

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5001370-43.2012.404.7118/RS

RELATOR : FERNANDO QUADROS DA SILVA
APELANTE : CENTERLAB CENTRAL DE LABORATORIOS LTDA
: DIPROLAB DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS P/
: LABORATORIOS LTDA
ADVOGADO : MARCELE BERTONI ADAMES
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELANTE : SADI CANDIDO VIEIRA (SACAVI)
ADVOGADO : MARCELE BERTONI ADAMES
APELADO : ARNO TOMAS RECH
ADVOGADO : Gladimir Chiele
: ANDERSON LUÍS DO AMARAL
APELADO : OS MESMOS
APELADO : ROBERTO GRANDÓ
ADVOGADO : FREDERICO AUGUSTO VIEIRA GRANDÓ
APELADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

EMENTA

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONFIGURAÇÃO. LICITAÇÃO FRAUDULENTE. CARTA CONVITE. EMPRESAS COM MESMO QUADRO SOCIETÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPETITIVIDADE. SUPERFATURAMENTO. DANO AO ERÁRIO. SANÇÃO. PROPORCIONALIDADE. PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICITÁRIA. CONDENAÇÃO DO MPF EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO.

1. Consoante o artigo 37, §4º, da CRFB, '*os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*'

2. Em regulamentação ao dispositivo constitucional, a Lei n. 8.429, de 02 de julho de 1992, definiu os atos caracterizadores de improbidade administrativa, especificando-os em três categorias diversas, de acordo com os níveis gradativos de gravidade da conduta e de ofensa ao patrimônio público: atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

3. De acordo com o artigo 9º da Lei em referência, '*constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade (...)*'. Por sua vez, o artigo 10 do

destacado texto legal expressa que *'constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...).'* Completando o ciclo de conceituações, a Lei n. 8.429/1992, em seu artigo 11, giza que *'constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (...).'*

4. Havendo a comprovação em juízo da existência de fraude em procedimento licitatório (Carta Convite), com direcionamento da adjudicação e aquisição superfaturada de bem móvel, por ente municipal (através de seu gestor, de servidores públicos e de terceiros beneficiários), acarretando prejuízo ao erário, necessária se apresenta a incidência da normatização de repressão aos atos configuradores de improbidade administrativa.

5. O fato das três empresas habilitadas na licitação pertencerem à mesma família prejudica o caráter competitivo da licitação, pois reduz significativamente o conflito de interesses.

6. O caso reveste-se de características semelhantes aos esquemas fraudulentos de licitações adotados em vários municípios brasileiros, existindo, portanto, elementos suficientes para demonstrar a presença do dolo nas condutas das empresas licitantes, que de forma livre e espontânea apresentaram propostas simuladas e superfaturadas, direcionando a escolha do vencedor do certame, anuindo com as condutas impugnadas e desconsiderando os princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade.

7. Quando as penas fixadas são adequadas (compatíveis com o fim visado, qual seja, reprimenda a uma atuação administrativa desleal) necessárias (inexistência de meio menos gravoso para atingir o objetivo legal, que é a busca do respeito incondicional aos princípios da Administração Pública e a recomposição ao erário) e proporcionais em sentido estrito (aptidão para garantir a exemplaridade da punição, observando paralelismo com o montante do dano causado), não há razões para a alteração das reprimendas.

8. Aplica-se à ação de improbidade o disposto no art. 18 da Lei 7.347/85, segundo o qual o MPF é isento do pagamento de honorários de advogado, custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

9. Apelação dos réus improvida. Apelação do MPF parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação dos réus e dar parcial provimento à

apelação do MPF, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 17 de setembro de 2014.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em 24-04-2002, com base no inquérito civil 006/2001, contra Iron Louro Baldo de Albuquerque, ex-prefeito do Município de Carazinho e Roberto Grandó, ex-secretário Municipal da Saúde do Município de Carazinho, Arno Tomaz Rech, funcionário público, Centerlab- Central de Medicamentos, Diplolab - Distribuidora de Produtos para Laboratórios Ltda e Sadi Cândido Vieira (SACAVI) imputando aos réus o emprego de recursos públicos destinados ao Município pelo FNS em desacordo com planos ou programas a que se destinavam, superfaturamento e afronta ao princípio da competitividade na licitação.

Requeru o Ministério Público a declaração de nulidade da licitação e a condenação solidária dos réus ao ressarcimento integral do dano e multa civil no valor de três vezes o valor do dano, a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição do direito de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios.

Apresentadas defesas preliminares, os réus foram citados e apresentaram contestação.

A União manifestou interesse na lide e a competência foi declinada para a Justiça Federal.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido (SENT407).

Encaminhado e-mail com cópia da sentença ao Ministério Público (OFÍCIO/C409).

Juntada aos autos da planilha de vendas liquidas que a Bayer S/A apresentou no inquérito Policial n. 2005.71.18.0043884 (PET411).

Após, o magistrado profere decisão interlocutória no sentido de que 'A sentença de fls. 3426-3456 (arquivo GEDPR0 n. 5431582) contém inexatidões materiais que devem ser corrigidas com base no art. 463, I, do CPC' (DECISÃO/412) e profere nova sentença mantendo o inteiro teor da primeira no que tange aos fatos e alterando o julgado no que tange à sucumbência (SENTENÇA413).

Irresignados, os requeridos CENTERLAB - Central de Laboratórios Ltda., DIPROLAB - Distribuidora de Produtos Para Laboratórios LTDA., SADI - Candido Vieira (SACAVI) e Roberto Grandó apelam.

Em julgamento ocorrido em 10/04/2013, esta Turma decidiu acolher a prejudicial de mérito e a remessa oficial para anular a segunda sentença, determinando o retorno dos autos à origem para intimação das partes para que se manifestem sobre a intenção de impugnar a primeira sentença.

Intimadas as partes, apenas o Ministério Público Federal (Evento 27) e as empresas CENTERLAB, DIPROLAB e SACAVI (Evento 20) interpuseram recursos de apelação.

CENTERLAB e outros sustentam, em síntese, que os fatos carecem de nexo de causalidade a justificar eventual pretensão das apelantes em beneficiar-se com o certame licitatório. Referem que, não obstante os dirigentes das empresas possuírem laços consanguíneos, estas atuam de forma independente, contando com administração própria, devendo ser considerada a diferenciação entre a pessoa dos sócios e a pessoa jurídica. Alegam que, para fins de demonstração da competitividade da licitação, não deve ser desconsiderado o convite encaminhado para a empresa RAMHO, posto que a comprovação de que não comercializava o produto apenas se revelou no decorrer do certame. Argumentam que não existe vedação na legislação para que empresas de mesmos sócios participem de licitações, não se podendo cogitar de uma 'presunção de conluio'. Asseveram que as informações prestadas pela empresa Bayer, imprescindível para solução da controvérsia, são confusas e contraditórias, inclusive quanto à moeda indicada nos orçamentos. Aduzem que o primeiro orçamento apresentado pela empresa CENTERLAB referia-se a aparelho de gasometria remanufaturado e não novo, não podendo gerar a desconfiança de superfaturamento. Informam que um aparelho da Bayer adquirido pelos distribuidores custava, na época, aproximadamente R\$ 40.000,00, não podendo ser vendido pelo mesmo valor, o que torna o valor proposto plenamente compatível com os valores de mercado. Ressaltam que, após avaliação minuciosa, eficaz e objetiva do procedimento de licitação em análise, o TCU reconheceu que não houve superfaturamento. Alegam serem inadequadas as sanções aplicadas, mostrando-se injusta a condenação, porquanto não demonstrado danos ao erário, uma vez que os bens licitados estão sendo

utilizados há mais de 08 anos. Alternativamente, requerem seja apurado, em liquidação por arbitramento, o real valor econômico dos equipamentos, com as devidas depreciações pelo uso e passagem do tempo. Pugnam pela observância do princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções, em especial na proibição de contratar com o Poder Público, não estando demonstrada qualquer conduta dolosa, quando muito culposa, bem como considerando que as recorrentes não são reincidentes e o proveito econômico alcançaria aproximadamente R\$ 30.000,00, o que não justifica a imposição da penalidade por 2 anos.

