeiçoada.**

Evoluindo o raciocínio, chega-se a conclusão de que o art. 59, da L8666/93 contém uma terceira regra jurídica, qual seja: **na hipótese de ser devida a indenização ao contratado inocente, deve ser promovida a responsabilidade de quem deu espede à nulidade.** Significa dizer que, na hipótese, não demonstrada responsabilidade da FATEC, ou da Xerox Brasil, os agentes que tenham dispensado indevidamente a licitação respondem integralmente pelos numerários despendidos na execução dos contratos.

Em tal ordem de idéias, os agentes que hajam concorrido para a nulidade ostentam a responsabilidade pelo ressarcimento do Erário dos valores despendidos ao contratado inocente, de sorte que deverão ser solidariamente responsáveis por reparar o prejuízo decorrente do pagamento indevido realizado.

Há, assim, claro prejuízo ao patrimônio público quando a administração efetua o pagamento, não obstante o contrato seja eivado de nulidade em decorrência de máculas no procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

No âmbito jurisprudencial, a matéria é tratada timidamente, sem que a maioria dos julgados se atentem para a regra de dolo ou má-fé do contratado, tampouco se pronunciado acerca da responsabilidade do agente que tenham concorrido para a ilicitude licitatória ou contratual, conforme ilustram os precedentes que seguem (destaquei):

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO CELEBRADO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. IMPOSSIBILIDADE I- No caso em exame, tendo o impetrante prestado os serviços

contratados pela Administração Pública, ainda que sem a realização da necessária licitação pública, impõe-se a contraprestação pecuniária, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração, caracterizando-se, assim, abusiva qualquer medida que imponha o dever do impetrante ressarcir os cofres públicos, na espécie. II - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. (TRF-1 - REO: 539346720124013400 DF 0053934-67.2012.4.01.3400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 20/11/2013, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.42 de 27/11/2013)

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. COBRANÇA JUDICIAL. PRINCÍPIO DO NÃO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PAGAMENTO DEVIDO. (...)

3. Se o Poder Público continuou recebendo a prestação de serviços pelo recorrido sem se opor, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a nulidade do contrato porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública). 4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1155273/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 15/10/2010) (grifei)

No entanto, o E. STJ se manifestou (STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/04/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA) assentando que, *resta insindicável a este STJ apreciar a alegação do recorrente no que pertine a boa ou má-fé do contratado*. Assim sendo, denota-se o que aquela corte partilha da tese ora esgrimida.

Na mesma direção:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE 'TOMADA DE PREÇOS' NO LUGAR DE 'CONCORRÊNCIA PÚBLICA'. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU. (...) 4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado. 5. O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé. 6. Recursos especiais improvidos

(STJ - REsp: 579541 SP 2003/0129889-6, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 17/02/2004, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.04.2004 p. 165)

Frente à clareza meridiana dos contornos dados à matéria no precedente acima transcrito, não há como refutar as conclusões que ora se formulam.

De outra vertente, é absolutamente insustentável a tese de que haveria suposto enriquecimento ilícito da Administração. Primeiramente, é de se pontuar que a suposta ilicitude é afastada por expressa previsão normativa nesse sentido (L8666/93, art. 59, parágrafo único), que exclui a possibilidade de indenização ao contratado que haja concorrido para nulidade da avença.

No momento em que o dispositivo possui efeito liberatório para eximir a Administração do pagamento ao contratado responsável pela mácula que permeia o contrato, por certo não se pode dizer que haja, em tais casos, locuplamento indevido da entidade pública, em desfavor do patrimônio alheio, pelo singelo fato de que esse argumento não encontra arrimo no ordenamento jurídico.

Poder-se-ia alegar, de outro lado, que a solução ora estabelecida seria injusta, na medida em que o contratado de má-fé teria seu patrimônio vilipendiado em favorecimento explícito do Poder Público. A tese, todavia, é de tamanha fragilidade que não suporta uma crítica meramente superficial.

A respeito, obtemperam Emerson Gárcia e Rogério Pacheco Alves (assinalei):

*Tratando-se de contratado que tenha agido com má-fé em conluio com o agente público, praticando o ato em dissonância da lei e visando ao benefício próprio em detrimento do interesse público, terá ele a obrigação de restituir tudo o que recebeu em virtude do contrato. (...) No que concerne a um possível enriquecimento ilícito do Poder Público, é inevitável a constatação de que o acolhimento desse entendimento acabaria por tornar legítimo o constante descumprimento dos princípios da legalidade e da moralidade, fazendo que sejam sistematicamente suscitados os possíveis benefícios auferidos pelo ente público, o que relegaria a infringência dos vetores básicos da probidade a plano secundário. Identificada a má-fé do contratado, não há que se falar em enriquecimento ilícito do Poder Público, já que este pressupõe um empobrecimento ilegítimo, derivado da lesão ao patrimônio daquele que se viu injustamente espoliado. Restando demonstrado que o contratado concorrera para o aperfeiçoamento do ato ilícito que gerou o enriquecimento de outrem, como seria possível sustentar a justiça de eventual recomposição patrimonial? Preserva-se-iam a moralidade e a equidade premiando-se a perspicácia do contratado de má-fé? (in GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 436-437*

Nessa linha de entendimento, **igual conclusão deve ser imposta àqueles que, a despeito de não terem contratado com a Administração, concorreram para a perpetração da ilegalidade.** Conforme a lição doutrinária acima transcrita, livrar o administrador público será erigir um

indene de impunidade em favor do agente político que praticou ato manifestamente contra a lei, avalizando-se uma inusitada convalidação de efeitos do ato nulo. Em última análise, seria incentivar a prática de improbidade, na medida em que, ao final, a contraprestação paga ao contratado resguardaria o Administrado ímprobo do dever de ressarcir o Erário.

A simples cogitação do acolhimento dessa tese já beira às raias do absurdo, especialmente quando se está a tratar do controle de gastos públicos.

HUGO NIGRO MAZZILLI tece considerações pertinentes sobre o assunto (*in A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15 ed. São Paulo: Saraiva 2002. p. 171): *O dano à moralidade administrativa está sempre presente quando a Administração dispensa indevidamente licitação ou concurso: estará contratando pessoal sem a seleção necessária, desconsiderando critérios de probidade e impessoalidade e deixando de selecionar os melhores; estará, em suma, abrindo mão do dever de buscar os melhores preços e a melhor qualidade de materiais ou concorrentes; estará ferindo a moralidade administrativa. Além disso, é extremamente provável que, de acréscimo, ainda haja danos materiais concretos à qualidade da obra ou dos serviços contratados - e esses fatos devem ser investigados. Por fim, é raro terem sido os serviços ou a obra executados de boa-fé, quando contratados ilicitamente sob dispensa de concurso ou licitação quando exigíveis.*

Em linha de encerramento, arremato a matéria valendo-me das lições de SÉRGIO FERRAZ E LÚCIA VALLE FIGUEIRENDO, que importo como razões de decidir, *in verbis* (assinalei)

