



EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA CAMARA MUNICIPAL DE SÃO BENTO DO SUL, VEREADOR PETER ALEXANDRE KNEUBUEHLER.

JOSÉ FERNANDES MARTINS, brasileiro, casado, autônomo, RG nr. 2.922.801-SSP/SC, CPF nr. 832.724.889-87, Título de Eleitor nr. 0288 9370 0906, residente e domiciliado na Rua Mathias Nossol, nr. 785, bairro Serra Alta, nesta cidade de São Bento do Sul/SC, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, oferecer a presente DENÚNCIA em face do Ilustríssimo Vereador **FERNANDO MALLON**, com base na Constituição Federal, na Lei Orgânica Municipal, Resolução 11/2006 e Regimento Interno desta Câmara Municipal de Vereadores, consoante razões de ordens fáticas e legais que passa a expor:

I - DA ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA

O art. 18, Parágrafo IX da Lei Orgânica do Município de São Bento do Sul estabelece:

SEÇÃO IV

DAS ATRIBUIÇÕES DA CÂMARA MUNICIPAL

Art. 18 Privativamente, compete à Câmara Municipal:

CMSBS 11/12/2019 15:50

M 444119

C



IX - Conhecer denúncia contra Prefeito, Vice-Prefeito ou Vereador, inquirir, investigar, processar, julgar e punir nos casos e condições previstas nas Constituição Federal e Estadual;

O regimento interno da Câmara de Vereadores de São Bento do Sul, regulamenta o ato nos artigos 379 e seguintes, estabelecendo as seguintes finalidades:

II - instaurar processo de perda temporária e de cassação de mandato de Vereador por faltas ético-parlamentares;

Parágrafo único. Aplica-se a qualquer processo disciplinar os princípios de discricionariedade procedimental, de ampla defesa, do contraditório e do equilíbrio entre as partes.

O art. 5º do Decreto-Lei 201/67, estabelece que:

“Art. 5º O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo:

I - A denúncia escrita da infração poderá ser feita por qualquer eleitor, com a exposição dos fatos e a indicação das provas. Se o denunciante for Vereador, ficará impedido de votar sobre a denúncia e de integrar a Comissão processante, podendo, todavia, praticar todos os atos de acusação. Se o denunciante for o Presidente da Câmara, passará a Presidência ao substituto legal, para os atos do processo, e só votará se necessário para completar o quórum de julgamento. Será convocado o suplente do Vereador impedido de votar, o qual não poderá integrar a Comissão processante”.

Assim, qualquer cidadão poderá efetuar a denúncia em face de Vereador perante a Câmara de Vereadores, para que esta analise a admissibilidade da acusação e, posteriormente, a instauração do processo

Na admissibilidade da denúncia a Câmara de Vereadores verificará a consistência das acusações, se os fatos e as provas dão



sustentabilidade, se os fundamentos são plausíveis ou, ainda, se a notícia do fato denunciado tem razoável procedência.

II – DOS FATOS E FUNDAMENTO DA DENÚNCIA

O Denunciante é brasileiro nato, cidadão da República Federativa do Brasil no exercício dos seus direitos conferidos pela Lei Maior, regular com a Justiça Eleitoral, conforme os documentos em anexo. Portanto, possui plena legitimidade para apresentar a presente Denúncia.

O Denunciado praticou infração político-administrativa grave, sujeita à apuração e sanção pela Câmara Municipal e Vereadores, conforme restará demonstrado a seguir.

Constata-se que, através de consulta Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, disponível no site <https://www.tjsc.jus.br/>, que o denunciado foi condenado, nos autos da Ação Penal nº. 0001125-92.2014.8.24.0058 pelo crime previsto no artigo 89 da Lei de Licitações, agravado pelo com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, de Prefeito Municipal, por três vezes, com uma pena de mais de 10 (dez) anos em regime de detenção.

Os fatos pelo qual o denunciado foi acusado são de dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei no ano de 2005, inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei no ano de 2006 e inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei no ano de 2007.

III – DOS APECTOS ILEGAIS DA CONDUTA

A conduta do Denunciado ofende a Lei de Licitações, que veio para democratizar todos os processos de compra na administração pública. Foi formulada para regulamentar o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ela determina como devem ser os processos de licitação e o que deve ser levado em conta na hora de fechar um contrato público.

Da sentença que condenou o denunciado, retiramos:

“restou esclarecido nos autos que o serviço de educação de jovens e adultos era prestado diretamente pelo Município de São Bento do Sul

cl.



com custos inferiores e com a estrutura do quadro de servidores públicos já existente, mas que, com a dispensa de inexigibilidade fora das hipóteses legais de contratação da cooperativa, **os denunciados causaram dano ao erário, porque os valores contratados eram muito acima do praticado na época**, sem que houvesse qualquer pesquisa de preço prévia à contratação, e nem mesmo confirmação do número de alunos beneficiados, e mais ainda, enquanto os professores da rede pública municipal recebiam por carga horária, os professores admitidos pela cooperativa recebiam por número de alunos, ficando caracterizado **o pagamento de supersalários aos professores que lecionavam através da cooperativa** contratada indevidamente.

Assim, teriam os denunciados FERNANDO MALLON, (...), infringido o disposto no art. 89, da Lei 8.666/93, por três vezes cada, em concurso de pessoas e em concurso material.

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.

Conforme a doutrina contemporânea, o bem jurídico tutelado é encontrado por meio do exame da política de moralidade administrativa adotada pela Constituição de 1988. Deve ser observada, portanto, estrita tipicidade taxativa, independente de irregularidades administrativas. A despeito de se poder identificar uma objetividade jurídica genérica nos crimes licitatórios, qual seja, preservar os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa, não se pode olvidar que cada tipo penal possui a sua

U



própria objetividade jurídica, sem, contudo, afastar-se do amplo contexto em que está inserido.

O crime se consuma quando o agente, por meio de inobservância aos princípios da administração pública e às determinações legais, inviabiliza a ampla concorrência e privilegia empresa ou pessoa para que firme contrato com a administração de forma ilegal.

(...) os valores contratados são exorbitantes, sendo que o primeiro contrato foi formalizado pelo período de 8 (oito) meses, no valor de R\$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais) e o segundo contrato de seu pelo período de 10 meses, no valor de R\$ 415.200,00 (quatrocentos e quinze mil e duzentos reais) (...).

Assim, teria o réu FERNANDO MALLON, por motivos políticos e pessoais, colocado sua companheira partidária T. para trabalhar com a municipalidade sem qualquer legalidade (...).

Por todo exposto, ficou claro que o réu FERNANDO MALLON, na qualidade de Prefeito, autorizou procedimentos e custos desnecessários ao município (...).

Nos presentes autos, contudo, também não restou demonstrada a compatibilidade de preços do mercado, pelo contrário. Todas as testemunhas ouvidas informaram que o COOEPE pagava mais do que o normal, tanto é que chamou a atenção e muito dos professores vinculados à municipalidade filiaram-se a cooperativa e passaram a ministrar aulas noturnas como cooperados/terceirizados.

Por fim, foi demonstrado nos autos que os réus detinham conhecimento específico da área para saber como agir nas circunstâncias expostas, e assim, o fizeram por vontade própria, sabendo das consequências, mormente o prefeito, que é advogado e inclusive atuou em causa própria nestes autos, o que demonstra a sua segurança e conhecimento jurídico na área.