O MPF, por sua vez, sustenta que está demonstrada a responsabilidade do réu ARNO TOMAZ RECH na fraude do processo licitatório, porquanto, na qualidade de Presidente da Comissão de Licitação, deveria pautar sua conduta com o zelo necessário, constando como atribuição da comissão a conferência do edital, habilitação e julgamento dos concorrentes, o que não poderia ser dispensado. Assevera que, não havendo dados cadastrados das empresas concorrente, não é possível que se dispense a análise da documentação referente à personalidade jurídica das empresas. Pugna, por fim, seja afastada a condenação do MPF nos ônus da sucumbência, a teor do disposto no art. 18 da Lei 7.347/85.

Com contrarrazões (Evento 38 e 40), subiram os autos a este Tribunal Regional Federal.

É o relatório.

Inclua-se em pauta.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

VOTO

Os recursos devem ser conhecidos, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade.

- Do apelo do MPF: responsabilidade do réu ARNO TOMAZ RECH

No ponto, tenho que a sentença não está a merecer reparos, porquanto não demonstrado que o réu ARNO TOMAZ RECH, na condição de presidente da comissão permanente de licitação, tivesse, no caso concreto,

responsabilidade sobre os fatos relatados, especialmente sobre a escolha das empresas convidadas, *in verbis*:

(...)

2.8.2 Dos autores do presente ato de improbidade

A violação aos princípios da impessoalidade e da igualdade na licitação em apreço decorreu diretamente da ilícita conduta administrativa da Prefeitura de Carazinho de convidar três empresas de uma mesma família.

A Lei n. 5.057, de 15.5.1997, do Município de Carazinho, estabelecia que à Secretaria Municipal da Fazenda competia a sua gestão econômica e financeira. Para o desempenho de suas atribuições, essa secretaria contava com diversos setores, dentre os quais o de cadastro e o de compras (art. 6º) (fl. 386).

A portaria autorizadora do procedimento licitatório foi assinada pelo secretário da fazenda e editada em 30.1.2002. No mesmo dia, foi editado o ato convocatório, consistente em um convite, o qual foi assinado pela chefe do setor de compras. Somente depois disso é que o procedimento licitatório foi atribuído à comissão de licitação.

Assim, tenho que o erro da Prefeitura se deu na edição da portaria autorizadora e na edição do convite. **Foi nesse momento, em 30.1.2002, que deixou de ser conferida a habilitação jurídica das empresas da família Vieira, isto é, que se deixou de examinar o contrato social das empresas convidadas.** Ou, diferentemente, foi nesse momento que, por dolo, agentes públicos permitiram que empresas de mesmos proprietários participassem da licitação.

Seja por culpa ou por dolo, a omissão desses agentes públicos configurou evidente improbidade administrativa tipificada nos seguintes artigos da Lei n. 8.429/92:

1) Art. 10, V:

'V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;'

2) Art. 10, VIII:

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

3) Art. 10, XII:

'XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;'

4) Art. 11, II:

'II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;'

Tenho que esses atos não podem ser imputados a Arno Tomaz Rech, então presidente da comissão permanente de licitação, o qual foi apontado como réu na petição inicial. Como dito, foi somente depois da edição da portaria autorizadora que o procedimento licitatório foi atribuído à comissão de licitações, momento em que os convites já haviam sido editados.

A prova testemunhal ampara fortemente esse entendimento. Cumpre colacionar os depoimentos das testemunhas Luciana Basso e Isolde Maria Dias, servidoras concursadas da Prefeitura que já integraram a comissão municipal de licitações:

'TERMO DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA

Luciana Basso, brasileira, divorciada, Funcionária Pública Municipal, inscrita no RG sob n. 7027238811, residente na Rua Pedro Vargas, 1364, centro, no Município de Carazinho/RS. Prestou compromisso legal. Inquirida RESPONDEU: ocupa cargo concursado de técnico em contabilidade da prefeitura; em 2002 participou da comissão de licitação; a comissão de licitação recebia o processo somente na hora de julgar; era o setor de licitações e compras do município que fazia o cadastro dos fornecedores e que enviava os convites; acha que a chefe desse setor se chamava Maria Goreti, a qual não era concursada e não trabalha mais na prefeitura; não tinha conhecimento que havia empresas de mesmo proprietário; não conhecia as pessoas de Sadi e Ismael; a comissão de licitação não tinha como saber quem eram os proprietários das empresas licitantes. Dada a palavra ao Procurador do Réu Arno: trabalha na prefeitura há 21 anos; nunca ouviu nenhum comentário sobre ilicitudes praticadas por Arno; o cadastro de fornecedores era feito pelo Setor de Licitações e Compras; sem ter certeza, acha

que a comissão também era integrada por uma servidora de nome Mercedes Goetz. Dada a palavra ao Procurador do Réu Roberto: nada foi requerido. Dada a palavra ao Procurador das empresas réis: não sabe se havia algum órgão ou alguém na prefeitura que cuidasse da regularidade do procedimento licitatório; nunca ouviu falar de favorecimento de empresas em licitações na prefeitura. Dada a palavra ao MPF: o julgamento consistia no seguinte: a comissão de licitação recebia dois envelopes; em um, havia documentos da habilitação das empresas; no outro, as propostas; os documentos da habilitação consistiam em certidões negativas. Dada a palavra à União Federal: nada foi requerido. Nada mais disse nem lhe foi perguntado. Mandou, então, o MM. Juiz que se encerrasse este termo. Eu, Elvis Nei Wandscheer, Analista Judiciário, o digitei.' (Fl. 3277).

(...)

'TERMO DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA

Isolde Maria Dias, brasileira, casada, Funcionária Pública Municipal, inscrita no RG sob n. 5024310814, residente na Rua Saldanha Marinho, 141, centro, no Município de Carazinho/RS. Prestou compromisso legal. Inquirida RESPONDEU: ocupa o cargo concursado de Oficial Administrativo A da prefeitura; está na Secretaria da Administração mas integra e preside a comissão de licitação; a função da comissão de licitação é julgar o procedimento, ou seja, receber os envelopes, abri-los e examinar e decidir a proposta vencedora; quem inicia e forma o procedimento licitatório é a diretoria de licitação, órgão da Secretaria da Fazenda; até o ano passado, o cadastro dos fornecedores era feito por uma comissão específica; neste ano de 2009, o cadastro passou a ser feito por um dos integrantes da comissão de licitação; a diretoria de licitação foi criada na gestão passada; antes, acha que o procedimento licitatório era formado pelo Setor de Compras, órgão da Secretaria da Fazenda; atualmente, a Diretoria de Licitação emite os convites; antes, devia ser o Setor de Compras. Dada a palavra ao Procurador do Réu Arno: é funcionária da Prefeitura há 28 anos; Arno foi presidente da Comissão de Licitação por muito tempo; tinha conhecimento de que Arno gostaria de deixar essa função, pois devia ter muito trabalho como Contador; na sua opinião, Arno é um servidor exemplar, 'é servidor com nota máxima, sempre teve conduta exemplar'. Dada a palavra ao Procurador do Réu Roberto: somente ouviu falar coisas boas de Roberto Grandó, como pessoa e como médico. Dada a palavra ao Procurador das empresas réis: não ouviu comentários de que esta licitação estava favorecendo alguma empresa. Dada a palavra ao MPF: na época, estava na Secretaria da Administração; naquela época, não sabe se antes ou se depois, chegou a integrar por pouco tempo a comissão de licitação; não saberia dizer o local da falha que possibilitou empresas de um mesmo dono participar da mesma licitação; quem faz o cadastro não sabe qual empresa participará das futuras licitações; não sabe se quem emite os convites examina os contratos sociais das licitantes. Dada a palavra à União Federal: nada foi requerido. Nada mais disse nem lhe foi perguntado. Mandou, então, o MM. Juiz que se encerrasse este termo. Eu, Elvis Nei Wandscheer, Analista Judiciário, o digitei.' (Fl. 3279-3280).