*'A presunção de lesividade desses atos ilegais é fácil de intuir. Se o ordenamento jurídico obriga o procedimento licitatório, para o cumprimento da isonomia e da moralidade da administração, o esquivar-se a esse procedimento constitui inequívoca lesão à coletividade. Será esta ressarcida pela devolução do dispêndio à revelia do procedimento legal. Aquele que praticou os atos terá agido por sua conta, riscos e perigos. Ainda que pronta a obra, entregue o fornecimento ou prestado o serviço, se impassível de convalidação o ato praticado, impõe-se a devolução. Não estaremos diante do chamado enriquecimento sem causa. Isso porque o prestador do serviço, o fornecedor ou executor da obra serão indenizados, na medida em que tiverem agido de boa fé. Entretanto, a autoridade superior que determinou a execução sem as cautelas legais, provada sua culpa (o erro inescusável ou o desconhecimento da lei), deverá, caso se negue a pagar espontaneamente, em ação regressiva indenizar o Erário por sua conduta ilícita. O patrimônio enriquecido, o da comunidade e nunca o da Administração (pois esta é a própria comunidade), não o terá sido com ausência de título jurídico. Mas sim, em decorrência de uma lesão aos seus valores fundamentais, como o da moralidade administrativa (...). Se é verdade que não pode a administração locupletar-se ilicitamente, ao mesmo tempo não pode realizar despesas não autorizadas pela lei. Ainda que devam receber pela obra ou serviços os que acaso os tenham realizado de boa-fé, pela sua retribuição, quando devida, deve arcar o administrador ímprobo que contratou indevidamente, e não a coletividade, que não pode ser condenada a custear as contratações ilegais que o administrador faça de seus favorecidos' (in FERRAZ, Sérgio e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. p. 107-108)*

Nada foi apurado no curso da demanda que pudesse infirmar o entendimento firmado na doutrina supra referida, de sorte que, em prestígio à síntese, acolho tal conclusão para o julgamento do mérito, **impondo-se a devolução integral dos gastos não lícitados**. Reforça o acerto dessa determinação o fato de haver notícias nos autos, principalmente das manifestações escritas do réu SILVESTRE, que grande parcela dos valores utilizados na execução dos projetos teve origem privada.

Dessa forma, não foi esclarecida a destinação e aplicação dos valores despendidos pela UFSM, tornando, assim, o ressarcimento integral a medida mais adequada à espécie.

Enfim, uma derradeira ressalva deve ser feita.

Sucede que fundamentação precedente teve seu eixo basilar o disposto no art. 49, §1º c/c art. 59, parágrafo único, da L8666/93, os quais, conforme sua interpretação, imputam ao Administrador que tenha dado causa à nulidade, o dever de ressarcir as quantias do gasto decorrentes da contratação ilícita. Entretanto, tenho que tal obrigação deve ser restrita aos agentes que tenham obrado maliciosamente em sua conduta, não abarcando, nesse contexto, os que tenham agido com mera culpa, em sentido estrito.

Esclareço a razão.

Primeiramente, cabe lembrar que a interpretação do direito deve se pautar, primordialmente, pela sensatez. Sob esse enfoque, não se pode negar que impor ao agente público que tenha agido por *imprudência, negligência ou imperícia*, por mais grosseiras que se afigurem, o dever de ressarcir integralmente o valor despendido nas contratações, não se representa, do meu ponto de vista, uma interpretação razoável. Embora o texto normativo aplicável à espécie não seja expresso nesse sentido, parece-me desproporcional entender que mera culpa ensejaria a responsabilidade integral pelos gastos não lícitados.

Sabidamente, o direito vigente guarda uma proteção especial àqueles que, a despeito de serem responsáveis por atos ilícitos, não tenham obrado com má-fé. Em tal linha de raciocínio, sopesando o tratamento especial que o ordenamento jurídico confere à boa-fé, em todo ramos do direito, entendo que a obrigação de ressarcir deve ser adstrita aos Administradores que tenham, dolosamente, dado causa ao ato ímprobo aqui retratado.

Devo ressaltar que tal matéria carece de análise mais acurada dos interpretes do Direito Administrativo. Não obstante, localizei literatura jurídica que dá guarida ao entendimento que estou a firmar, conforme se vê, v.g, das doudas ponderações tecidas por Jacinto de Arruda Câmara, em obra específica sobre o debate aqui travado, *in verbis*(grifei):

'Por fim outra variável que ganha relevância ao se tratar de situações em que o contrato é invalidado, após sua execução, por culpa do ex-contratado diz respeito à subjetividade do comportamento culposo. Ou seja, é importante saber se o administrado agiu com simples culpa ou se teve dolo na prática da invalidade - isto é, se usou da má-fé para celebrar contrato inválido. Como foi visto quando o administrado age com má-fé tem-se por afastada a aplicação do princípio da proibição ao enriquecimento sem causa, por ausência de requisito subjetivo ou axiológico da incidência do mesmo. Donde, tendo em vista o quadro em exame, cabe a conclusão segundo a qual, quando essa característica for encontrada, não será devida indenização ao ex-contratado mesmo que das prestações executadas a Administração tenha tirado proveito. Por outro lado, quando o administrado estiver de boa-fé, a culpa pura e simples que ele apresentar na invalidade do contrato - por ter agido com negligência ou imprudência - não representará impedimento à incidência do princípio da proibição ao enriquecimento sem causa. Conforme se demonstrou, a culpa desqualificada não constitui óbice ao emprego deste princípio, pois não afeta o nexo causal necessário à sua consecução, nem tampouco representa fato impeditivo à sua aplicação, uma vez que o comportamento culposo, por si só, não desnatura o requisito de índole subjetiva ou axiológica que lhe é necessário.' (in CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Obrigações do Estado derivadas de contratos inválidos*. São Paulo: Malheiros Editores. 1999, p. 176)

Em outras palavras, o autor advoga a tese de que a má-fé do contratado afeta o nexo causal reclamado para a configuração do enriquecimento sem causa, vez que para a configuração de tal instituto, mister se faz que o contratado ostente um comportamento malicioso.

Ora, mera culpa (negligência, imprudência e imperícia), a meu sentir, não tem condão de afastar a boa fé do agente, não podendo este vir a ser compelido a ressarcir os valores despendidos em um contrato que fora devidamente adimplido. Reitero: não é crível que o ordenamento jurídico repreenda da mesma forma o agente público que tenha obrado com malícia e o que aja por mero descuido.

Na mesma direção, MARÇAL JUSTEN FILHO, com base na doutrina alienígena, assinala que a tutela por via do enriquecimento sem causa não pode conviver com o elemento subjetivo da mera culpa, *uma vez que a mera culpabilidade do sujeito não pode justificar que o Estado se aproprie de seus bens* (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª edição. São Paulo: Editora Dialética. 2010).

Outrossim, necessário pontuar que a parte autora não logrou êxito em demonstrar a ocorrência de dano líquido na espécie *in comento*, seja pelo apontamento de superfaturamento de preços ou demonstração de desvio de recursos públicos. Acaso fosse a hipótese, a comprovação efetiva do valor do dano atrairia aos autos a aplicação das regras clássicas de responsabilidade civil, insculpidas no art. 927, do CC/02 (*aquele que por ação ou omissão, culposa ou dolosa, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*). Porém, repiso, não foi o que sucedeu no caso.

O preceito normativo fundamental que está guiando o dever dos réus de ressarcir os gastos não licitados é estritamente o art. 59, da L8666/93, que prevê a impossibilidade de ser argüida a exceção de enriquecimento ilícito da Administração, vale dizer, a má fé do agente.

Ou seja, *in casu*, aplica-se norma de Direito Administrativo, extravagante ao Direito Civil, que afasta o argumento do enriquecimento ilícito pelos réus, tornando despiciendo a prova do dano concreto e líquido.

No entanto, como não se está tratando de responsabilidade civil no enfoque do art. 927, do CC/02, mas tão somente de obrigação de ressarcir em decorrência de uma nulidade maliciosamente provocada, entendo que não há como impor aos réus que agiram culposamente tal dever jurídico, porquanto, conforme exposto, tal hipótese não está abarcada na exceção prevista no art. 59, parágrafo único, da L8666/93.