Assim, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do tipo penal em comento, principalmente o dolo específico **de lesão ao erário e**

Cl.



enriquecimento ilícito dos beneficiários, culminando no prejuízo ao erário no valor aproximado de R\$ 738.409,00 (setecentos e trinta e oito mil, quatrocentos e nove reais), de rigor a condenação dos réus, uma vez que os resultados em relação aos prêmios de educação do município também poderiam ter sido atingidos sem a terceirização dos serviços.

Portanto, senhor Presidente da Câmara de Vereadores, não restam dúvidas quanto à comprovação dessas ilegalidades praticadas pelo Denunciado, sendo que este ilibado Parlamento, certamente, não será conivente com condutas ilícitas.

Há de se levar em conta o entendimento Jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades, decidiu que há possibilidade constitucional de o renunciante ser processado, mesmo se reeleito, para responder por atos praticados na legislatura anterior.

“O princípio da unidade de legislatura não impede a instauração de procedimento de cassação de mandato legislativo, ainda que por atos atentatórios ao decoro parlamentar cometidos, por titular de mandato legislativo, na legislatura anterior”, afirmou o ministro Celso de Mello, do STF, ao julgar Mandado de Segurança do deputado Francisco Pinheiro Landim contra ato da Presidência da Câmara”.

Por analogia. São casos semelhantes que devem ser interpretados com suas particularidades mas que se aplicam:

APELAÇÃO Nº 1000651-21.2018.8.26.0572

Nº ORIGEM: 1000651-21.2018.8.26.0572

COMARCA: SÃO JOAQUIM DA BARRA (2ª Vara)

REEXAME NECESSÁRIO

APELANTE: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOAQUIM DA BARRA

APELADO: EDUARDO MALHEIRO DUDU FORTES

INTERESSADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOAQUIM DA BARRA



Alegação pelo impetrante de impossibilidade, na atual legislatura, de instauração de procedimento de cassação de mandato por fatos e condutas ocorridos em legislatura anterior. Afastamento de tal argumentação. E. Supremo Tribunal Federal que já firmou entendimento de que o princípio da unidade de legislatura, não impede a instauração de procedimento de cassação de mandato legislativo, ainda que por atos atentatórios ao decoro parlamentar cometidos, por titular de mandato legislativo, na legislatura anterior. Possibilidade de prosseguimento do processo cassação de mandato instaurado em face do ora impetrante.

Há ainda que se destacar, que o VEREADOR, é réu em mais 3 processos, de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, que ainda não foram encerrados. Seguem cópias para conferência.

IV – ROL DE TESTEMUNHAS

1. Eliane Bergmann Rank, residente a rua Luiz Bollmann nº. 361, bairro 25 de Julho, nesta cidade;
2. Adriana Milbratz, residente à rua José Bayerl, nº. 200, Centro, nesta cidade;
3. Cleia Nara Tureck Stiegler, residente à rua João Hoffmann, nº. 21, Centro, nesta cidade;
4. Rosilene Ribeiro, residente na rua Afonso Mallon, nº. 57, bairro Rio Negro, nesta cidade;
5. Adriane Eliza Ruzanowski, com endereço profissional na Câmara de Vereadores de São Bento do Sul; e
6. Teresinha Maria Schmitt, com endereço à rua Eduardo Trinks, nº. 139, Centro, nesta cidade.

V – PEDIDOS

Pelo exposto, requer a Vossa Excelência:



a) o recebimento e processamento da presente denúncia, com base na Constituição Federal, na Lei Orgânica Municipal e do Regimento Interno desta Câmara de Vereadores de São Bento do Sul;

b) após manifestação da Procuradoria, seja a denúncia lida na primeira sessão e submetida sua aceitação ao plenário desta Casa Legislativa;

c) sendo votado o prosseguimento da denúncia, seja determinado o início da instrução, designando os atos, diligências e audiências que se fizerem necessários para depoimento do denunciado e inquirição das testemunhas;

d) ao final, seja julgada procedente a denúncia, em sessão de julgamento no plenário desta Casa Legislativa, por 2/3 (dois terços) de seus membros, em votação nominal e aberta, com a competente perda do cargo de Vereador e expedição do respectivo Decreto Legislativo de Cassação;

e) em qualquer caso, seja comunicado o resultado à Justiça Eleitoral.

Pede deferimento

São Bento do Sul, 11/12/2019

Joé J. Marti
JOSE FERNANDES MARTINS
Título de Eleitor 0288 9370 0906





JUSTIÇA ELEITORAL
TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL
CERTIDÃO

Certifico que, de acordo com os assentamentos do Cadastro Eleitoral e com o que dispõe a Res.-TSE nº 21.823/2004, o(a) eleitor(a) abaixo qualificado(a) está quite com a Justiça Eleitoral na presente data .

Eleitor(a): **JOSE FERNANDES MARTINS**

Inscrição: **0288 9370 0906**

Zona: 030 Seção: 0124

Município: 83119 - SAO BENTO DO SUL

UF: SC

Data de nascimento: 16/02/1973

Domicílio desde: 10/03/1992

Filiação: - MARIA NATIVIDADE MOREIRA
- ARMANDO JOSE MARTINS

Certidão emitida às 08:17 em 11/12/2019

Res.-TSE nº 21.823/2004:

O conceito de quitação eleitoral reúne a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, salvo quando facultativo, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça eleitoral e não remetidas, excetuadas as anistias legais, e a regular prestação de contas de campanha eleitoral, quando se tratar de candidatos.

A plenitude do gozo de direitos políticos decorre da inocorrência de perda de nacionalidade; cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado; interdição por incapacidade civil absoluta; condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa; condenação por improbidade administrativa; conscrição; e opção, em Portugal, pelo estatuto da igualdade.



Esta **certidão de quitação eleitoral** é expedida gratuitamente.
Sua autenticidade poderá ser confirmada na página do Tribunal Superior Eleitoral na Internet, no endereço: <http://www.tse.jus.br> ou pelo aplicativo e-Título, por meio do código:

OGUT.6E7D.SV6Y.1TPM



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Pod. Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 91

Autos nº 0001125-92.2014.8.24.0058

Ação: Ação Penal - Procedimento Ordinário/PROC

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Réu: Fernando Mallon e outros

Vistos, etc.

RELATÓRIO

A representante do Ministério Público, com fundamento em inquérito policial, ofereceu denúncia contra **Fernando Mallon**, brasileiro, casado, advogado, nascido em 15/03/1967, residente e domiciliado na Erhardt Bolmann, 37 e com endereço profissional à Rua Nereu Ramos, n. 69, 2º andar, Centro, São Bento do Sul; **Adriane Eliza Ruzanowski**, brasileiro, separada, assessora de gabinete na Câmara Municipal de São Bento do Sul, nascido em 08/11/1964, residente e domiciliada à Rua Francisco Escobar Filho, 95, Centro, São Bento do Sul; e **Teresinha Maria Schmitt**, brasileira, professora, nascida em 16/10/1962, residente e domiciliada à Rua Eduardo Trinks, São Bento do Sul; dando-os como incurso às sanções do artigo 89, da Lei n. 8.666/93, haja vista a prática das condutas narradas na denúncia de fls. 02/04, assim descritas:

"Fato 1. Dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em Lei no ano de 2005.