Assim, o exame dos fatos revela que os autores do presente ato de improbidade foram, em tese, o então secretário da fazenda, Luís Rudy Becker (fl. 90); e a então chefe do setor de compras, Maria Gorete da Silva (fls. 92 e 146). Todavia, essas pessoas não integram o pólo passivo desta ação civil de improbidade administrativa, não podendo ser penalizadas, portanto.

De outro lado, o pedido deve ser julgado improcedente com relação ao réu Arno Tomaz Rech, então presidente da comissão de licitações do município.

(...)'

Assim, ainda que se considere ser atribuição da comissão a conferência do edital, habilitação e julgamento dos concorrentes, na espécie, não restou demonstrado que a licitação investigada tivesse seguido essa regra, ao

contrário, ao que se observa, tais atribuições foram transferidas a outros servidores, que não integraram o polo passivo.

- Do apelo das empresas CENTERLAB, DIPROLAB e SACAVI:

De plano, importa destacar que, consoante o artigo 37, §4º, da CRFB, *'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.'*

Em regulamentação ao dispositivo constitucional, a Lei n. 8.429, de 02 de julho de 1992, definiu os atos caracterizadores de improbidade administrativa, especificando-os em três categorias diversas, de acordo com os níveis gradativos de gravidade da conduta e de ofensa ao patrimônio público: atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

De acordo com o artigo 9º da Lei em referência, *'constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade (...).'*

Por sua vez, o artigo 10 do destacado texto legal expressa que *'constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...).'*

Completando o ciclo de conceituações, a Lei n. 8.429/1992, em seu artigo 11, giza que *'constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (...).'*

No caso dos autos, segundo entendo, existem provas substanciais acerca do dano causado ao erário em decorrência do fraudulento procedimento licitatório instaurado para a aquisição, pelo Município de Carazinho/RS, de um analisador de gasometria Bayer Rapidlab 348, em desprestígio à proteção dos bens públicos.

Há seguro material probante no sentido de que: (a) houve confusão patrimonial e societária entre as pessoas jurídicas envolvidas no certame administrativo (Carta Convite), sem que qualquer justificativa a respeito tenha sido apresentada pelo Chefe do Poder Executivo ou pela Comissão licitatória; (b)

houve superfaturamento na aquisição do bem móvel licitado, em desapego às determinações técnicas e avaliatórias estabelecidas em Plano de Trabalho fixado originalmente em consulta ao Administrador do Hospital de Caridade de Carazinho.

Com efeito, foram convidadas a participar do certame as seguintes empresas:

1) RAMHO - COM. PROD. HOSPITALARES LTDA., de Santa Maria; a qual restou comprovado que nem sequer comercializava o aparelho de gasometria descrito no instrumento convocatório da licitação;

2) a ora apelante DIPROLAB - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS PARA LABORATÓRIOS LTDA., de Porto Alegre, cujo quadro societário era composto por Ismael Ricardo Viera, filho de Sadi Cândido Vieira e Sadi Cândido Vieira, no período de 1995 a 1997.

3) a ora apelante SADI CÂNDIDO VIEIRA (SACAVI), de Porto Alegre, firma individual de Sadi Cândido Vieira; e

4) a ora apelante CENTERLAB - CENTRAL DE LABORATÓRIOS LTDA., de Porto Alegre, composta pelos sócios Sadi Cândido Vieira e Marlova Tomasini Vieira.

Apenas as três últimas apresentaram propostas (SACAVI PRODUTOS E SERVIÇOS PARA LABORATÓRIOS LTDA., no valor R\$ 82.080,00; DIPROLAB - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS PARA LABORATÓRIOS LTDA., no valor de R\$ 86.890,00; e CENTERLAB - CENTRAL DE LABORATÓRIOS LTDA. no valor de R\$ 74.600,00), tendo sido declarada vencedora a proposta de menor valor, apresentada pela empresa CENTERLAB.

O fato das três empresas habilitadas na licitação pertencerem à mesma família prejudica o caráter competitivo da licitação, pois reduz significativamente o conflito de interesses.

Ainda que a participação de empresas do mesmo grupo familiar não represente, a princípio, qualquer ilicitude no procedimento licitatório, não se pode ignorar que no ano de 2001 somente as empresas CENTERLAB e DIPROLAB eram distribuidoras exclusivas da Bayer no Estado (CARTA PR368, fl. 26), sendo que causa estranheza o convite remetido para a empresa SACAVI. Logo, é possível afirmar que a empresa SACAVI, assim como a empresa RAMHO, foram convidadas apenas para composição do número mínimo de participantes na modalidade prevista.

Eis os depoimentos dos demandados:

SADI CÂNDIDO VIEIRA, proprietário das empresas CENTERLAB e SACAVI (AUDIÊNCIA377, fls. 08/09):

'(...) as empresas Centerlab e Sacavi não participavam das mesmas licitações,' participaram da presente licitação por erro do pessoal do depoente; não participavam das mesmas licitações porque a Sacavi muitas vezes, não tinha todos os requisitos exigidos, como, por exemplo, 'índice financeiro' acha que não é permitido duas empresas de mesmo dono concorrerem na mesma licitação; não teve participação direta na elaboração das propostas das suas empresas; as empresas possuem setores que cuidam das licitações; apenas assinou propostas; (...) a diferença de preços propostos nas propostas de Centerlab e Sacavi devem decorrer 'de erro de meu pessoal'; o depoente não teve participação direta na formulação dos preços; se tivesse tido participação em uma ou outra, o preço poderia ser diferente; (...) alguns produtos da Centerlab e da Diprolab são oriundos de mesmos fornecedores; acha que, eticamente, duas empresas de mesmo dono não podem concorrer na mesma licitação; (...)'

GELSSY FRANCISCO VIEIRA, sócio minoritário da empresa DIPROLAB (CARTA PR368, fls. 23/25):

'Afirma que em algumas oportunidades as empresas SACAVI, DIPROLAB e CENTERLAB chegaram a participar juntas de licitações para equipamentos de laboratórios, o que foi o caso da licitação objeto dessa lide. Afirma que normalmente apenas as empresas CENTERLAB e DIPROLAB participam juntas concorrendo com outras do ramo de equipamento de laboratório.'

Nos termos dos depoimentos, conclui-se que as empresas convidadas não deveriam ter participado em conjunto da presente licitação, o que decorreu de erro dos funcionários, sendo possível sustentar, ainda, que o Sr. Sadi Cândido Vieira estava ciente dos valores das propostas das empresas de sua propriedade, em que pese negar que tenha influenciado na cotação desses valores. No caso, inegavelmente houve manipulação para consagrar-se vencedora a empresa CENTERLAB.