Do supra expendido, resulta que havendo ilegalidade nos procedimentos de dispensa de licitação e, pois, nulidade da contratação, o contratado tem o direito à indenização pelos serviços prestados (L8666/93, art. 49), ressalvada a eventualidade de ter sido responsável pela ilicitude (L8666/93, art. 59). Na hipótese do contratado não ter dado causa a macula no negócio jurídico, o ressarcimento integral dos valores deverá ser imputado àqueles que tenham concorrido para a perfectibilização da contratação irregular, desde que tenham obrado com má fé (dolo), sendo inviável sustentar a tese de que haveria enriquecimento ilícito da Administração, pelo simples fato de que a ninguém é dado alegar a própria torpeza, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, para eximir-se das reprimendas judiciais cabíveis.

Vencido esse primeiro lance da fundamentação, analiso o *quantum* que deverá ser ressarcido pelos réus como reflexo da presente condenação.

O MPF aponta como atos que causaram lesão ao Erário, em síntese, na indevida dispensa de licitação para a formalização do contrato n. 37/2002, para a execução do projeto de Difusão Científica e Tecnológica, no montante de **R\$ 1.600.000,00** (um milhão e seiscentos mil reais - Evento 1; OUT2, p. 24), bem como a dispensa indevida de licitação para a materialização do contrato n. 228/2003, para a consecução do projeto de Capacitação de Servidores em Recursos Gráficos e Computacionais Utilizados para Difusão Científica e Tecnológica, no importe de **R\$ 3.236.905,00** (três milhões duzentos e trinta e seis mil e novecentos e cinco reais - Evento 1; OUT11, p. 1), totalizando uma importância histórica, sem aplicação de índices de atualização, no valor de **R\$ 4.836.905,00**, (quatro milhões, oitocentos e trinta e seis mil, novecentos e cinco reais).

Inexistente argumentação sólida capaz de repelir, seguramente, os argumentos declinados pelo MPF, adoto tais valores como parâmetro para a

fixação do *quantum* a ser restituído ao Erário, na extensão requerida, resguardado o limite de suas responsabilidades, a ser aferida, em apartado, no tópico concernente à dosimetria das penas, a seguir.

14. Aplicação das penas.

Assentado que as condutas dos réus importaram prejuízos ao erário público federal (art. 10 da L8.429/92) e descumprimento dos deveres para com a Administração Federal, a eles devem ser aplicadas as penalidades previstas no artigo 12 e incisos da referida norma, *verbis*:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Tratando da ação de improbidade, esclarece Teori Albino Zavascki (Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, 4ª ed., São Paulo, RT, p. 94):

'O ponto de referência, aqui, já não é o de preservar ou recompor o patrimônio público ou os atos da administração (objetivo primordial da ação civil pública e da ação popular), mas sim, fundamentalmente, o de punir os responsáveis por atos de improbidade. Foi, pois, com esse objetivo que, regulamentando o dispositivo da Constituição, surgiu a Lei nº 8.429, de 02.06.1992. Segundo a ementa, é Lei que 'dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências'. Entre as 'outras providências', há regras de natureza processual disciplinando a ação judicial para a imposição das referidas sanções. É a ação de improbidade administrativa. Trata-se,

portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, aplicar penalidades'.

Importa destacar que a aplicação das penalidades previstas no artigo 12 deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo ser mensurada com base na extensão do dano causado pelo agente, de forma que seja suficiente a reprimir e prevenir a prática de atos similares, não sendo imperiosa a aplicação cumulativa de todas as sanções previstas na Lei:

Sobre os princípios regentes das sanções legais para a improbidade e da aplicação da pena, o insigne Teori Albino Zavascki (*in* Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, 4ª edição, p. 99 e 115), ensina ainda que:

'Por isso, embora não se possa traçar uma absoluta unidade de regime jurídico, não há dúvida que alguns princípios são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja nos ilícitos penais, seja nos administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do non bis in idem, o da presunção de inocência e o da individualização da pena, aqui enfatizados pela importância que têm para a adequada compreensão da Lei de Improbidade Administrativa.

...

Questiona-se a respeito da obrigatoriedade ou não de aplicação cumulativa das penas, quando mais de uma é teoricamente cabível. Há os que entendem que ao juiz não cabe, em hipótese alguma, deixar de aplicar 'em bloco' todas as sanções que a lei prevê. Todavia, essa doutrina pode conduzir a grandes injustiças e até a situações absurdas. Não se justifica, por exemplo, que qualquer ato de improbidade, por menos grave que seja, deva necessariamente acarretar a perda do cargo público ou do mandato eletivo e a suspensão dos direitos políticos, penas essas cuja gravidade importaria uma brutal desproporção com o ilícito cometido e as suas conseqüências. Têm razão, assim, os que recomendam, amparados também em precedentes da jurisprudência, um juízo flexível, baseado no princípio da proporcionalidade, apto a conter os excessos eventualmente decorrentes da aplicação da pena'.

Insta sinalar, na linha do E. Superior Tribunal de Justiça, que as penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.) (Resp 765212, DE 23/06/2010).

No que concerne à constitucionalidade da sanção de multa civil, cabe ressaltar que o disposto no art. 12 da Lei n.º 8.429/92 se coaduna com a ordem constitucional vigente, mais precisamente com o art. 37, §4º, da atual Constituição Federal, sendo cabível a aplicação de sanções outras que não as previstas no referido dispositivo constitucional. (STJ, REsp 440178/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 08/06/2004, DJ 16/08/2004 p. 135)

No mesmo sentido: TRF4, AC 2000.71.13.000435-6, Terceira Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, DJ 11/05/2005; TRF2, Apelação Cível 358775, Processo 200051010177782, Oitava Turma Especializada, DJU 26/01/2006, Relator Poul Erik Dyrland.

Assim, diante das circunstâncias do caso concreto, como a extensão do dano e a função exercida pelos réus, e tendo em mira o princípio da proporcionalidade, mormente considerando que a conduta está abrangida pelas disposições dos art. 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 (esse absorvido por aquele, por conta *do princípio da consunção*), concluo devam sofrer algumas das sanções previstas no art. 12, II, da mesma norma.

Feitas tais considerações, passo à aplicação da pena considerando os atos ímprobos constatados nos autos.

14.1 Perda dos bens (L8429/92, art. 12, II).

Viabiliza o dispositivo telado a perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio dos condenados. Entretanto, na espécie, não há sequer alusões na inicial de enriquecimento indevido dos réus que pudesse justificar a aplicação desta sanção, de sorte que reputo impertinente a aplicação dessa reprimenda no caso.

Não há, pois, substrato plausível a justificar a aplicação dessa reprimenda.

14.2 Perda da função pública (L8429, art. 12, II).

De antemão, assinalo essa sanção tem sentido lato, albergando também *qualquer agente público, servidor ou não* (L8429, art. 1º), reputando-se como tal todo *aquele que exerce, ainda que transitoriamente, ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no primeiro dispositivo (art. 2º)*. (STJ - REsp: 926772 MA 2007/0021742-2, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 28/04/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/05/2009).

Com efeito, a reprimenda em testilha tem em mira extirpar da Administração pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abarcando, aí, qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação (STJ - REsp: 1297021 PR 2011/0292204-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 12/11/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2013).

Nessa linha o seguinte precedente, oriundo do TRF da 4ª Região, também reforça essa conclusão:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROGRAMA DE ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL - PETI. DESVIO DE PARTE DA VERBA PELO PREENCHIMENTO DE NOTAS FISCAIS PELA SERVIDORA, COM O USO DE IDENTIDADES EXTRAVIADAS DE TERCEIROS. APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE, AINDA QUE O CARGO OCUPADO ATUALMENTE SEJA DIVERSO. Apelação provida. (TRF4, AC 5001778-46.2012.404.7211, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 02/05/2014)

Fixadas essas premissas, faço o exame apartado das condutas apontadas a cada um dos réus e, norteado pelos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade, avalio a pertinência da sanção em liça.