No dia 25 de maio de 2005, no Paço Municipal de São Bento do Sul, em horário a ser melhor precisado no curso da instrução processual, os denunciados **FERNANDO MALLON** e **ADRIANE ELIZA RUZANOWSKI**, o primeiro na qualidade de Prefeito Municipal e a segunda como Secretária de Educação, conscientes e previamente ajustados com a denunciada **TERESINHA MARIA SCHMITT**, com unidade de designios e propósitos, dispensaram licitação fora das hipóteses previstas em lei quando da contratação direta da cooperativa para realizar a educação de jovens e adultos, sob a justificativa de ser instituição de ensino sem fins lucrativos com inquestionável reputação ético-profissional (art. 24, inciso XIII), mas sem qualquer comprovação de tal reputação através de documento idôneo que isso atestasse, ao passo que sequer existiam professores cooperados quando da contratação, sendo eles filiados após o acerto do contrato. Tudo foi praticado como forma de compensação pelo insucesso da candidatura da denunciada **Terezinha** nas passadas eleições ao cargo

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jusc.us.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Pod. Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 91

de vereadora do partido dos réus **Fernando** e **Adriane** (PMDB) e pela ajuda na campanha eleitoral dada por **Terezinha** ao partido e à candidatura do denunciado **Fernando** ao cargo de Prefeito. Segundo se apurou, quatro meses após assumir o governo municipal, os denunciados **Fernando** e **Adriane**, visando beneficiar a denunciada **Terezinha**, companheira de partido político e que não conseguiu se eleger, mas que efetivamente auxiliou o primeiro denunciado na disputa ao cargo de prefeito, previamente ajustados, decidiram realizar contratação direta da cooperativa que a última representava nesta cidade - Cooperativa de Educação de Professores e Especialistas (COOPE), mesmo que, para tanto, terceirizassem um serviço público primário de atividade-fim do município, qual seja, educação de jovens e adultos, e com isso dispensassem indevidamente qualquer competição que poderia surgir entre interessados na prestação desse serviço.

Então, em razão da amizade e simpatia política com a denunciada **Teresinha Maria Schmitt**, que era diretora do polo da COOPE em São Bento do Sul, os réus **Fernando** e **Adriane** realizaram a contratação da cooperativa citada por meio da dispensa de licitação n. 120/2005, firmando contrato de maio a dezembro de 2005, pelo valor de R\$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais) por aluno mensalmente, inexistindo qualquer justificativa comprovada dessa demanda de serviço, muito menos do valor contratado.

Assim, os denunciados, previamente ajustados, dispensaram licitação fora das hipóteses previstas em lei, e deixando de observar as formalidades pertinentes exigidas pelo artigo 26, caput, e incisos II e III, do parágrafo único, tudo da Lei n. 8.666/93, porque ausente documento de comprovação idônea da escolha do fornecedor, ausente prova da razoabilidade e pesquisa de preço contratado, bem como de justificativa documentada da necessidade de terceirização do serviço e também do objeto do contrato - 1 mil alunos -, e por fim a devida publicação da contratação direta no prazo legal.

Fato 2 - Inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei no ano de 2006.

No dia 24 de fevereiro de 2006, no Paço Municipal de São Bento do Sul, em horário a ser melhor precisado no curso da instrução processual, os denunciados **FERNANDO MALLON** e **ADRIANE ELIZA RUZANOWSKI**, o primeiro na qualidade de Prefeito Municipal e a segunda como Secretária de Educação, conscientes e previamente ajustados com a denunciada **TERESINHA MARIA SCHMITT**, com unidade de designios e propósitos, inexistiram licitação fora das hipóteses previstas em lei, quando da contratação direta da COOPE para realizar a educação de jovens e adultos, mais uma vez movidos pela amizade e apoio político dado pela denunciada **Terezinha** nas eleições municipais de 2004 tanto para o partido dos denunciados



Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jusc.us.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de São Bento do Sul
Fl. 933

como à campanha política do denunciado Fernando, bem como na forma de compensar a denunciada Terezinha que não obteve êxito na sua própria candidatura ainda em face ao insucesso da ré Terezinha nas eleições de 2004 para o cargo de vereadora pelo partido PMDB.

Conforme documentos que instruem a presente, não bastasse a dispensa ilegal de licitação do ano anterior, no ano de 2006, foi realizada nova contratação, dessa vez por meio de inexigibilidade de licitação n. 52/2006 (fls. 135 e seguintes dos anexos), pelo valor de R\$ 415.200,00 (quatrocentos e quinze mil e duzentos reais), para atendimento de 1000 alunos, sendo o valor de R\$ 41,52 por aluno (fl. 124 dos autos), tudo sem qualquer comprovação e justificativa fundamentada, deixando clara a ilegalidade da inexigibilidade indevida da licitação.

Apurou-se que a denunciada TERESINHA MARIA SCHMITT, respondendo como responsável da COOPE, solicitou, por meio do ofício e fl. 122 dos anexos, a prorrogação do projeto por mais 10 meses, a fim de que os alunos concluíssem os estudos.

Dessa forma, os denunciados, sob idêntico pretexto de ser instituição de ensino sem fins lucrativos e com inquestionável reputação ética-profissional (fl. 131 dos anexos - art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/93), mas contraditoriamente porque agora sob o fundamento da presença de situação de inexigibilidade de licitação e não mais da dispensa anterior, inexistiram licitação fora das hipóteses previstas em lei, deixando de observar as formalidades pertinentes, previstas no art. 26, caput, e incisos II e III, do parágrafo único, tudo da Lei n. 8.666/93, porque ausente documento de comprovação idônea da escolha do fornecedor, da sua inquestionável reputação ética-profissional, ausente prova da razoabilidade e pesquisa de preço contratado, bem como de justificativa documentada da necessidade de terceirização do serviço e também do objeto do contrato - 1 mil alunos -, e por fim, a devida publicação da contratação direta no prazo legal.

Restou também esclarecido nos autos que o serviço de educação de jovens e adultos era prestado diretamente pelo Município de São Bento do Sul com custos inferiores e com a estrutura do quadro de servidores públicos já existente, mas que, com a dispensa de inexigibilidade fora das hipóteses legais na contratação da cooperativa cuja coordenação era da denunciada Terezinha, os denunciados causaram dano ao erário, porque os valores contratados eram muito acima do praticado na época, sem que houvesse qualquer pesquisa de preço prévia à contratação e nem mesmo confirmação do número de alunos beneficiados, e mais ainda, enquanto os professores da rede pública municipal recebiam por carga horária, os professores admitidos pela cooperativa recebiam por número de alunos, ficando caracterizado o pagamento

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jsc.jus.br

X



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de São Bento do Sul
Fl. 934

de supersalários aos professores que lecionavam através da cooperativa contratada indevidamente.

Outrossim, a dispensa e inexigibilidade de licitação praticadas pelos denunciados acarretam dano ao erário, porque obstaram a concorrência com outras empresas que poderiam oferecer seus serviços por uma quantia aquém daquela contratada pela COOPE, bem como porque poderiam prestar o serviço exigido no edital com melhores técnicas.