O plano de trabalho inicialmente encaminhado pelo administrador do Hospital de Caridade de Carazinho foi acompanhado de orçamento apresentado pela empresa CENTERLAB, tendo sido indicado para aquisição o analisador modelo 248, no valor proposto de R\$ 27.400,00, em 30/07/2001.

Consta, ainda, orçamento da mesma empresa para o modelo 348, no valor de R\$ 38.500,00.

Alterado o plano de trabalho, a Administração Municipal optou por licitar o modelo 348, todavia em valor muito superior ao anterior orçamento, sem qualquer documentação a aparelhar a cotação.

Argumentam os apelantes que tal diferença deve-se ao fato dos orçamentos terem sido elaborados para equipamentos remanufaturados, porquanto consta a entrega imediata e não consta prazo de garantia.

Ocorre que tal alegação não se sustenta.

Nos orçamentos encaminhados não há qualquer menção sobre tratar-se de equipamento remanufaturado. O próprio plano de trabalho inicialmente elaborado pelo Hospital faz referência expressa ao modelo 248, sem ressalva sobre seu estado de conservação, informando o exato valor indicado no orçamento de tal modelo.

Tal fato contradiz a alegação de que a intenção do Hospital era de adquirir equipamento novo, posto que, se assim fosse, não haveria a necessidade de orçar aparelhos remanufaturados, bem como tal informação constaria necessariamente do plano de trabalho encaminhado (ANEXOS PET INI3, fl.28).

Reconhecem os apelantes que os distribuidores adquiriam o equipamento da Bayer no valor de aproximadamente R\$ 40.000,00, razão porque não poderia revender o equipamento pelo mesmo valor.

Ora, tal valor não destoa muito do orçamento encaminhado para a municipalidade (referente ao modelo 348) e, ainda que se admitisse a inclusão de despesas administrativas em geral, mostra-se extramente elevado o valor da proposta em R\$ 74.600,00.

Outro fato que contradiz as alegações recursais (quanto ao primeiro orçamento de R\$ 38.500,00 constar entrega imediata e, por isso, deveria ser tido como equipamento remanufaturado) surge quando da apresentação da proposta vencedora, na qual a CENTERLAB indica o valor de R\$ 74.600,00, também com entrega imediata (ANEXOS PET INI3, fl. 100).

Assim, mesmo que fossem desconsideradas as informações apresentadas pela Bayer, em razão de eventual dificuldade em se apurar a moeda em que fornecidas as cotações na época, os elementos acima carreados, em conjunto com as demais provas dos autos, são suficientes para estabelecer-se o superfaturamento do preço.

Sobre as conclusões tecidas pelo Tribunal de Contas da União para arquivamento da Tomada de Contas Especial instaurada em face do Espólio do ex-Prefeito do Município, tendo a apuração detido-se sobre a conduta do agente político e estando limitada aos aspectos de fiscalização contábil, orçamentária e fiscal, considerando a prova robusta existente nesta instrução processual, deve prevalecer a independência das esferas administrativa e judicial.

Ou seja, o conjunto probatório indica a existência de fraude na Carta Convite, com direcionamento da adjudicação e aquisição superfaturada de bem móvel, pelo Município de Carazinho/RS (por meio de seu gestor, de servidores públicos e de terceiros beneficiários), com a causação de prejuízo ao erário apontado em R\$ 63.926,47 (equivalente ao valor transferido pela União e pago à vencedora do certame).

Exatamente por isso, estou por, no mérito, manter a sentença objurgada, cuja fundamentação, em reforço, adoto como razão de decidir e agrego ao voto, *in verbis*(Evento 2, SENT407, origem):

(...)

2.8 Ausência de competitividade na licitação do analisador de gasometria e do coagulômetro

2.8.1 Segundo a Lei n. 8.666/93, a licitação 'destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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' (art. 3º).

Esses princípios da licitação, por um lado, visam possibilitar a todos os interessados em contratar com a Administração uma concorrência isonômica e impessoal; e, por outro, garantir à Administração a escolha da proposta que seja mais vantajosa para a tutela do interesse público.

Por isso, é essencial que haja efetiva competitividade na licitação. Presente competitividade no certame, ficam observados os princípios da igualdade e da impessoalidade.

Cumpre colacionar lições doutrinárias de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito do tema:

'O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração. (...) O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.' (Bandeira de Mello, pp. 498-499).

A Lei n. 8.666/93, outrossim, estabelece que os concorrentes da licitação se façam habilitados a participar do certame. Uma dessas habilitações é a jurídica, que tem por objeto a comprovação, perante a Administração, da regular existência do concorrente. Um dos documentos que se exige na habilitação é o contrato social das sociedades comerciais concorrentes: art. 28, III.

Cumpre ter em conta que é 'impossível dispensar o particular de comprovar os requisitos de habilitação jurídica. O tema não tem pertinência com a disciplina da licitação propriamente dita. Sob o título '**habilitação jurídica**', indicam-se os pressupostos jurídicos indispensáveis à validade da contratação. Logo, sequer se trata de examinar se o sujeito é suficientemente 'idôneo' para executar o objeto licitado. Trata-se de apurar se o sujeito pode praticar os chamados 'atos da vida civil'. (...) **Se o sujeito não preencher os requisitos de habilitação jurídica, sua contratação será nula.**' (Justen Filho, 393) (grifos nossos).

Consta dos autos cópia completa do procedimento de licitação do aparelho de gasometria: fls. 90-129 e 2612-2654.

O procedimento licitatório foi autorizado pela Portaria 16/02, de 30.1.2002, a qual foi assinada por Luís Rudy Becker, Secretário da Fazenda: fl. 2613. Essa portaria atribuiu à comissão permanente de licitação do Município a condução do procedimento licitatório.

O instrumento convocatório da licitação cuida-se de convite (fl. 2614-2615). Foi editado em 30.1.2002, mesmo dia de edição da portaria acima mencionada, e assinado por Maria Gorete da Silva chefe do setor de compras da Prefeitura (fls. 70-71 e 146).

A descrição dos bens encontra-se na fl. 93, documento anexo ao convite. Em suma, a licitação tinha por objeto a compra do analisador de gasometria mais moderno, almejado por Iron, e do coagulômetro, ambos incluídos no plano de trabalho alterado do convênio.

Pelos documentos de fls. 97-100, foram convidadas a participar do certame as seguintes quatro empresas:

- 1) RAMHO - COM. PROD. HOSPITALARES LTDA., de Santa Maria;*
- 2) DIPROLAB - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS PARA LABORATÓRIOS LTDA., de Porto Alegre, ora ré nesta ação;*
- 3) SADI CÂNDIDO VIEIRA (SACAVI) (Pessoa jurídica), de Porto Alegre, ora ré nesta ação; e*
- 4) CENTERLAB - CENTRAL DE LABORATÓRIOS LTDA., de Porto Alegre, igualmente ora ré nesta ação.*

Ao final, somente as três últimas empresas apresentaram propostas.

Com relação à empresa RAMHO, de Santa Maria, ficou provado nos autos que ela não comercializava o aparelho de gasometria descrito no instrumento convocatório da licitação: fls. 3031-3033.

As três empresas proponentes possuíam a seguinte conformação societária em 2002 (fls. 134-142):

- CENTERLAB: (a) Sadi Cândido Vieira; e (b) Marlova Tomasini Vieira.*
- DIPROLAB: (a) Ismael Ricardo Viera, filho de Sadi Cândido Vieira; e (b) Sadi Cândido Vieira, no período de 1995 a 1997.*
- SADI CÂNDIDO VIEIRA (SACAVI) (Pessoa jurídica): firma individual de Sadi Cândido Vieira.*

Disso, nota-se que a CENTERLAB e a SACAVI pertenciam a Sadi Cândido Vieira; e que a DIPROLAB pertencia a Ismael, filho de Sadi, o qual já havia sido sócio da empresa.