14.2.1 PAULO JORGE SARKIS: Nesse particular, a conduta do réu reclama exasperação. Ilustre-se que o demandado ratificou, por duas vezes, dispensas de procedimentos licitatórios que sabia serem necessários, notadamente por conta da manifestação pretérita do TCU, em 1998 (DOU 31/01/97, p. 1887). Sob essa perspectiva, é evidente o desrespeito ao réu aos princípios da legalidade, moralidade que deveriam ter orientado sua conduta como autoridade máxima da instituição de ensino. Por conta disso, **entendo perfeitamente cabível, e oportuna, que lhe seja decretada a perda de qualquer cargo, função ou emprego público que porventura ainda exerça por ocasião do trânsito em julgado da presente decisão.**

Assumo, ainda, ser consectário lógico da aplicação desta penalidade a cassação de aposentadoria do requerido. Nesse sentido (grifei):

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Eraldo de Araújo Sobral contra ato do Ministro de Estado da Previdência Social, consubstanciado na Portaria 330/2013, que cassou sua aposentadoria em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, nos autos de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa. 2. A Lei 8.429/92 não comina, expressamente, a pena de cassação de aposentadoria a agente público condenado pela prática de atos de improbidade em sentença transitada em julgado. Todavia, é consequência lógica da condenação à pena de demissão pela conduta ímproba infligir a cassação de aposentadoria a servidor aposentado no curso de Ação de Improbidade. 3. O art. 134 da Lei 8.112/90 determina a cassação da aposentadoria do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão. 4. Segurança denegada. (grifei)(STJ, MS 201303149708, PRIMEIRA SEÇÃO, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 11/03/2014)

14.2.2 JORGE ADAIME FILHO: Em que pese a conduta do réu seja reprovável, na medida em que, como Procurador Geral da UFSM, avalizou o parecer elaborado por VÍRGÍNIO PEREIRA NEVES, tendo plena ciência dos apontamentos do TCU, a respeito da inaplicabilidade do art. 24, XIII, da L8666/93, para a contratação direta da FATEC, não vislumbrei dolo em sua

conduta. De fato, ao que transpareceu nos termos de seu depoimento na audiência de instrução e julgamento, inexistia qualquer conluio por parte desse requerido com os demais réus, para que se procedesse a dispensa indevida de licitação. A este passo, reputo deveras gravosa e desarrazoada a aplicação da penalidade em tela (perda do cargo), não obstante o demandado tenha agido com erro grosseiro na revisão da peça carreada aos autos.

Por outro lado, a partir de um exame exaustivo da prova coligida ao bojo dos autos, não posso conceber que o réu epigrafado, tendo agido com tamanho descaso no cumprimento dos seus deveres funcionais, possa remanescer ocupando qualquer cargo de *função, chefia ou assessoramento*, vale dizer, permaneça ocupando qualquer espécie de **cargos em comissão**.

Nesse viés, entendo que deva ser afastada a aplicação da penalidade de perda do cargo efetivo, restringindo-se os efeitos da decisão tão somente à perda de cargos comissionados, impossibilitando, outrossim, qualquer provimento posterior nestas funções públicas, enquanto perdurarem os efeitos desta condenação.

Embora inexista previsão expressa na legislação acerca da possibilidade da restrição da perda de função pública para os cargos comissionados, não vislumbro qualquer óbice para essa imposição. É que, abrindo-se portas ao Magistrado decretar a perda de qualquer função pública (*lato sensu*), por certo é viável mensurar a penalização, para o fim de abarcar tão somente os cargos comissionados, à luz de critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

É a aplicação do antigo brocardo: *quem pode mais, pode menos*.

Já assentou o STJ, aliás, que a *sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível* (RESP 200700200692, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/08/2009 ..DTPB:).

De outro norte, tal medida traz à baila a vedação constitucional de penas em caráter perpétuo (CF, art. 5º, XLVII, b), porquanto, inexistem, na legislação regente, critérios rígidos para a fixação do lapso em que o agente ímprobo deva remanescer afastado das funções públicas.

Acredito, porém, que a melhor solução seja adotar, por analogia, os prazos aplicáveis à proibição de contratação com o poder público (L8429, art. 12), tendo em mira a evidente similaridade entre tais reprimendas.

Com efeito, tal diploma legal preceitua que *a pena de impossibilidade de contratar com o poder público e de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios* deve ser fixada nos lindes de **10, 5 e 3 anos**, respectivamente, para as hipóteses de violação dos preceitos dos artigos 9º, 10 e 11.

Sendo assim, os efeitos desta reprimenda deverão perdurar pelo prazo de **05 (cinco) anos**, a contar do trânsito em julgado desta decisão, aplicando-se, analogicamente, o disposto no art. 12, II, da L8429/92.

Diante do exposto, **decreto-lhe** a perda de qualquer cargo, *stricto sensu*, **comissionado** (*assessoria, chefia ou direção*), que porventura exerça quando do trânsito em julgado desta decisão, e enquanto durarem os seus efeitos (05 anos), **sem prejuízo da manutenção do cargo efetivo**.

14.2.3 VÍRGÍNIO PEREIRA NEVES: Frente à notável semelhança do comportamento entre este e o réu e o requerido JORGE ADAIME, adoto, como razões de decidir, as ponderações vertidas no item precedente (14.2.2, supra), **decreto-lhe** a perda de qualquer cargo, *stricto sensu*, **comissionado** (*assessoria, chefia ou direção*), que porventura exerça quando do trânsito em julgado desta decisão, e enquanto durarem os seus efeitos (05 anos), **sem prejuízo da manutenção do cargo efetivo**.

14.2.4 ALBERI VARGAS: No ponto, diviso razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da pena de perda de cargo ao réu epigrafado. Sucede que, dos elementos que aportaram esta demanda, ALBERI tinha plena e prévia ciência acerca das negociações prévias entre a UFSM e a empresa XEROX BRASIL, sendo que deflui de seus depoimentos, na via judicial e policial, que era sabedor da intenção de utilizar a FATEC como mero instrumento para subcontratar aquela empresa. A evidência, não é razoável crer que esse procedimento levasse o selo da legalidade, de sorte que vislumbro dolo em sua conduta. Via de conseqüência, não se afigura desproporcional ou desarrazoada a aplicação desta sanção. Logo, **decreto-lhe a perda da função pública** que exerça por ocasião do trânsito em julgado desta decisão, abarcando, nesse contexto, **qualquer função, cargo efetivo ou emprego público**. Eventual aposentadoria, outrossim, resta cassada, nos termos da fundamentação já firmada (item 14.2.1, supra).

14.2.5 ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS: Como a situação deste demandado é simétrica à de ALBERI VARGAS, acolho como fundamento as ponderações lançadas no item precedente (item 14.2.4, supra), decretando-lhe a perda da função pública que exerça por ocasião do trânsito em julgado desta decisão, abarcando, nesse contexto, **qualquer função, cargo efetivo ou emprego público**. Eventual aposentadoria, outrossim, resta cassada, nos termos da fundamentação já firmada (item 14.2.1, supra).

14.2.6 CLÓVIS SILVA LIMA: Não se verifica proporcionalidade desta sanção em relação ao réu CLOVIS. Tudo porque, conforme apregoa o MPF, *é inegável que a extensão da responsabilidade do acusado é proporcionalmente inferior a dos demais demandados*, isto é, o este requerido está sendo condenado exclusivamente por culpa na assinatura do contrato n. 37/2002, de sorte que essa providência não se afigura adequada.