Fato 3. Inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em Lei para aquisição de módulos de ensino no ano de 2007.

No dia 27 de março de 2007, no Paço Municipal, de São Bento do Sul, em horário a ser melhor precisado no curso da instrução processual, os denunciados FERNANDO MALLON e ADRIANE ELIZA RUZANOWSKI, o primeiro na qualidade de Prefeito Municipal e a segunda como Secretária de Educação, conscientes e previamente ajustados com a denunciada TERESINHA MARIA SCHMITT, com unidade de desígnios e propósitos, inexistiram licitação fora das hipóteses previstas em Lei e deixaram de observar as formalidades pertinentes, por ocasião da aquisição de 1700 módulos de ensino e educação de jovens adultos, no valor de R\$ 3.209,00 (três mil, duzentos e nove reais), conforme fls. 195, 240-243 dos anexos.

Segundo se constatou, no ano de 2007, utilizando-se das fraudes na dispensa e na inexigibilidade de licitação já praticadas anteriormente e, sob a justificativa de que a COOPE detinha a exclusividade na produção de materiais para educação de jovens e adultos, foi realizada a aquisição de 1700 módulos para EJA das disciplinas de matemática, artes, história, geografia, ciências e língua estrangeira, todos oriundos da COOPE, por meio da inexigibilidade de licitação n. 95/2007, com valor de R\$ 3.209,00.

Assim, os denunciados inexistiram licitação fora das hipóteses previstas em lei, e deixaram de observar as formalidades pertinentes, porque contrataram diretamente somente com base na mera justificativa de exclusividade configurada através de uma carta expedida pela própria Cooperativa de Educação de Professores e Especialistas (fl. 189 dos anexos), sem se configurar tal documento comprovação idônea dessa qualidade, além de não realizar qualquer pesquisa de razoabilidade de preço contratado, nem mesmo apresentar comprovação da necessidade do objeto do contrato tanto em quantidade como em qualidade.

Ainda, averiguou-se também que, no ano de 2007, a cooperativa deixou de prestar serviços educacionais, de modo que nada justifica a exclusividade no fornecimento do material, caracterizando-se subterfúgio para a manutenção de contratação indevida em benefício da simpatizante política e denunciada Terezinha.

Restou também esclarecido nos autos que, com a inexigibilidade fora

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jsc.jus.br



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MONICA JACINTO, liberado nos autos em 30/07/2019 às 15:27. Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tst.jsc.jus.br/pastadigital/srg/abrirConteudoDocumento.do, informe o processo 0001125-92-2014.8.24.0058 e código 162A05FC.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MONICA JACINTO, liberado nos autos em 30/07/2019 às 15:27. Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tst.jsc.jus.br/pastadigital/srg/abrirConteudoDocumento.do, informe o processo 0001125-92-2014.8.24.0058 e código 162A05FC.

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara



das hipóteses legais e sem a observância das exigências pertinentes, na contratação da cooperativa cuja coordenação era da denunciada Teresinha, os denunciados causaram dano ao erário, porque não houve qualquer pesquisa de preço prévia à contratação e nem mesmo confirmação de número de alunos que seriam beneficiados, e mais ainda, comprovação por meio idôneo de que a COOPE era a fornecedora exclusiva do objeto adquirido (material didático).

Outrossim, a inexigibilidade de licitação praticada pelos denunciados também acarretou dano ao erário, porque obstaram a concorrência com outras empresas que poderiam oferecer seus produtos por uma quantia aquém daquela contratada com a COOPE, bem como porque poderiam fornecer um material de melhor qualidade aos alunos."

Assim, teriam os denunciados FERNANDO MALLON, ADRIANE ELIZA RUZANOWSKI e TERESINHA MARIA SCHMITT infringido o disposto no art. 89, da Lei n. 8.666/93, por três vezes cada, em concurso de pessoas (art. 29 do CP) e em concurso material (art. 69 do CP).

A denúncia foi recebida em 24 de março de 2014 (fl. 674), os réus Fernando Mallon e Teresinha Maria Schmitt foram citados em 09 de maio de 2014 (fl. 677). A ré Adriane Elisa Ruzanowsky foi citada à fl. 724.

Os réus Fernando Mallon e Adriane Elisa Ruzanowsky apresentaram resposta à acusação às fls. 680/717 e a ré Teresinha apresentou resposta à acusação às fls. 736/774.

Não sendo hipótese de absolvição sumária, foi designada audiência de instrução e julgamento (fls. 776/777), oportunidade na qual foram ouvidas cinco testemunhas arroladas pela acusação e duas testemunhas arroladas pela defesa, sendo que houve a desistência da oitiva da testemunha Elizabeth. Na sequência, foi realizado o interrogatório dos acusados e determinado que fosse aguardado o retorno da precatória expedida para a oitiva da testemunha Márcia, que retornou às fls. 825/826.

Sem diligências pelos acusados na fase do art. 402 do CPP (fl. 832).

O Ministério Público foi intimado para requerer diligências, sendo que o prazo decorreu (fl. 829).

Foram apresentados memoriais pela acusação (fls. 834/852),

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vam3@jsc.jus.br

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara



que aduziu que a materialidade e autoria do crime imputado aos réus resultou provada, concluindo pela condenação de todos os acusados nas sanções previstas no art. 89, da Lei n. 8.666/93, por quatro vezes (cada), na forma do art. 69 do Código Penal.

A defesa dos acusados apresentou memoriais às fls. 855/912. Em síntese, que é dever do município promover a educação de crianças e jovens, que os réus são inocentes, que há a possibilidade de terceirizar os serviços destinados a jovens e adultos, que o município pode contratar a COOPE com dispensa de licitação conforme art. 24, inciso XIII, da Lei de Licitações. Alegaram que os professores da COOPE eram cooperados, não havendo qualquer irregularidade nas suas contratações, que não houve favorecimento em razão da sigla partidária dos réus, e sim, que apenas estavam buscando promover ensino de qualidade aos jovens e adultos da cidade. Quanto ao dano ao erário, alegaram que inexistiu qualquer dano, tendo em vista que mil alunos foram beneficiados pelo programa todos os meses; alegaram que os serviços foram efetivamente prestados e que deve-se analisar o número de alunos matriculados e os serviços prestados pelo município. Ademais, quanto à remuneração dos professores da COOPE, informaram que não possuem vínculo nem com a municipalidade, tampouco precisam seguir regime celetista ou estatutário, motivo pelo qual podem receber valores sem amparo legal, ainda que a atividade seja regular. Assim, entendem que os professores podem receber tanto por alunos, quanto por carga horária. Em relação ao preço dos contratos, alegaram que foi fixado o valor irrisório de R\$ 40,00 (quarenta reais) por aluno e que o órgão acusador não comprovou que o preço cobrado estava acima do valor de mercado. Quanto às condutas, alegaram que não houve dolo, e que, quanto à participação da ré Teresinha, os fatos não passaram de denúncia caluniosa feita pelos adversários partidários do réu Fernando Mallon. Por fim, pugnaram pela improcedência da denúncia e a consequente absolvição dos réus quanto aos crimes a ele imputados.

É o relatório.

Decido.