Frente a isso, é ineludível que a licitação em exame foi inválida, por absoluta ausência de competitividade entre os afluentes ao certame. As empresas eram da família Vieira. Certamente, a proposta vencedora foi decidida previamente entre Sadi e Ismael. Isso violou de forma absoluta, no caso concreto, os princípios da impessoalidade e da igualdade. No início do certame, já se sabia que a sorte da licitação estava nas mãos da família Vieira.

Não se diga que o convite à empresa RAMHO imprimiu competitividade ao certame, pois ficou comprovado que essa empresa não comercializava o bem objeto da licitação.

Na audiência realizada neste juízo, Sadi Cândido Vieira e Ismael Ricardo Vieira alegaram que não houve acerto prévio entre as empresas da família; e que não sabiam que suas empresas estavam concorrendo entre si na licitação.

Mesmo que essa alegação de Sadi e de Ismael seja verdadeira, o que se me afigura improvável, o simples fato de empresas de mesmos proprietários participarem de uma mesma licitação já basta para perpetrar-se violação aos mencionados princípios da impessoalidade e da igualdade. Violou-se a impessoalidade, pois a família Vieira restou claramente beneficiada no certame, isto é, ao convidar três empresas da mesma família, a Prefeitura deixou de lado a indispensável neutralidade; e, outro lado da mesma moeda, violou-se a igualdade por que outros eventuais interessados particulares não tiveram a oportunidade de concorrer na licitação.

Isso inválida de forma absoluta o certame.

(...)

2.9 Existência de superfaturamento da licitação do aparelho de gasometria

2.9.1 Como já amplamente delineado nesta sentença, o Hospital de Caridade de Carazinho almejava a compra de um analisador de gasometria. Para instruir o plano de trabalho da Prefeitura, fez, em 30.7.2001, orçamentos de aparelhos da marca Bayer, líder no setor, com a empresa CENTERLAB, ora ré.

A CENTERLAB orçou o analisador de gasometria Bayer Rapidlab 248 por R\$ 27.400,00; e o Rapidlab 348 por 38.500,00 (fls. 30-32).

Como já relatado, o Hospital de Caridade de Carazinho optou por indicar a compra do modelo mais barato, qual seja, o Rapidlab 248, que custaria R\$ 27.400,00.

As empresas da família Vieira apresentaram as seguintes propostas na licitação:

- CENTERLAB: R\$ 74.600,00, pelo Rapidlab 348 e pelo coagulômetro (fl. 119).
- SACAVI: R\$ 82.080,00, pelo Rapidlab 348 e pelo coagulômetro (fl. 121).
- DIPROLAB: R\$ 86.890,00, pelo Rapidlab 348 e pelo coagulômetro (fl. 122).

No plano de trabalho alterado, o coagulômetro estava orçado em R\$ 5.000,00 (fl. 2110). Logo, pode-se concluir que as concorrentes propuseram a venda do Rapidlab 348 por R\$ 69.600,00, R\$ 77.080,00 e 81.890,00, respectivamente, tendo vencido a proposta da CENTERLAB, de menor valor.

As propostas foram apresentadas na primeira quinzena de fevereiro de 2002. A proposta da CENTERLAB está datada de 11.2.2002 (fl. 119).

Logo, nota-se que, em 11.2.2002, a CENTERLAB, vencedora da licitação, apresentou uma proposta 80,77% maior do que o valor informado no orçamento de 30.7.2001, e, mesmo assim, ressaiu vencedora no certame.

O decurso de seis meses, a variação cambial da época e a incidência de impostos não justificam essa enorme diferença de preço. **Por isso, tenho que houve evidente superfaturamento.**

Há uma profusão de orçamentos e documentos referentes a preços de aparelhos médicos neste processo, muitos produzidos depois que a controvérsia já estava estabelecida, o que pode ter prejudicado a verossimilhança de alguns.

Todavia, há dois documentos essenciais que comprovam cabalmente a existência do superfaturamento.

Por determinação deste juízo, a própria Bayer S/A do Brasil, com sede em São Paulo, prestou informações nos autos (fl. 2995). **Foi informado, formalmente, que o Rapidlab 348 com clagulômetro Drake tinha 'preço médio' (...) 'no primeiro quadrimestre do ano de 2002' de R\$ 25.134,61.**

Além desse documento, em atenção a solicitação do Ministério Público Federal, a Bayer S/A juntou no inquérito policial n. 2005.71.18.004388-4, também deste juízo, planilha de vendas líquidas do analisador de gasometria Rapidlab 348 no período de julho de 2001 a abril de 2002.

Nessa planilha, que será juntada a este processo depois desta sentença, consta que a Bayer vendeu, em fevereiro de 2002, para a CENTERLAB dois aparelhos Rapidlab 348 pelo valor líquido de R\$ 44.820,00. Logo, pode-se concluir que a CENTERLAB pagou para a Bayer o preço unitário médio de R\$ 22.410,00 por cada Rapidlab 348.

Nota-se que esse montante é compatível com o informado pela Bayer no documento de fl. 2995, que ainda continha o valor de um coagulômetro. **E também é compatível com o valor de venda final do orçamento da CENTERLAB fornecido para o Hospital de Caridade de Carazinho em 30.7.2001, qual seja, R\$ 38.500,00.**

A defesa das empresas da família Vieira, que se operou conjuntamente nesta ação, aduz que o orçamento de fl. 2195 comprovaria que o preço praticado na licitação teria sido razoável.

Todavia, esse documento de fl. 2195 possui graves inconsistências. Ele cuida-se de orçamento que teria sido fornecido pela própria Bayer. É dirigido à secretaria municipal de saúde, aos cuidados de 'Carlos Paiva', nome muito similar ao de Carlos Vicente Piva, pessoa já conhecida neste processo. Está datado de 25.1.2002 e é assinado por Elizabeth Pagini, que seria 'Coordenadora de Vendas' da 'Bayer Produtos Diagnósticos'. Apesar de ter sido digitado em papel timbrado da Bayer, o qual registra endereço em São Paulo, o documento está identificado como elaborado em Porto Alegre. Por fim, está registrado que o Rapidlab 348 custaria 'US\$ 29.325,00 (vinte e nove mil trezentos e vinte e cinco dólares americanos).'

Há indícios de que esse documento se trata de objeto de nova falsidade ideológica tipificada no art. 299 do CPB.

Elizabeth Pagini, arrolada pelas empresas réis, prestou depoimento como testemunha neste processo, em carta precatória expedida à Subseção Judiciária de Porto Alegre. No depoimento com compromisso (fl. 3216), declarou ela que em 2002 era 'representante da BAYER nos

estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.' Ratificou também que o preço de mercado do Rapidlab 348, na época, era de vinte e nove mil dólares.

Contudo, há incontestável prova documental nos autos de que a Bayer não tinha representantes de vendas no ano de 2002. Essa informação está registrada em documento oriundo da própria Bayer S/A, em resposta a solicitação do Ministério Público Federal: fls. 3006-7. Por sua própria clareza, cumpre citar teor da correspondência da Bayer:

'BAYER S/A, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua Domingos Jorge, 1100, bairro Socorro, São Paulo, SP, inscrita no CNPJ sob o nº 14.372.981/0001-02, vem por seu advogado que esta subscreve, em resposta ao ofício supra mencionado, informar que não havia, no ano de 2002, representantes desta empresa no estado do Rio Grande do Sul, sendo que as vendas eram realizadas por funcionários internos.' (Grifos nossos).