14.3 Ressarcimento integral dos valores (L8429, art. 12, II).

Conforme já abordei no tópico anterior (item 13, supra), o prejuízo ao Erário é estampado nos valores de gastos não licitados, que, consoante fundamentação, **devem ser ressarcidos integralmente pelos requeridos** que tenham, dolosamente, dado causa à nulidade do contrato.

De outra parte, vislumbro necessidade de aplicação analógica do art. 29, do CP, visto que a extensão de responsabilidade de cada um dos réus é diversa na espécie.

Nesse contexto, penso que a imputação ao ressarcimento do dano deve ser distribuída nos limites da culpabilidade de cada um dos réus, vale dizer, na extensão de sua colaboração para a perfectibilização de cada procedimento de dispensa indevida.

O MPF aponta como atos ilícitos, em síntese, a indevida dispensa de licitação para a formalização do contrato n. 37/2002, para a execução do projeto de Difusão Científica e Tecnológica, no montante de **R\$ 1.600.000,00** (um milhão e seiscentos mil reais - Evento 1; OUT2, p. 24), bem como a dispensa indevida de licitação para a materialização do contrato n. 228/2003, para a consecução do projeto de Capacitação de Servidores em Recursos Gráficos e Computacionais Utilizados para Difusão Científica e Tecnológica, no importe de **R\$ 3.236.905,00** (três milhões duzentos e trinta e seis mil e novecentos e cinco reais - Evento 1; OUT11, p. 1), totalizando uma importância histórica, sem aplicação de índices de atualização, no valor **de R\$ 4.836.905,00**, (quatro milhões, oitocentos e trinta e seis mil, novecentos e cinco reais).

Veja-se que o *quantum* é de expressiva monta, de sorte que passo a analisar a culpabilidade (e, pois, responsabilidade), apartadamente, em relação a cada um dos condenados.

14.3.1 PAULO JORGE SARKIS: Adequada a responsabilização do requerido pela quantia histórica de **R\$ 4.836.905,00** (quatro milhões, oitocentos e trinta e seis mil, novecentos e cinco reais), na medida em que o mesmo figurou com autoridade responsável por ambas as dispensas de licitação que culminaram

na formalização dos contratos n. 228/2003 e n. 37/2002, com plena ciência da ilegalidade de tais condutas. Assim, **condeno-o** ao ressarcimento dos valores não licitados no importe de **R\$ 4.836.905,00**, a ser atualizado, conforme fundamentação a seguir.

14.3.2 JORGE ADAIME FILHO: Na linha antecipada alhures, entendo que o dever de ressarcimento integral previsto no art. 59, da L8666/93, deve ser restrito ao âmbito dos agentes públicos que tenham atuado dolosamente na sua conduta. Em relação à este requerido, em que pese grave a desídia na sua atuação de acessória jurídica, não vislumbrei dolo em sua conduta, de sorte que afasto o dever de ressarcir perante a ele.

14.3.3 VÍRGÍNIO PEREIRA NEVES: Frente à notável semelhança do comportamento entre este e o réu e o requerido JORGE ADAIME, adoto como razões de decidir as ponderações vertidas no item precedente (14.3.2, supra), para afastar a aplicação desta sanção em relação ao réu VÍRGÍNIO.

14.3.4 ALBERI VARGAS: Na espécie, sua participação nos fatos se limitou a autorizar a dispensa de licitação para a formalização do contrato n. 37/2002, razão pela qual obtempero pertinente sua condenação ao pagamento, solidário, da quantia de **R\$ 1.600.000,00** (um milhão e seiscentos mil reais - Evento 1; OUT2, p. 24), a ser devidamente atualizado, nos termos da fundamentação a seguir.

14.3.5 ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS: De outra banda, como a participação do requerido ANTÔNIO SÉRGIO se circunscreveu no campo da dispensa de licitação para a formalização do contrato n. 228/2003, imperativa se revela sua condenação ao pagamento, solidário, do montante de **R\$ 3.236.905,00** (três milhões duzentos e trinta e seis mil e novecentos e cinco reais - Evento 1; OUT11, p. 1), a ser devidamente atualizado, nos termos da fundamentação.

14.3.6 CLÓVIS SILVA LIMA: Enfim, na linha já assinalada, *é inegável que a extensão da responsabilidade deste acusado é proporcionalmente inferior a dos demais demandados*, isto é, o este requerido está sendo condenado exclusivamente por culpa na assinatura do contrato n. 37/2002, de sorte que essa providência não se afigura adequada. Em outras palavras, imputar-lhe o dever de ressarcimento de uma quantia deste jaez, pela falta de cautela, do meu ponto de vista, viola a vedação ao excesso. Afasto, assim, a aplicação de tal reprimenda.

Quanto aos índices aplicáveis à espécie, deverão ser apurados na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, para **assentenças condenatórias em geral**. (http://www.jfrs.jus.br/upload/Contadoria/manual_calculos_jf.pdf).

14.4 Multa civil (L8429/92, art. 12, II)

Quanto à multa civil, penso que sua aplicabilidade deve ser diferida. Considerando a diversidade da natureza das condutas ímprobas praticadas pelos réus, entendo que é razoável, no caso, a imposição da pena de multa civil para ambos, porém em gradação diferenciada.

De toda a prova vertida nos autos, infiro que as condutas ímprobas imputadas aos réus tiveram origem, essencialmente, no descaso e desprezo aos procedimentos licitatórios pertinentes, bem como às orientações do Tribunal de Contas, burlando a imposição constitucional atribuída à Administração, utilizando-se da FATEC como uma 'fachada formal' para a contratação indireta da empresa almejada.

Pondero, porém, que os réus tiveram participação bastante diversa nas contratações ilegais. Nessa via, passo analisar o cabimento da medida, conforme já analisado em tópicos antecedentes. Ressalte-se que enquanto a pena de ressarcimento ao erário visa a recompor o patrimônio público que foi lesado, a multa civil fundamenta-se na necessidade de reparar o dano moral que o agente infligiu à Administração Pública ao violar deveres éticos que orientam toda e qualquer atividade administrativa (TRF4, AC 2003.72.02.000256-3, Quarta Turma, Relator Valdemar Capeletti, DJ 19/01/2005).

Enfim, quanto ao *quantum* a ser fixado a essa penalidade, a lei de regência preconiza que poderá ser *até duas vezes o valor do dano*. Entretanto, considerando **aexpressiva monta** dos valores a ressarcir (estimado alhures), entendo que tal modalidade deve limitar-se à **1/10 (um décimo)** de tal importância, em observância ao princípio da vedação ao excesso que deve orientar o julgador em hipóteses como a presente.

Erigidas essas balizas, faço remissão aos fundamentos elencados no **item 14.3** (e seus desdobramentos) do presente ato, onde analisei a extensão dos danos de improbidade. Com forte naqueles argumentos, estipulo o valor de multa civil da seguinte forma:

14.4.1 PAULO JORGE SARKIS: R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)

14.4.2 JORGE ADAIME FILHO: R\$ 100.000,00 (cem mil reais)

14.4.3 VÍRGÍNIO PEREIRA NEVES: R\$ 100.000,00 (cem mil reais)

14.4.4 ALBERI VARGAS: R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)

14.4.5 ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS: R\$ 250.000,00
(duzentos e cinquenta mil reais)

14.4.6 CLÓVIS SILVA LIMA: R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Os valores atinentes à multa civil deverão ser corrigidos a contar desta data, pelos mesmos critérios aplicáveis ao ressarcimento do dano (tópico antecedente) e destinados à instituição ou entidade assistencial deste Município de Santa Maria.