Trata-se ação penal pública incondicionada, ajuizada pelo



Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra Fernando Mallon, Adriane Elisa
Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vam3@jsc.jus.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 927

Ruzanowski e Teresinha Maria Schmitt, imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, por três vezes, na forma do art. 69 do Código Penal.

Dispõe o art. 89 da Lei n. 8.666/93:

Dispensar ou inexistir 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.

Conforme a doutrina contemporânea, o bem jurídico tutelado é encontrado por meio do exame da política de moralidade administrativa adotada pela Constituição de 1988. Deve ser observada, portanto, estrita tipicidade taxativa, independentemente de irregularidades administrativas. A despeito de se poder identificar uma objetividade jurídica genérica nos crimes licitatórios, qual seja, preservar os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa, não se pode olvidar que cada tipo penal possui a sua própria objetividade jurídica, sem, contudo, afastar-se do amplo contexto em que está inserido.

O dispositivo ora examinado, acima de tudo, visa a proteger a lisura e transparência na contratação pública e exige retidão no processo licitatório para permitir ampla competição observando a regra da isonomia concorrencial¹.

Nesta senda, não se pode haver interesses ou sentimentos pessoais e deve-se priorizar o interesse público sobre o privado de maneira pronta e eficaz. Assim, o administrador deve garantir que o procedimento não ofenda ou dificulte o tratamento isonômico entre os concorrentes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

O crime se consuma quando o agente, por meio de inobservância aos princípios da administração pública e às determinações legais, inviabiliza a ampla concorrência e privilegia empresa ou pessoa para que firme contrato com a administração pública de forma ilegal.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 928

incorre no tipo penal o funcionário público que deixa de observar os requisitos objetivos e subjetivos da licitação e também o particular que de qualquer modo colabora, concorre e/ou aceita/se beneficia da ilegalidade das condutas praticadas pelo funcionário público.

O processo em análise trata-se da apuração do crime de dispensar e/ou inexistir licitação fora dos casos previstos em lei, cometido por Fernando Mallon na qualidade de Prefeito de São Bento do Sul à época dos fatos, Adriane Eliza Ruzanowski na qualidade de Secretária de Educação do município de São Bento do Sul à época dos fatos, e Teresinha Maria Schmitt na qualidade de terceira interessada, coordenadora da COOPE – Cooperativa de Educação de Professores e Especialistas.

Consta do caderno processual que a ré Teresinha e o réu Fernando Mallon fazem parte do mesmo partido político à época dos fatos. Narra a denúncia que Fernando foi eleito como prefeito e Teresinha deixou de se eleger ao cargo de vereadora, motivo pelo qual, em razão da proximidade partidária e tendo em vista que Teresinha atuou como cabo eleitoral do réu Fernando, a fim de prestar-lhe favor em razão do auxílio na campanha eleitoral, Fernando autorizou a contratação da COOPE, da qual Teresinha era coordenadora e professora, para que tivesse uma contrapartida financeira.

Desta forma, a ré Adriana teria viabilizado as condições para que a contratação fosse efetivada, já que à época era Secretária de Educação do Município.

Ademais, a denúncia também narra que para a contratação da COOPE não foram observados os requisitos objetivos e subjetivos da lei que trata das licitações (n. 8.666/93). Além disso, os valores contratados são exorbitantes, sendo que o primeiro contrato foi formalizado pelo período de 8 meses, no valor de R\$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais) e o segundo contrato se deu pelo período de 10 meses, no valor de R\$ 415.200,00 (quatrocentos e quinze mil e duzentos reais), respectivamente nos anos de 2005 e 2006.

Por fim, narrou-se também que além da contratação de professores, a municipalidade formalizou junto à COOPE contrato de exclusividade para o





ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Pod. Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 929

fornecimento de materiais e livros didáticos, cujo valor contratual foi de R\$ n 3.209,00 (três mil, duzentos e nove reais).

Alega o Ministério Público que a primeira contratação (ano de 2005) se deu por meio de dispensa de licitação n. 120/2005. A segunda contratação se deu no ano de 2006, por meio de inexigibilidade de licitação n. 52/2006, e o fornecimento de materiais se deu no ano de 2007, por meio de inexigibilidade de licitação n. 95/2007, em desconformidade com a legislação em vigor.

Assim, teria o réu Fernando Mallon, por motivos políticos e pessoais, colocado sua companhia partidária Teresinha para trabalhar com a municipalidade sem qualquer legalidade, sendo que Adriana, como Secretária de Educação na época, viabilizou os contratos, ocorrendo a consequente efetivação do delito por todos os réus.

A **materialidade e a autoria** restaram plenamente comprovadas.

Extrai-se do art. 24 da Lei n. 8.666/93:

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; (grifei)

Em análise aos documentos de fls. 57/67, a divisão de compras do município de São Bento do Sul requereu a dispensa de licitação para a contratação de prestação de serviços para educação de jovens e adultos de ensino fundamental, nas diversas unidades de ensino do município, cujo contrato corresponde ao número de 1000 (mil) alunos, no ano de 2005.

O parecer contábil do município aferiu ao contrato o valor de R\$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais). O processo foi homologado e adjudicado por Fernando Mallon, no uso de suas atribuições como Prefeito, e o processo de dispensa licitatória foi realizado para a contratação entre os períodos de maio à dezembro do ano de

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355. Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjsc.jus.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Pod. Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 930

2005.

À fl. 64, a diretora de compras informou que a empresa foi contratada tendo em vista ser incumbida estutariamente do ensino, não ter fins lucrativos e possuir reputação ético-profissional ilibada, conforme determina a legislação supramencionada.

Dos autos, ainda é possível verificar que a empresa possui sua sede na Rua São Pedro, 01, sala 104, Bairro Barreiros, na cidade de São José/SC e a despesa foi aprovada e autorizada pelo réu Fernando Mallon à fl. 66.

As fls. 68/91 foi acostado o estatuto social da Cooperativa Educação de Professores e Especialistas - COOPE, aprovada em assembleia em 12/03/2005. Do documento extrai-se que se trata de cooperativa de natureza civil e responsabilidade limitada, sem fins lucrativos, constituída em 12 de março de 2005, regida pelos valores e princípios do cooperativismo. Conforme o estatuto, a cooperativa possui atuação em todo o território nacional e tem por objetivo prestar serviços de docência, organizar cursos, pesquisas, material didático e qualquer outra atividade referente a serviços educacionais.

O contrato de prestação de serviços foi firmado às fls. 92/95 e comprova o valor de R\$ 40,00 (quarenta reais) por aluno, além do oferecimento de cada disciplina no número mínimo de seis alunos e no número máximo de 25 alunos, cuja nota fiscal apertou à fl. 115.

Denota-se que o tipo penal em comento é específico no sentido de que, para sua configuração, deve haver a dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei.

Para que se comprove a ilegalidade da contratação, necessário se faz compreender se no momento da dispensa havia possibilidade de concorrência ou não, e se havia outros meios da municipalidade promover a educação de jovens e adultos sem a necessidade de terceirização dos serviços.

Da prova testemunhal extrai-se que àquela época inexistia

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355. Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjsc.jus.br





ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de São Bento do Sul
Fl. 931

qualquer empresa que pudesse suprir a demanda de alunos que tinham a necessidade dos serviços de educação de jovens e adultos na cidade de São Bento do Sul.