Além disso, o valor registrado no documento de fl. 2195 totalizaria R\$ 69.734,85 (considerado o câmbio da época). Esse montante é absolutamente incompatível com a informação da Bayer de fl. 2995 e com a planilha de vendas da Bayer juntada no inquérito policial n. 2005.71.18.004388-4.

Assim, somente resta concluir que o documento de fl. 2195 é falso, não devendo ser considerado, obviamente.

Também é necessário registrar que esse crime de falsidade ideológica foi praticado, em tese, por Elizabeth Pagini; e por Carlos Vicente Piva, que seria o destinatário do documento na secretaria da saúde.

A primeira pessoa citada teria ainda praticado o crime de falso testemunho, art. 342 do CPB, perante o juízo que a ouviu em Porto Alegre.

Ainda nesta sentença, será disciplinada a comunicação da prática, em tese, desses crimes à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal, com base no art. 40 do CPP.

2.9.2 Dos autores do presente ato de improbidade

Este superfaturamento começou a ser delineado quando a Prefeitura, por seus agentes, permitiu que empresas de uma mesma família participassem da licitação. Sendo assim, no âmbito interno da Prefeitura, tenho que o exame dos fatos revela que os autores do presente ato de improbidade foram, em tese, o então secretário da fazenda, Luís Rudy Becker (fl. 90); e a então chefe do setor de compras, Maria Gorete da Silva (fls. 92 e 146). Considerando a probabilidade de Carlos Vicente Piva ter sido o destinatário do falso documento de fl. 2195, considero que ele, em tese, também foi partícipe deste ato de improbidade. Todavia, essas três pessoas não integram o pólo passivo desta ação civil de improbidade administrativa, não podendo ser penalizadas, portanto.

Por outro lado, a responsabilidade das empresas CENTERLAB, SACAVI e DIPROLAB, todas da família Vieira, é inconteste. Considero que as empresas participaram da prática dos seguintes atos de improbidade administrativa previstos na Lei n. 8.429/92:

1) Art. 10, V:

'V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;'

2) Art. 10, VIII:

'VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente (...).'

Em item próprio, será fixada a penalização dessas empresas condenadas por ato de improbidade administrativa.

2.10 Constatados os atos de improbidade descritos nos itens anteriores, cumpre agora verificar quais atos administrativos ficam invalidados.

O Convênio 1.830/2001, firmado entre a União e o Município de Carazinho, foi amparado em plano de trabalho elaborado com desvio de finalidade. Logo, tenho que esse convênio é

absolutamente nulo, ficando prejudicadas, portanto, as compras dos bens que nele estavam previstos.

Também se mostrou eivada de nulidade absoluta a licitação do Município de Carazinho autorizada pela Portaria 16/02, de 30.1.2002.

Frente a esse quadro, tenho que deve ser ressarcido à União o valor pago na licitação pelo aparelho de gasometria Rapidlab 348 com coagulômetro.

Outrossim, penso que o carro de emergência com cardioversor, que também foi objeto do convênio, deve ficar na propriedade do Município de Carazinho, pois inteiramente adquirido com recursos municipais aportados em contrapartida aos federais.

2.11 Do valor a ser ressarcido

Pelo Convênio 1.830/2001, a União repassou ao Município o valor de R\$ 63.926,47: fl. 2087.

Esse valor foi justamente o pago pelo Município à empresa CENTERLAB como primeiro empenho pela compra do aparelho de gasometria: fl. 125. Esse primeiro empenho foi emitido em 20.2.2002.

O segundo empenho, no valor de R\$ 10.673,53, referia-se à contrapartida do Município acertada no convênio. Esse valor não chegou a ser pago à Empresa, tendo sido depositado em juízo pelo Município em 26.12.2002, quando o processo ainda tramitava na Justiça Estadual: fls. 1059-1066. Posteriormente, o depósito foi transferido para a Caixa Econômica Federal, ficando à disposição deste juízo federal: fls. 2973-2974.

Logo, o valor que deve ser ressarcido é o de R\$ 63.926,47, corrigido pelo INPC desde 20.2.2002. Esse valor deve ser ressarcido à União, porque, como visto, é integralmente de origem federal.

Transitada em julgado esta sentença, o valor depositado em juízo pelo Município (R\$ 10.673,53) deve ser por ele integralmente levantado.

Por fim, cumpre definir qual dos Réus ora condenados deve ressarcir o valor acima para a União.

Somente há prova nos autos de que a ré CENTERLAB se locupletou do valor recebido indevidamente pelo Município e que era oriundo do convênio.

Os demais Réus ora condenados, ROBERTO GRANDÓ, SACAVI e DIPROLAB, certamente contribuíram para o prejuízo retratado, contudo, não há prova de que tenham recebido recursos financeiros oriundos do desvio de finalidade do convênio e da licitação simulada. Entretanto, quanto à CENTERLAB, é incontroverso que ela recebeu os valores pela venda do Rapidlab 348.

Por isso, tenho que a CENTERLAB dever ser condenada a ressarcir à União o valor de R\$ 63.926,47, corrigido pelo INPC desde 20.2.2002, com base no art. 12, II, primeira parte, da Lei n. 8.429/92.

Transitada em julgado esta sentença e ressarcido integralmente o prejuízo, o aparelho de gasometria e o coagulômetro deverão ser devolvidos à empresa CENTERLAB.

2.12 Da aplicação de sanções

2.12.1 As sanções previstas na Lei n. 8.429/92, art. 12, devem ser aplicadas com base no princípio da proporcionalidade e na medida da participação dos condenados.

Impende citar lição doutrinária a respeito da consideração dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92:

'Deduz-se desses princípios que a imposição das sanções elencadas para os atos de improbidade administrativa deve ser razoável, isto é, adequada, sensata, coerente em relação ao ato ímprobo cometido pelo agente público e suas circunstâncias, e proporcional, ou seja, compatível, apropriada, pertinente com a gravidade e a extensão do dano causado por ele.' (Pazzaglini Filho, 156).

Faz-se salutar colacionar a íntegra do referido art. 12:

'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.'

(...)

2.12.3 As empresas da família Vieira, CENTERLAB, SACAVI e DIPROLAB, comercializam equipamentos e produtos médicos, isto é, produtos que tem por objeto salvar vidas. Muitas dessas vidas dependem de recursos oriundos do SUS. Apesar disso e do conhecimento de mercado que tinham, fraudaram licitação que utilizava recursos do SUS combinando, entre si, a proposta que sairia vencedora no certame, proposta essa com valor muito acima do mercado dos produtos licitados.

Por isso, ficaram condenadas por atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, V e VIII, da Lei n. 8.429/92, estando sujeitas às sanções previstas no art. 12, III, da mesma Norma.

Assim, tenho que lhes devem ser aplicadas as seguintes sanções civis:

- Pagamento, em obrigação solidária, de multa civil à União no valor de 50% (cinquenta por cento) do valor do dano material que lhe foi causado. Conforme o item 2.11 desta sentença, o valor desse prejuízo é de R\$ 63.926,47, o qual deve ser corrigido pelo INPC desde 20.2.2002.

- 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, reduzido em três quintos, o que totaliza o período de dois anos.

Não foram aplicadas as demais sanções civis, pois não se coadunam com a natureza de pessoas jurídicas das rés.

(...)

2.14 O Tribunal de Contas da União (TCU) examinou a regularidade, sob sua ótica, do convênio celebrado. No TCU, foi autuado o procedimento administrativo n. 019.185/2005-9, cuja cópia se encontra nos autos a partir da fl. 2362.