14.5 Suspensão de direitos políticos (L8429/92, art. 12, II)

A análise neste aspecto deve ser feita também considerando o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, como acima referido. Com efeito, a suspensão do exercício de um dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente configura penalidade severa, havendo que se levar em conta, para sua aplicação, a extensão do dano e a repercussão deste no âmbito da instituição lesada.

Consoante leciona o E. STJ, tem se mitigado *a imposição da sanção de direitos políticos nas condenações por ato de improbidade, por ser a mais drástica das penalidades estabelecidas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, devendo ser considerada a gravidade do caso, e não a das funções do acusado.* (STJ - REsp: 1228749 PR 2010/0217926-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 03/04/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2014).

Sob o prisma dessas recomendações, obtempero que, pela gravidade da penalidade em exame, tenho que deve ser restrita ao réu PAULO JORGE SARKIS, na medida em que este demandado, em franco desrespeito e desprestígio ao princípio da legalidade e ao decoro que deveriam guiar suas condutas como autoridade máxima da UFSM, foi reincidente na prática de improbidade administrativa.

Não é despiciendo reiterar que o réu, atuando com desprezo às recomendações do TCU, à lei e à CF, simplesmente retomou a conduta apontada como ilícita, avalizando, por duas vezes, dispensas de licitações e autorizando o pagamento de gastos ilegais do dinheiro público que atingem proporções milionárias.

É causa de enorme estranheza a este Magistrado a normalidade com que se procederam as condutas ilícitas, defendidas como se fosse uma prática ordinária, que não geraria ofensa ao ordenamento jurídico brasileiro. Ora, dispensa indevida de licitação é uma agressão à sociedade brasileira, e sua prática

reiterada não pode ser tolerada, sob pena de se por em xeque as contratações da Administração Pública.

Sob esse enfoque, entendo que o réu PAULO JORGE SARKIS, pelo descaso no trato da coisa pública, merece ter seus direitos políticos suspensos, nos termos do art. 12, II, da L8429/92, pelo prazo de 04 (quatro) anos. Ressalvo, enfim, que tal medida só operará a eficácia após o trânsito em julgado a presente decisão, nos lindes do art. 20, da L8429/92.

Em relação aos demais réus, entendo que as demais penalidades aplicadas, *in casu*, são suficientes para repreender e coibir a reiteração de práticas tais quais irrogadas nestes autos. Inaplicável, pois, essa sanção em relação aos outros demandados.

14.6 Proibição de contratar com o Poder Público (L8429/92, art. 12, II)

Por fim, no que concerne à proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, creio que não é razoável a aplicação dessa sanção no caso em apreço, pois as penas que serão suportadas pelos réus são suficientes, *in casu*, para repreender, punir e impedir a reiteração de atos como os que ora se examina.

15. Da indisponibilidade dos bens.

Um último ponto resta ser dirimido.

O MPF não postulou no decorrer do *iter* processual o deferimento da medida cautelar prevista na LIA (art. 7º). Todavia, frente ao acolhimento parcial da pretensão deduzida, diviso necessidade na providência, de sorte que passo a apreciá-la, de ofício.

15.1 Da possibilidade da decretação da medida de ofício.

Em que pese não requerido pelo MPF o bloqueio de bens pertencentes aos demandados, obtempero ser cabível e necessário, devendo-se, preambularmente, frisar que a indisponibilidade de bens não se constitui como matéria tangente ao mérito. Cuida-se de provimento de natureza acautelatório, cujo fito é o de assegurar a efetivação do comando inserto na presente sentença condenatória.

A justificativa legal a embasar essa medida se encontra no poder de geral da cautela afeto ao juízo (CPC, art. 798). Com efeito, não é razoável aguardar até o trânsito em julgado para serem adotadas medidas tendentes à

possível execução do julgado, de sorte que o provimento cautelar, nesse juízo de cognição exauriente, se revela adequado para coibir dilapidações indevidas do patrimônio dos requeridos.

A providência que estou a tomar encontra guarida na jurisprudência pátria, conforme enunciam os precedentes a seguir, oriundos, respectivamente, do TRF4 e STJ:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. Nas ações civis públicas nas quais se busca o ressarcimento de dano decorrente de ato ilícito que não constitui ato de improbidade administrativa, a indisponibilidade de bens do réu pode ser decretada pelo magistrado em decorrência de seu poder geral de cautela, inserto no art. 798 do CPC. O deferimento da medida cautelar exige o preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, que serão aferidos a partir do conjunto probatório carreado aos autos. Não há falar, aqui, em *periculum in mora* presumido, pois somente a configuração de situação objetiva/concreta indicadora de risco de insolvência ou esvaziamento do patrimônio justifica a decretação de indisponibilidade dos bens da parte demandada. In casu, não há qualquer comprovação nos autos de que o réu esteja praticando atos no sentido de se desfazer de seu patrimônio com o objetivo de frustrar futura e eventual execução de sentença condenatória. (TRF4, AG 5001220-42.2013.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 02/05/2013)

*Para ser decretada a indisponibilidade de bens (art. 7º da Lei n. 8.429/1992), faz-se necessário haver fortes indícios de que o ente público atingido pelo ato de improbidade tenha sido lesado patrimonialmente ou que de o agente que praticou o ato tenha enriquecido em decorrência da prática de ato ilícito. A medida contida no art. 7º da Lei n. 8.429/1992 está inserida no poder de cautela do juiz (art. 798 do CPC) e, para o seu deferimento, necessários os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento. REsp 731.084-PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 2/2/2006.*

Igualmente, a doutrina abalizada (destaquei):

'Além disso, poderá o juiz deferir medidas cautelares ex officio (sempre incidente, lembre-se), toda vez que verificar a ocorrência de um caso excepcional, em que a efetividade do processo já em curso encontra-se ameaça de lesão' (in CÂMARA, Alexandre. Lições de Direito Processual Civil. V. III. 12ª Ed. p. 59)

'A medida cautelar que é apenas a providência tomada pelo juiz para preservar a eficácia ou utilidade do processo, ou seja, a medida prática que ordinariamente resulta do processo cautelar, essa medida, em circunstâncias excepcionais, pode ser tomada de ofício pelo juiz, sem pressuposto da ação e do processo cautelares' (in THEODORO JUNIOR. Humberto. Processo Cautelar. 22ª Ed. 2005. p. 88)

'A partir daí, compreende-se, pois, a concepção defendida por Calamandrei da ação cautelar - que ele, alias, não denominava ação, simplesmente provimento - como simples providências jurisdicionais dirigidas mais a que a defender os direitos subjetivos, a garantir a eficácia e, por assim dizer, a seriedade da fundação jurisdicional (...) Essa perspectiva conceitual está flagrante no art. 797 do código que menciona o poder conferido ao juiz de determinar medidas cautelares ex officio. Esses provimentos, como se vê, estando inclusos no officium, não constituem ações e respondem precisamente às faculdades de polícia judiciária reclamadas por Calamandrei como necessárias para salvaguarda do imperium iudicis' (in BAPTISTA DA

SILVA. Ovídio Araújo. *A ação cautelar inonimada no direito brasileiro*. 4ª Ed. 1992. p. 133 a 134)

15.2 Dos requisitos genéricos da medida liminar no CPC.

O deferimento de tutela antecipatória demanda a presença concomitante dos requisitos de verossimilhança das alegações e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, acaso não prestada de imediato a tutela pretendida pela parte (CPC, art. 273).

Quanto ao primeiro requisito, é oportuno trazer à colação o ensinamento do eminente Ministro do STJ, Teori Albino Zavaschi (grifei):

'Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrições a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação de tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação. O 'fumus boni iuris' deverá estar especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos'. (in ' antecipação da tutela ', págs. 75/76, Ed. Saraiva, 1999, 2ª edição).