Aliás, a maioria das testemunhas menciona o Sesi, mas logo adiante já argumentam que, ainda que o Sesi fornecesse educação para jovens e adultos, as aulas seriam ministradas na sede da empresa, e não nos bairros, que era a demanda maior, tendo em vista a impossibilidade dos alunos se deslocarem dos bairros ao centro.

No caso em tela, porém, restou comprovado que, embora o Sesi não tivesse condições de atender à demanda do município, uma vez que só atenderia no centro da cidade, sequer precisaria ter havido terceirização.

Isso porque as testemunhas ouvidas informaram, em síntese, que havia estrutura física no município, tanto é que em 2006 ou 2008 houve convênio com o CEJA para que a educação de jovens e adultos fosse continuada pelo Estado no oferecimento de segundo grau.

Após delicada análise de todos os relatos, minuciosamente, foi possível concluir que havia condições de os professores contratados pela municipalidade darem conta da demanda em relação à educação de jovens e adultos.

Com a instituição da COOPE em março de 2005 no município, cuja remuneração dar-se-ia pelo número de alunos, e não pela carga horária assumida pelo docente, muitos professores da rede municipal sentiram-se tentados a filiar-se na COOPE, e conforme a testemunha arrolada pela defesa, Márcia, muitos professores da municipalidade assim o fizeram, inclusive ela mesma.

Nesta senda, é possível verificar do relato da ré Teresinha que a COOPE nunca fornece professores, é sim, contrata/associa os professores da comunidade, de cada polo institucional, ou seja, não vieram professores de São José/SC ou Florianópolis/SC para ministrar aulas para jovens e adultos, e sim, as aulas eram ministradas pelos docentes que já residiam na cidade de São Bento do Sul e filiar-se à cooperativa, que também conforme o relato da ré, só poderiam ser filiados à cooperativa os docentes capacitados.

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jusc.jus.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de São Bento do Sul
Fl. 930

Como a testemunha Márcia disse que muitos professores do município filiar-se à COOPE, ficou claro que todos estes detinham capacitação suficiente para ministrarem aulas à educação de jovens e adultos sem a necessidade de o município gastar com capacitação, e conseqüentemente, sem a necessidade de terceirizar os serviços e gerar uma diferença de quase um milhão de reais no orçamento do município em três anos de gestão.

A ré Teresinha alegou que a COOPE possui sede na cidade de Florianópolis, e consta endereço da cidade de São José/SC nos documentos fornecidos pela Cooperativa. No entanto, apenas em 12/03/2005 se tem notícias da implantação e constituição do COOPE na cidade de São Bento do Sul, indo pelos ares todos os argumentos e informações trazidas aos autos acerca da atuação do COOPE na cidade antes da data supramencionada. Pelo menos ficou claro que, se a cooperativa atuava na cidade antes de sua instituição formal, atuava de forma ilegal, já que é evidente pela prova amealhada nos autos que a instituição só poderia funcionar após sua devida constituição e associação de docentes qualificados.

Por oportuno, cabe ressaltar que não foi comprovado em nenhum momento que a COOPE atuou em São Bento do Sul antes de março de 2005, embora a ré Teresinha tenha argumentado que já trabalhava na educação de jovens e adultos no chão de fábrica, nenhum documento foi trazido aos autos para comprovar o argumento e para comprovar que a instituição já atuava de forma legal na cidade.

Ademais, importante frisar que a cidade de São José situa-se há mais de 200km da cidade de São Bento do Sul, tendo como cidades mais próximas a cidade de Joinville, conhecida por ser a cidade mais populosa do Estado de Santa Catarina pelo IBGE, e que no ano de 2007 já possuía 487.003 mil habitantes², além de a capital do estado do Paraná (Curitiba), localizada a aproximadamente 100km de São Bento, e que em 2007 já possuía 1.797.408 habitantes³. Assim, cai por terra o argumento de que não havia qualquer empresa que pudesse suprir a demanda em relação aos materiais utilizados para o ensino de

² Disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/contagem.pdf> 106

³ Disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/contagem2007/contagem.pdf> p. 93

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jusc.jus.br





ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 333

Jovens e adultos na região, assim como para o treinamento e capacitação de professores, ou qualquer que seja o argumento utilizado pela defesa.

Dito isso, cabe ressaltar que a COOPEPE foi instituída na cidade de São Bento do Sul em 12/03/2005 e a contratação com a municipalidade se deu em 25/05/2005, não tendo como se verificar a qualidade e idoneidade da Cooperativa, pelo menos nesta Comarca, assim como não restou comprovado nos procedimentos licitatórios que a instituição possuía algum aluno fora da municipalidade, levantando suspeitas sobre possível manobra realizada para eventual benefício financeiro, conforme se observa, tanto dos professores quanto da coordenação da COOPEPE.

Novamente, friso que é incontestoso que a COOPEPE era formada por professores locais, sendo que a sede de São José não disponibilizava professores.

Isso leva a crer, de forma lógica, que os professores contratados pela COOPEPE eram os professores que já atuavam na cidade de São Bento, e a testemunha arrolada pela defesa, Sra. Márcia Rodecz, ouvida por carta precatória e inquirida pessoalmente pelo réu Fernando Mallon (fl. 826), o qual advogava em causa própria, teve êxito em confirmar a informação, e ainda enfatizou que tanto ela quanto vários outros professores da municipalidade ministravam aulas na rede básica de ensino municipal durante o dia e à noite ministravam aulas pela COOPEPE, como terceirizados

Ainda que se tenha mencionado que a demanda de alunos era muito grande (mil alunos por mês), ficou comprovado no decorrer da instrução probatória que as aulas aconteciam somente duas vezes por semana, sendo que cada aula tinha duas horas e meia (testemunhas Adriana, Cléia e Eliane)

Outrossim, também ficou comprovado que a COOPEPE possuía vinte professores no corpo docente disponível para ministrar estas aulas (fl. 97), e que a maioria destes, se não todos, já eram funcionários efetivos do município e que ministravam aulas na rede básica de ensino no período matutino.

Todas as testemunhas ouvidas mencionaram que era muito

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jusc.jus.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 334

vantajoso fazer parte do quadro de cooperados da COOPEPE, tendo em vista que ali se recebia pelo número de alunos e não por hora/aula como normalmente os professores recebem seus salários na rede pública.

Até mesmo a testemunha Márcia alegou que na COOPEPE recebiam a mais pois tinham o dever de incentivar os alunos a não desistirem das aulas, o que não ocorre na rede pública de ensino.

Outro ponto curioso e não menos importante, é que as testemunhas ouvidas informaram que no ano de 2007 foi implantado o EMEJA na cidade, escola municipal responsável pela educação de jovens e adultos, e que a compra de materiais realizada por meio da exclusividade da COOPEPE foi tanto para a confecção de materiais para uso dos alunos na educação de jovens e adultos, como para suposta capacitação dos professores.

Ora, como seria instituída uma escola especializada na educação de jovens e adultos sem professores capacitados?

Por óbvio, já tinham a capacitação, tanto é que lecionavam pela COOPEPE até que se regulamentou legalmente o EMEJA.