Deve-se registrar que a aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92 independe da aprovação ou rejeição das contas do ente público pelo Tribunal de Contas da União, conforme estabelece o art. 21, II, da lei especial. Assim, 'as decisões dos Tribunais de Contas não vinculam a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa, posto que são meramente

opinativas e limitadas aos aspectos de fiscalização contábil, orçamentária e fiscal' (Pazzagliani Filho, p. 225).

Sendo assim, oficie-se ao Ministro Relator do processo administrativo n. 019.185/2005-9 do TCU, encaminhando-se cópia desta sentença para conhecimento.

(...)'

Aliás, em hipóteses similares, esta Terceira Turma prestigiou o entendimento aqui esposado, consoante ementas que colaciono:

'ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONVÊNIO ENTRE UNIÃO E MUNICÍPIO. AQUISIÇÃO DE UNIDADE MÓVEL DE SAÚDE. IRREGULARIDADES. MÁFIA DAS AMBULÂNCIAS. RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE. AUSÊNCIA DE PESQUISA PREVIA DE PREÇOS. SELETIVIDADE NA OBSERVÂNCIA DE PRESSUPOSTOS FORMAIS. VERIFICAÇÃO DO DOLO GENÉRICO DE VIOLAR PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. A omissão dos administradores em realizar consulta prévia de preços fere os artigos, 15, incisos III e IV, 40, §2º combinado com o artigo 43, inciso IV todos da Lei 8.666/1993 e coloca em questão a essência e finalidade da licitação. 2. A sentença, adotando lógica inversa, parece entregar ao ente público a responsabilidade de demonstrar que a violação do procedimento de licitação relativa à ausência de pesquisa prévia de preços realmente trouxe prejuízos ao erário, olvidando-se que a omissão em si afeta a essência precípua do próprio procedimento licitatório, cuja finalidade é otimizar o investimento de recursos públicos, que balizado pelos princípios da eficiência e da economicidade, deve promover a efetiva competitividade e, assim, atender o interesse público. 3. A seletividade no proceder dos administradores, os quais ora ignoraram elementos imprescindíveis para regularidade do certame, como a confecção de pesquisa de orçamento prévia à abertura da licitação e ora demonstraram extrema atenção aos requisitos de habilitação, especificamente da documentação relativa à qualificação técnica feriu os princípios da impessoalidade, da igualdade e da legalidade, vez que, utilizados critérios de formalidade diferenciados ao longo do procedimento, permitiu que restasse no certame apenas a empresa Klass Comércio e Representações LTDA e desqualificasse a proposta de melhor preço. 3. O aplicador da lei de improbidade pode e deve observar todas as circunstâncias objetivas do caso concreto para delas extrair o elemento subjetivo da conduta. Assim, ainda que a participação de empresas do mesmo grupo familiar e de fora da unidade federativa em que situado o Município não represente, de per se, a ilicitude do procedimento licitatório, não se pode ignorá-la como um possível indício de irregularidade, especialmente quando investigações na seara penal dão conta do envolvimento de tais empresas em um esquema ilícito que por muito tempo atuou no comércio de veículos superfaturados a diversos Municípios brasileiros, conhecido como 'Máfia das Ambulâncias'. 4. O modus operandi adotado no Município é em tudo semelhante ao verificado em diversos outros entes municipais brasileiros que participaram do esquema fraudulento de licitações da 'Máfia das Ambulâncias', existindo, portanto, elementos suficientes para demonstrar a presença do dolo nas condutas dos réus, que de forma livre e espontânea, anuíram com as condutas impugnadas e desconsideraram os princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade que devem nortear a atuação da Administração Pública na condução de suas relações com os particulares. 5. Não bastasse a intenção de fraudar e violar os princípios da Administração Pública, o que por si só admitiria a condenação pelo artigo 11 da Lei de Improbidade administrativa, a conduta fraudulenta executada ou, ao menos, anuída pelos réus trouxe prejuízos ao erário. O conluio contribuiu, ainda, para enriquecer ilicitamente, às custas da população brasileira, empresários e agentes públicos ímprobos que utilizam-se indevidamente de seu capital político, econômico e social para perpetuarem tais posições de dominação e reproduzir um modelo cuja sobrevivência exige a concentração de recursos, tal como ocorrido. 6. Reconhecida a prática dos atos de improbidade relativamente à violação dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da impessoalidade e a fraude ao processo licitatório, condeno os réus às penalidades administrativas previstas no caput do artigo 11 e

nos incisos V e VIII do artigo 10, ambos da Lei n.º 8.429/92, nos termos do voto. (TRF4, AC 5013715-83.2012.404.7201, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 12/08/2013)

'ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONVÊNIO ENTRE UNIÃO E MUNICÍPIO. AQUISIÇÃO DE UNIDADE MÓVEL DE SAÚDE. IRREGULARIDADES. MÁFIA DAS AMBULÂNCIAS. RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE. AUSÊNCIA DE PESQUISA PREVIA DE PREÇOS. VERIFICAÇÃO DO DOLO GENÉRICO DE VIOLAR PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. A omissão dos administradores em realizar consulta prévia de preços fere os artigos 15, incisos III e IV, 40, §2º combinado com o artigo 43, inciso IV todos da Lei 8.666/1993 e coloca em questão a essência e finalidade da licitação. 2. Adotando lógica inversa, o julgador, ao consultar tabela de preços disponível no site da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE para nortear sua análise, ameniza a responsabilidade dos réus que, enquanto administradores, violaram o rito legal e não realizaram a pesquisa prévia de preço, a qual, realizada de forma idônea, deveria efetivamente balizar o preço estimado dos bens a serem licitados. A omissão em si afeta a essência precípua do próprio procedimento licitatório, cuja finalidade é otimizar o investimento de recursos públicos, que balizado pelos princípios da eficiência e da economicidade, deve promover a efetiva competitividade e, assim, atender o interesse público. 3. A Administração tem o dever de incrementar a competitividade pela convocação do maior número de participantes possíveis para o procedimento licitatório, exigindo a Lei n.º 8.666/93 que, na modalidade convite, sejam convidados a participar do certame, no mínimo, três interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não. De acordo com o artigo 22, §7º desta Lei e da Súmula 258 do TCU, quando não for possível a obtenção de no mínimo três participantes, tal circunstância deve ser devidamente justificada sob pena de repetição do convite. Em uma análise principiológica do processo licitatório como um todo, orientado pela busca da ampla competitividade, de modo a realizar da melhor maneira possível a supremacia do interesse público, pode-se perfeitamente concluir que o convite enviado a quatro empresas, todas envolvidas na 'máfia das ambulâncias', e o resultado de duas propostas válidas, sem a pertinente demonstração das limitações de mercado ou desinteresse geral no objeto, vai de encontro aos interesses da Administração Pública. 4. Todos os participantes do processo licitatório ocorrido no Município de Quatro Barras/ PR comprovadamente integravam ou colaboravam para o mesmo grupo econômico, o que invariavelmente macula a competitividade do certame. E, ainda que assim não fosse, o fato de a licitação ter prosseguido sem ao menos três propostas válidas, transgrediu os preceitos legais específicos da lei de licitação. 5. O aplicador da lei de improbidade pode e deve observar todas as circunstâncias objetivas do caso concreto para delas extrair o elemento subjetivo da conduta. Assim, ainda que a participação de empresas do mesmo grupo familiar e de fora da unidade federativa em que situado o Município não represente, de per se, a ilicitude do procedimento licitatório, não se pode ignorá-la como um possível indício de irregularidade, especialmente quando investigações na seara penal dão conta do envolvimento de tais empresas em um esquema ilícito que por muito tempo atuou no comércio de veículos superfaturados a diversos Municípios brasileiros, conhecido como 'Máfia das Ambulâncias'. 6. O modus operandi adotado no Município é em tudo semelhante ao verificado em diversos outros entes municipais brasileiros que participaram do esquema fraudulento de licitações da 'Máfia das Ambulâncias', existindo, portanto, elementos suficientes para demonstrar a presença do dolo nas condutas dos réus, que de forma livre e espontânea, anuíram com as condutas impugnadas e desconsideraram os princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade que devem nortear a atuação da Administração Pública na condução de suas relações com os particulares. 7. Não bastasse a intenção de fraudar e violar os princípios da Administração Pública, o que por si só admitiria a condenação pelo artigo 11 da Lei de Improbidade administrativa, a conduta fraudulenta executada ou, ao menos, anuída pelos réus trouxe prejuízos ao erário. O conluio contribuiu, ainda, para enriquecer ilicitamente, às custas da população brasileira, empresários e agentes públicos ímprobos que utilizam-se indevidamente de seu capital político, econômico e social para perpetuarem tais posições de dominação e reproduzir um modelo cuja sobrevivência exige