Com relação ao perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, sua exegese deve ser feita não só à luz de situações de efetivo dano, mas, sim, aliado ao conceito de urgência na prestação jurisdicional.

Na mesma linha, segundo o CPC, os requisitos para se alcançar uma providência de natureza cautelar são, basicamente, dois: (1) um dano potencial, um risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do *periculum in mora*, risco esse que deve ser objetivamente apurável; (2) a plausibilidade do direito substancial invocado, ou seja, o *fumus boni iuris*.

15.3 Dos requisitos específicos e dos limites na medida na LIA

A *indisponibilidade de bens* juntamente com o *seqüestro* e o *afastamento provisório do agente administrativo* compõem as providências cautelares específicas da Lei de Improbidade Administrativa (embora parte da doutrina trate o *seqüestro* como *espécie* do gênero *indisponibilidade de bens*, como elucida Carlos Frederico Brito dos Santos, *Improbidade Administrativa: reflexões sobre a Lei 8.429/92 - 2. Ed. Ver., atual., ampl. e com jurisprudência*. - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 276).

A medida em questão vem prevista no art. 7º da L 8.429/92:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

No que respeita aos requisitos para a decretação do bloqueio dos bens do acusado de improbidade, a jurisprudência majoritária do STJ converge no sentido de que *opericulum in mora* está implícito no próprio comando legal, ou seja, mostra-se prescindível prova indiciária de dilapidação patrimonial, bastando, para tanto, base probante acerca do dano noticiado.

Nas palavras do Ministro HERMAN BENJAMIN, a decretação de indisponibilidade dos bens *não está condicionada à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, porquanto visa, justamente, a evitar dilapidação patrimonial. Posição contrária tornaria difícil, e muitas vezes inócua, a efetivação da Medida Cautelar em foco. O periculum in mora é considerado implícito* (STJ, EDcl no REsp 1211986/MT, 24/05/2011, DJe 09/06/2011).

Na mesma direção, aquela Corte assenta que a indisponibilidade de bens **(a)** *é possível antes do recebimento da petição inicial*, **(b)** *pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba* e **(c)** *deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil.*

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO INAUDITA ALTERA PARS. REQUISITO. EXISTÊNCIA DE FORTES INDÍCIOS DE DANO AO ERÁRIO. SÚMULA 7/STJ. NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DO ALCANCE PATRIMONIAL.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de combater atos de improbidade administrativa por dano ao Erário do Município de Pirambu, envolvendo Prefeito, Secretária Municipal de Ação Social, Deputado Estadual e comerciantes locais .

2. Segundo consta na petição inicial, ao longo do período de 2002 a 2006 foram realizados inúmeros contratos irregulares para aquisição de alimentos e material de limpeza, marcados sobretudo pelo indevido fracionamento dos valores para burlar a modalidade licitatória e pela finalidade de uso pessoal dos produtos adquiridos com verba pública. O ora recorrente é um dos réus da ação, tendo sido demandado na qualidade de sócio-diretor do supermercado que se sagrou vencedor em diversas licitações

3. O Juízo de 1º grau determinou a indisponibilidade dos bens dos réus liminarmente, tendo sido mantida a decisão pelo Tribunal de Justiça.

4. A tese recursal não encontra guarida na jurisprudência do STJ, firmada no sentido de que a decretação da indisponibilidade dos bens inaudita altera pars: a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, sendo suficiente a constatação de fortes indícios de improbidade causadora de dano ao Erário; e c) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba. (...)

(...)

8. A indisponibilidade dos bens deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil. Precedentes do STJ.

(...)

(REsp 1194045/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 03/02/2011)

15.4 Do caso concreto.

No caso ora telado, mais do que meros indícios de improbidade administrativa, o que se produz, nesse juízo de cognição exauriente, é a própria certeza da prática de atos albergados pelas reprimendas da L8429/92.

Em suma, reportando-me aos pressupostos da medida cautelar analisados em tópico anterior, bem como a análise dos atos de improbidade, que culminaram no importe de **R\$ 4.836.905,00** (quatro milhões, oitocentos e trinta e seis mil, novecentos e cinco reais) de gastos não licitados, reputo pertinente a decretação, de ofício, da indisponibilidade dos bens de todos os condenados, já que, afinal, *o requisito cautelar do periculum in mora está implícito no próprio comando legal, que prevê a medida de bloqueio de bens, uma vez que visa a 'assegurar o integral ressarcimento do dano* (REsp 1310984/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013)

Já nos contornos da medida, o STJ é firme em acentuar que, *nas demandas de improbidade administrativa, a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 não depende da individualização dos bens pelo Parquet* (REsp 1343293/AM, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 13/03/2013).

Nessa linha, na busca da maior efetividade, a medida se estenderá a todos os imóveis, veículos, valores em espécie ou depositados em instituições financeiras, aplicações financeiras de toda ordem, direitos, cotas sociais, ações e títulos de crédito, nos termos concentrados no final desta decisão.

Por outra via, entendo que a medida cautelar ora decretada deve se restringir ao patrimônio dos réus que guardem o dever de ressarcir o Erário em decorrência dos gastos não licitados. Embora não ignore a jurisprudência do E. STJ, no sentido de que a indisponibilidade dos bens pode visar tão somente garantir o pagamento das multas impingidas, tenho que tal posicionamento não deve prevalecer na espécie.

Isso porque a decretação da cautelar de ofício pelo Magistrado é providência excepcional, devendo se limitar, no caso, tão somente aos valores decorrentes dos gastos não licitados. Tal atitude também reverencia parcela dos réus, que, a teor da prova vertida, não tiveram comportamento doloso nos atos ímprobos aqui constatados.

Em suma, a medida liminar será direcionado aos responsáveis pelo ressarcimento ao Erário, sobretudo considerando as quantidades que se está a tratar.

Diante do acima exposto, decreto a indisponibilidade dos bens de PAULO JORGE SARKIS, ALBERI VARGAS e ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS, forte no art. 798, do CPC e art. 7º, da L8429/92, nos termos concentrados ao final da presente decisão.

16. Do valor da causa.

É noção cediça que *o valor da causa deve corresponder ao conteúdo econômico que se pretende auferir na ação de improbidade, qual seja, o ressarcimento integral do dano* (TJ-RS - AI: 70044543882 RS , Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Data de Julgamento: 19/08/2011, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/08/2011).

Desta feita, **retifico**, de ofício, o valor da causa para **R\$ 4.836.905,00**.

Retifique-se a autuação.

Dispositivo.

ANTE O EXPOSTO, nos termos da fundamentação precedente, **rejeito** as preliminares invocadas e, no mérito, julgo **parcialmente procedente os pedidos vertidos** na inicial (CPC, art. 269, I), para o efeito de:

(a) Condenar o réu **PAULO JORGE SARKIS** pela prática de atos de improbidade administrativa, na forma dolosa, restando incurso no art. 10, VIII, da L8429/92.

a.1 Condeno o referido réu às seguintes penalidades previstas no art. 12, II, da L8429/92:

a.1.1 a perda da função pública (*lato sensu*), caso ainda exerça por ocasião do trânsito em julgado da presente decisão, inclusive com a conseqüente cassação de sua aposentadoria (item 14.2.1, supra),

a.1.2 ressarcimento solidário do dano, estimado **R\$ 4.836.905,00** (quatro milhões, oitocentos e trinta e seis mil e novecentos e cinco reais), a ser atualizado, conforme fundamentação (item 14.3.1, supra);

a.1.3 multa civil no valor de **R\$ 500.000,00** (quinhentos mil reais), devidamente atualizados e acrescidos de juros de mora, na forma da fundamentação (item 14.4.1, supra)

a.1.4 suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de **04 (quatro) anos**, ressalvando-se que a eficácia da medida é condicionada ao trânsito em

julgado da presente sentença, nos termos do art. 20, da L8429/92 (item 14.5, supra).