A testemunha **Eliane Bergmann Rank**, ouvida em Juízo, informou:

"Que era servidora da prefeitura de São Bento do Sul e atuou nas contratações do município com a COOPEPE. No setor de compras da educação, reunia os documentos e repassava para o setor de compras da prefeitura. Que especificamente sobre a dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação, disse que não realizou estas sondagens, pois só reunia as documentações, mas que se recorda que havia o comentário de que foi contratada a COOPEPE porque era a única empresa que atendia às necessidades do município; não se recorda de valores. Quanto ao documento de fl. 57, não se recorda quanto ao detalhamento da transação. Não soube precisar os critérios para a contratação da administração pública e teve contato com Teresinha em relação às notas fiscais ou documentações necessárias, mas isso somente depois da contratação da COOPEPE. Desconhece amizade entre Teresinha e Fernando; nos processos maiores de compras, não sabe prestar informações, se houve pesquisa de preços. Se recorda que haviam muitos alunos, que eles não se reuniam todos ao mesmo tempo, mas que tinha muitos alunos".

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jusc.jus.br





ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 935

alunos naquela época, pois a procura era muito grande e optou-se pela COOPE para a prestação dos serviços. Não tem conhecimento acerca dos vencimentos dos professores, mas que na rede municipal, em tese recebem pela carga horária. Sobre o material, não recorda. Não sabe por qual motivo em 2005 foi contratado o serviço por dispensa de inexigibilidade e em 2006 foi contratado por inexigibilidade de licitação, pois isso é com o setor de compras da prefeitura."

A testemunha **Rosilene Ribeiro**, compromissada, informou:

"Que foi convidada para dar aulas em um projeto de jovens e adultos, pessoas que não tiveram a oportunidade de estudar, então foi feito um projeto pra verificar a demanda e então foram feitos polos. Disse que gostou muito de trabalhar neste projeto. Já trabalhava com jovens e adultos e então aceitou o convite para trabalhar na COOPE. Disse que eram formados os grupos e onde eram montados os polos, lecionava. Na época, a COOPE era administrada por Soni e Teresinha era coordenadora. Em relação à contratação e aos valores, não se recorda, apenas que ganhava por aluno. Nas escolas, quando lecionava sempre era pela quantidade por alunos. Na COOPE, os polos eram em vários lugares, Adélia, Basílica, Lúcia, mas como faz muito tempo, não se recorda de todos. Lembra que Teresinha foi candidata mas não ganhou; que não ouviu comentários sobre qualquer facilitação em função do cargo. Não sabe se Teresinha possuía amizade com Fernando ou Adriane. O público de estudantes do COOPE eram pessoas de idade, adultos, que deixaram de estudar ou não tiveram oportunidade."

Salette Bayerl Spitzner, em juízo informou que:

Foi Secretária de Educação em São Bento do Sul, nos anos de 2009 a 2012. Quando era secretária, o COOPE prestava serviços em São Bento, mas não para o município. Tomou conhecimento de que houve o contrato em anos anteriores, mas não continuou na sua gestão pois o município tinha uma instituição para educação de jovens e adultos, tinha uma sede, um prédio com estrutura e com tudo e não precisava terceirizar um serviço que tinha ali. Que essa estrutura existe desde o prefeito Silvío Drevek, que não sabe se ele foi prefeito antes de Fernando Mallon. Disse que nas unidades escolares tinham polos, com educação de jovens e adultos desde aquela época, tanto que teve que entregar diários de classe da escola Dalmir Pedro Cubas, na [...] Luz. Que quando assumiu a secretaria, foi chamada para uma reunião na sede do COOPE e a explicaram o que era e como funcionava, e depois Flávio foi na secretaria e pediu para que a secretaria trabalhasse com a COOPE na educação de jovens e adultos, e também recebeu visita da ré Teresinha para fazer uma

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjse.jus.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 936

parceria da prefeitura e o COOPE com educação de jovens e adultos, então soube sobre os contratos de 2005 e 2006, trezentos e poucos mil em um ano, quatrocentos e poucos mil em outro ano, fez um levantamento de questões e valores, viu requisição de cursos para professores, só que não entendia por que ter curso de professores pro COOPE se era terceirizado, se não era da Secretaria de Educação a educação de jovens e adultos, por que é que tinha curso? Também tinha requisição de materiais, módulos, mas por que a Secretaria de Educação pagou módulos de jovens e adultos se era o COOPE que administrava a educação de jovens e adultos no município? Então começou a organizar e ver tudo isso que havia acontecido para ver se contratariam ou não o COOPE. Mas como tinha uma escola de jovens e adultos com diretor e coordenador indicados, por que ia contratar serviço terceirizado, se a própria prefeitura tinha uma escola, criada dois ou três anos atrás? Também viu requisição de curso em São Paulo para Márcia Rosvelt, que era terceirizada, viu tudo isso, mas não continuou pela desnecessidade, pois já tinha escola de jovens e adultos no município, criada por decreto. Teve acesso a alguns documentos que não entendia, mas disseram que havia 600 e poucos alunos na educação de jovens e adultos, mas quando parou pra fazer um levantamento, havia somente 400. Deixou duas pessoas na EMEJA para verificar. Os dados não batiam, então fez um recadastramento dos alunos por meio de um sistema criado por eles. Disse que quando deixou a EMEJA, tinha somente 200 e poucos alunos, então foi diminuindo a demanda. Em 2005 e 2006, fez levantamento, mas sabe que a estrutura é da escola municipal, luz, água, telefone, inclusive papel, os professores muitos já trabalhavam na gestão anterior, teve uma organização. Quando entrou, começaram a fornecer merenda, porque veio verba, tinha dinheiro só para o EMEJA, papel higiênico, folha sulfite... Não viu nenhum documento sobre a idoneidade da instituição, mas sabe que o Sesj poderia prestar esse serviço, qualquer instituição com fins educacionais poderia prestar, desde que tivesse reconhecimento para a modalidade jovens e adultos, mas que pra saberem, precisa abrir ao público a possibilidade, mas não contrataria serviços dessa forma, porque já tinha uma escola pronta. Sabe que sobre o EMEJA, foi criado um ou dois anos antes de receber a secretaria de educação, mas que sabe que já havia educação para jovens e adultos desde a época de Silvío Drevek. Que as escolas funcionavam à noite, com educação do primeiro ao quinto ano, com nivelamento, com trabalhos daquela época. Disse que Noeli Novak e Maria Ivanir Tomellin também davam aula para jovens e adultos. Sobre Teresinha, sabe que foi candidata à vereadora pelo PMDB e depois pelo DEM também. Sabe que Fernando também era do PMDB. Não tomou conhecimento concreto sobre a relação de os dois serem do mesmo

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjse.jus.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara



Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 931

partido e Fernando ter beneficiado Teresinha. Mas do que ouvia, que não era concreto, ouviu muitos comentários de que não era legal assumir um cargo na secretaria de educação ou pra não ser secretária de educação, se fazia essa parceria com a educação de jovens e adultos e financeiramente poderia ser até mais recompensador. Disse que fala sobre o que me falavam na época pra ser secretária de educação. Ouviu de várias pessoas, inclusive de pessoas com quem se dava muito bem. Ouviu em várias situações.