a concentração de recursos, tal como ocorrido. 8. Reconhecida a prática dos atos de improbidade relativamente à violação dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia e da impessoalidade e a fraude ao processo licitatório, condeno os réus às penalidades administrativas previstas no caput do artigo 11 e no inciso VIII do artigo 10, ambos da Lei n.º 8.429/92, nos termos do voto. (TRF4, AC 5027895-28.2012.404.7000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 12/08/2013)'

Em síntese, rendendo-me à sempre qualificada maioria (a despeito de entendimento diverso manifestado nos autos dos precedentes referidos) e à especificidade do conjunto probatório apreciado, o caso reveste-se de características semelhantes aos esquemas fraudulentos de licitações adotados em vários municípios brasileiros, existindo, portanto, elementos suficientes para demonstrar a presença do dolo nas condutas dos apelantes, que de forma livre e espontânea apresentaram propostas simuladas e superfaturadas, direcionando a escolha do vencedor do certame, anuindo com as condutas impugnadas e desconsiderando os princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade.

Destarte, no tópico principal, estou por improver o apelo dos demandados, mantendo a bem lançada sentença objurgada, na esteira do entendimento sedimentado nesta Corte Regional.

- Do pedido subsidiário dos demandados:

Subsidiariamente, os recorrentes postulam a revisão das penas aplicadas pelo juízo *a quo*.

Também aqui, no meu entender, deve ser afastada a pretensão recursal.

Em casos como o narrado nos autos (causação de dano ao erário por meio de licitação fraudulenta e superfaturamento), tenho que a penalidade aplicada deva guardar estrita observância ao princípio da proporcionalidade, sobretudo em seu viés de proibição de proteção deficitária (proibição de insuficiência).

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (**Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 38):

'Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade [ou necessidade], porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.'

Na hipótese, as penas fixadas são adequadas (uma vez compatíveis com o fim visado, qual seja, reprimenda a uma atuação administrativa desleal) necessárias (haja vista inexistir meio menos gravoso para atingir o objetivo legal, que é a busca do respeito incondicional aos princípios da Administração Pública e a recomposição ao erário) e proporcionais em sentido estrito, pois aptas a garantir a exemplaridade da punição (observando paralelismo com o montante do dano causado), na esteira do entendimento do STJ, consoante ementa que colaciono:

'ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA.

1. *Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo.*

2. *A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal.*

3. *De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, j. 23/9/2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira, j. 13/5/2008, DJe 21/5/2008).*

4. *Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11.*

5. *Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: 'vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora'. Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.*

6. *No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.*

7. *O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade.*

8. *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.). Precedentes do STJ.*

9. Apesar de estar configurado ato ímprobo, o acórdão recorrido deixou de analisar, de maneira suficiente, os fatos relevantes à dosimetria da sanção a ser aplicada. Assim, caberá ao egrégio Tribunal de origem fixar as penas incidentes concretamente, sem prejuízo da já determinada obrigação de ressarcimento ao Erário.

10. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 765.212/AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010) (Grifei).

Logo, não é o caso de determinar-se a liquidação por arbitramento, porquanto a depreciação experimentada deve integrar o valor da reprimenda, a fim de que esta não se mostre modesta frente à gravidade da conduta e dos prejuízos experimentados pelo erário.

Pelo mesmo motivo, não merece redução a pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de dois anos.

- Da condenação do MPF nos ônus da sucumbência:

Nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se à ação de improbidade o disposto no art. 18 da Lei 7.347/85, segundo o qual o Ministério Público autor é isento do pagamento de honorários de advogado, custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé. Nesse sentido:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA A FATOS ANTERIORES À LEI 8.429/92. IRRETROATIVIDADE RECONHECIDA POR FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. RECURSO ESPECIAL PELA ALÍNEA C: INDISPENSÁVEL INDICAÇÃO DA NORMA FEDERAL OBJETO DA INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE. IURA NOVIT CURIA: APLICAÇÃO. PRESSUPOSTOS. HONORÁRIOS. DESCABIMENTO EM AÇÃO DE IMPROBIDADE. PRECEDENTE.

1. O acórdão recorrido, que negou a aplicação retroativa à Lei 8.429/92 e a auto-aplicabilidade ao art. 37, § 4º, da CF, fundou-se em argumentos de natureza constitucional, cujo reexame não é cabível em recurso especial.

2. Em recurso especial com fundamento na alínea c do art. 105, III da CF, é indispensável a indicação da lei federal que tenha sido objeto de interpretação divergente pelos Tribunais. Precedentes.

3. A viabilidade do juiz decidir a causa com base em preceito normativo não invocado pelas partes ou diferente do invocado (autorizada pelo aforismo iura novit curia) tem como pressuposto necessário a manutenção dos demais termos da demanda, mormente no que se refere ao pedido e à causa de pedir deduzidos na inicial (teoria da substanciação e arts. 128 e 460 do CPC).

4. Em nosso sistema normativo, incluída a Constituição, está consagrado o princípio de que, em ações que visam a tutelar os interesses sociais dos cidadãos, os demandantes, salvo em caso de comprovada má-fé, não ficam sujeitos a ônus sucumbenciais. Espelham esse princípio, entre outros dispositivos, o art. 5º, incisos LXXIII e LXXVII da Constituição e o art. 18 da Lei 7.347/85. Assim, ainda que não haja regra específica a respeito, justifica-se, em nome do referido princípio, que também na ação de improbidade o autor sucumbente fique dispensado de pagar honorários. Precedente.

5. Recursos especiais providos em parte.

(REsp 1153656/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011)

Tal isenção é prerrogativa do titular da ação, razão pela qual merece reforma a sentença recorrida, que condenou o MPF ao pagamento de honorários advocatícios.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação dos réus e dar parcial provimento à apelação do MPF.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, Relator**, 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.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **6976997v3** e, se solicitado, do código CRC **EFBD1D60**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Fernando Quadros da Silva

Data e Hora: 17/09/2014 18:26

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 17/09/2014
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5001370-43.2012.404.7118/RS
ORIGEM: RS 50013704320124047118

RELATOR : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
PRESIDENTE : Desembargador Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON
FLORES LENZ
PROCURADOR : Dr(a)Jorge Luiz Gasparini da Silva
PEDIDO DE : Proc. Jorge Luiz Gasparini da Silva pela MPF
PREFERÊNCIA
APELANTE : CENTERLAB CENTRAL DE LABORATORIOS LTDA
DIPROLAB DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS P/
LABORATORIOS LTDA

Signatário (a):

Letícia Pereira Carello

Data e Hora:

17/09/2014 17:29