(b) Condenar o réu JORGE ADAIME FILHO pela prática de atos de improbidade administrativa, na forma culposa, restando incurso no art. 10, VIII, da L8429/92.

b.1 Condeno o referido réu às seguintes penalidades previstas no previstas no art. 12, II, da L8429/92:

b.1.1 multa civil no valor de **R\$ 100.000,00** (cem mil reais), devidamente atualizados e acrescidos de juros de mora, na forma da fundamentação (item 14.4.2, supra)

b.1.2 decreto-lhe a impossibilidade de exercer de qualquer **cargo**, *stricto sensu*, **comissionado** (*assessoria, chefia ou direção*), que porventura ocupe quando do trânsito em julgado desta decisão, e enquanto perdurarem os seus efeitos (05 anos), **sem prejuízo da manutenção do cargo efetivo**. (item 14.2.2, supra)

(c) Condenar o réu VÍRGÍNIO PEREIRA NEVES FILHO pela prática de atos de improbidade administrativa, na forma culposa, restando incurso no art. 10, VIII, da L8429/92.

c.1 Condeno o referido réu às seguintes penalidades previstas no previstas no art. 12, II, da L8429/92:

c.1.1 multa civil no valor de **R\$ 100.000,00** (cem mil reais), devidamente atualizados e acrescidos de juros de mora, na forma da fundamentação (item 14.4.3, supra)

c.1.2 decreto-lhe a impossibilidade de exercer de qualquer cargo, *stricto sensu*, **comissionado** (*assessoria, chefia ou direção*), que porventura ocupe quando do trânsito em julgado desta decisão, e enquanto perdurarem os seus efeitos (05 anos), **sem prejuízo da manutenção do cargo efetivo** (item 14.2.3, supra).

(d) Condenar o réu ALBERI VARGAS pela prática de atos de improbidade administrativa, na forma dolosa, restando incurso no art. 10, VIII, da L8429/92.

d.1 Condeno o referido réus às seguintes o referido réu às seguintes penalidades previstas no previstas no art. 12, II, da L8429/92:

d.1.1 a perda da função pública (*lato sensu*), caso ainda exerça por ocasião do trânsito em julgado da presente decisão, inclusive com a cassação de eventual aposentadoria decorrente do cargo (item 14.2.4, supra).

d.1.2 ressarcimento solidário do dano, estimado em **R\$ 1.6000,00** (um milhão e seiscentos mil reais), a ser atualizado na forma da fundamentação (item 14.3.4, supra);

d.1.3 multa civil no valor de **R\$ 250.000,00** (duzentos e cinquenta mil reais) devidamente atualizados e acrescidos de juros de mora, na forma da fundamentação (item 14.4.4, supra)

(e) Condenar o réu ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FÁRIAS pela prática de atos de improbidade administrativa, na forma dolosa, restando incurso no art. 10, VIII, da L8429/92.

e.1.1 a perda da função pública (*lato sensu*), caso ainda exerça por ocasião do trânsito em julgado da presente decisão, inclusive com a cassação de eventual aposentadoria decorrente do cargo (item 14.2.5, supra);

e.1.2 ressarcimento solidário do dano, estimado em **R\$ 3.236.905,00** (três milhões duzentos e trinta e seis mil e novecentos e cinco reais), a ser atualizado na forma da fundamentação (item 14.3.5, supra);

e.1.3 multa civil no valor de **R\$ 250.000,00** (duzentos e cinquenta mil reais) devidamente atualizados e acrescidos de juros de mora, na forma da fundamentação (item 14.4.5, supra)

(f) Condenar o réu CLÓVIS SILVA LIMA pela prática pela prática de atos de improbidade administrativa, na forma culposa, restando incurso no art. 10, VIII, da L8429/92:

f.1.1 multa civil no valor de **R\$ 50.000,00** (cinquenta mil reais) devidamente atualizados e acrescidos de juros de mora, na forma da fundamentação (item 14.4.6, supra);

(g) Absolver o réu SILVESTRE SELHORST da prática dos atos de improbidade administrativa que lhe foram imputados (L8429/92, art. 10, VIII);

(h) Absolver o réu RONALDO ETCHETCHURY MORALES da prática dos atos de improbidade administrativa que lhe foram imputados (L8429/92, art. 10, VIII).

Quanto aos índices aplicáveis à espécie, deverão ser apurados na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça

Federal, para **assentenças condenatórias em geral.**
(http://www.jfrs.jus.br/upload/Contadoria/manual_calculos_jf.pdf).

Nos termos da fundamentação (item 15, supra), com fulcro no art. 798, do CPC c/c art. 7º, da L8429/92, **decreto a indisponibilidade dos bens** dos réus PAULO JORGE SARKIS, ALBERI VARGAS e ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS, na seguinte extensão:

PAULO JORGE SARKIS: R\$ 4.836.905,00 (*quatro milhões, oitocentos e trinta e seis mil e novecentos e cinco reais*)

ALBERI VARGAS: R\$ 1.600.000,00 (*um milhão e seiscentos mil reais*)

ANTÔNIO SÉRGIO FREITAS FARIAS: R\$ 3.236.905,00 (*três milhões, duzentos e trinta e seis mil reais e novecentos e cinco reais*)

Diligências para secretária:

A indisponibilidade dos bens deverá observar os limites supra delineados, adotando-se as seguintes providências e os seguintes critérios:

a.1. expedição de ofício ao Registro de Imóveis de Santa Maria para a **indisponibilidade** de todos os bens e direitos lá registrados, informando ao juízo, em 10 (dez) dias, as medidas adotadas e atos praticados;

a.2 expedição de ofício ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas de Santa Maria para a **indisponibilidade** de todas as cotas sociais das empresas lá registradas das quais sejam os réus sócios ou usufrutuários de cotas;

a.3 expedição de ofício à Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, solicitando seja comunicada a **indisponibilidade** de bens para todas as serventias extrajudiciais do Estado;

a.4 expedição de ofício à Junta Comercial do Estado, para a **indisponibilidade** de todas as ações e/ou cotas sociais das empresas lá registradas das quais sejam os réus sócios, administradores ou usufrutuários de cotas/ações, com remessa a estes autos dos contratos sociais, no prazo de 5 (cinco) dias;

a.5 inclusão de restrição de transferência sobre veículos no sistema RENAJUD;

a.6 bloqueio pelo sistema BACEN-JUD de contas e aplicação financeiras, limitadas nos moldes supra referidos, além de envio de ofícios ao SICREDI;

a.7 Os bens imóveis **serão avaliados pelos Oficiais de Justiça.**

a.8 Os bens que excederem ao total de poderão ser liberados a critério deste Juízo.

Honorários advocatícios e custas. Custas serão suportadas pelos réus condenados (*pro rata*). **Sem condenação em honorários** advocatícios, eis que incabíveis na espécie, em face da vedação à percepção da verba de sucumbencial pelo MPF (art. 128, §5º, II, 'a' da CF). A UFSM, por sua vez, atua como mera interessada.

Retifique-se a autuação (item 16, supra).

Publique-se. Intimem-se. Registre-se.

Santa Maria, 01 de outubro de 2014.

GUSTAVO CHIES CIGNACHI
Juiz Federal Substituto

Documento eletrônico assinado por **GUSTAVO CHIES CIGNACHI, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **11505529v89** e, se solicitado, do código CRC **128D1B38**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Gustavo Chies Cignachi

Data e Hora: 01/10/2014 16:31