Cléia Nara Tureck, compromissada, disse que:

"É professora e diretora, que sobre os contratos de 2005 e 2006, fez parte do COOPE. Quando iniciou, o COOPE já existia na prefeitura de São Bento do Sul. Foi convidada a fazer parte. As escolas eram de São Bento do Sul. Sabe que passava de mil alunos em todas as escolas. Que a remuneração dos professores se dava por aluno. Não teve conhecimento sobre burocracias de licitação. Quem coordenava era Teresinha. Não tem conhecimento sobre a necessidade de terceirizar, mas achava, na época, que era a maneira mais barata do que contratar um professor e material. Que não sabe se pode ter havido alguma facilitação em razão de possível amizade de Fernando com Teresinha."

Adriana Milbratz, compromissada, disse que:

"É assistente técnica pedagógica e que prestou serviços ao COOPE em São Bento do Sul no ano de 2005. Que lecionou inglês e artes. Nessa época, Teresinha era coordenadora do COOPE. O pagamento dos professores era por aluno. Que não sabe como foi a contratação com a prefeitura de São Bento do Sul, não sabe sobre licitação, nem se teve concorrência ou não, não teve acesso a documentação. Disse que eram muitos alunos, tinha muita demanda na época, na Délia, onde trabalhou, tinha cinco ou seis turmas cheias. Lecionou em turmas menores, mas os outros professores tinham turmas grandes, algumas com 40 alunos. Com relação à contratação do COOPE pela municipalidade, disse que sempre ocorreram comentários quando contratos com pessoas do mesmo partido, mas não foi nada oficial, só ouviu falar que havia interesse político, mas não participou pois não é filiada, mas como a nomeação de diretores, havia essa possibilidade de ser política pela proximidade política. Não tem conhecimento de quantos professores tinha, mas era por volta de 30 professores, entre 15 e 30. O material era disponibilizado pela instituição. O material era dado, giz, tudo. Na rede pública onde trabalha, o pagamento do professor é por carga horária, mas na COOPE era por número de alunos e nunca tinha ouvido falar disso. Agora trabalha no CEJA, já faz 10 anos, mas antes, trabalhou por 6 anos na prefeitura. Questionada sobre a terceirização, sabe que em

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 80287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jusc.jus.br

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara



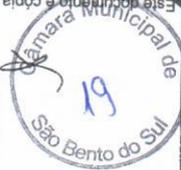
Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 938

2006 foi feito convênio com o CEJA, que o CEJA prestou serviços para a prefeitura. O Estado pagava os professores, mas não sabe se era em conjunto com o COOPE. Só sabe que em 2006 o CEJA começou a ir nas escolas, nos bairros pra atender, e disponibilizando professor. Que sobre o salário dos professores, era maior do que em outras instituições. Os professores queriam trabalhar no COOPE porque ganhava bem. A depoente chegou a trabalhar duas noites e quase ganhou o que ganhava como secretária de escola trabalhando duas noites no COOPE. Dois dias na semana, mas no mês. E que as aulas eram uma vez por semana. Que o CEJA, naquela época, ministrava aulas de primeiro e segundo grau quando começou. De fundamental e médio. O CEJA é Estadual, mas atende fundamental também. Os professores eram pagos pelo Estado e a prefeitura fornecia as salas e no começo fazia o transporte dos professores. O serviço funcionava bem, porque tinha muita demanda, muita procura. Até o ensino médio. O convênio com o CEJA foi mais pelo empréstimo das salas, porque eles pediam. Eles terminavam pelo COOPE ou pelo município o ensino fundamental e tinha uma demanda, eles queriam continuar e como não tinha passe pra ir pro centro... Não sabe se era necessário terceirizar. Mas acredita que como já tinha um serviço público, talvez desde o início poderia ter sido feito convênio direto com o Estado, mas não sabe como foi."

A testemunha **Alicione Hinke**, em Juízo, mencionou que:

Atua como secretária de educação e em 2005 era diretora administrativa da secretaria municipal de educação. Em 2005 foi feita a contratação do COOPE para prestar ensino a jovens e adultos. O projeto estava previsto para atender a mil alunos de ensino fundamental, tanto nos anos iniciais como dos anos finais. A demanda era muito grande e como não se conseguia atender a toda a demanda, foi estimado o que poderia ser atendido na época. A demanda era bem maior. Esses alunos eram atendidos nas unidades escolares dos bairros da rede municipal de ensino, no período noturno. Foi contratada a COOPE porque ela tinha condições de atender à demanda na época, tinham experiência e metodologia específica para atuar com jovens e adultos. Acha que eles já atuavam com particulares no município. Em 2006 foi a continuidade para que eles terminassem o ensino fundamental. Nesses dois anos o município se organizou e fez uma escola e uma metodologia para dar continuidade ao programa de jovens e adultos. O EMEJA foi criado em 2007. A princípio o espaço físico da sede do EMEJA não comportava toda a demanda. Então foram usadas as escolas do município. Hoje essa escola está situada em Oxford. Com a criação do EMEJA em 2007, continuou com os polos nas escolas, porque a demanda era grande e também porque precisava atender durante o dia principalmente os jovens entre 15 e 16 anos. Foi feito convênio

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 80287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jusc.jus.br





com o CEJA para dar continuidade à educação de jovens e adultos que terminavam o ensino fundamental e iam para o ensino médio. Foi feita a parceria para que eles continuassem estudando. O CEJA se encarregava do ensino médio. O ensino fundamental era de responsabilidade do município e o ensino médio era do Estado, pelas suas competências. A parceria foi a cedência do espaço físico. O Município cedia as salas de aula para que o ensino médio fosse feito. O segundo grau atendia na sede que ficava junto com a gerência e também como tinha uma demanda grande, também precisava dos outros espaços. Quando Salete assumiu a secretaria de educação do Município, não tinha mais a demanda que tinha antes, porque a demanda era reprimida de adultos e jovens, porque se fomos ver no contexto da sociedade, o ensino fundamental há 20, 30 anos, o ensino fundamental não era obrigatório, então nem todos faziam o ensino fundamental. Nisso, houve a demanda reprimida dessas pessoas que não estudaram na idade certa. Hoje essa demanda é menor, se for olhar as escolas, pode procurar em qualquer nível, a nível de São Bento não têm mais 200 alunos, porque hoje tem a obrigatoriedade de pelo menos até os 15 anos, estar estudando, então não está universalizado o ensino fundamental, mas está quase universalizado. Hoje a demanda é maior para o ensino médio, porque não era obrigatório. Agora o ensino médio também é obrigatório. Então a previsão é para que em 15 anos a escola de educação de jovens e adultos se extinga, devido à falta de demanda. No início, foi usado serviço terceirizado e depois a prefeitura assumiu a educação de jovens e adultos, porque não tinha a competência de metodologia de ensino para jovens e adultos. A competência era para ensino regular para crianças, e a metodologia para educação de jovens e adultos é diferente, não se pode ensinar da mesma forma que as crianças na alfabetização. Os jovens e adultos não têm a mesma duração que o ensino regular. Um adulto que não fez nada de escola e que vai fazer do primeiro ao nono ano, a média era em um ano e meio os anos iniciais, antigo primário que seria a alfabetização até o quarto ano, e dois anos de quinta à oitava série. Como a educação de jovens e adultos tem metodologia diferenciada, o aluno precisava fazer por módulos. Então quando um aluno saía, já começava outro. Sempre tinha alunos querendo, sempre tinha demanda. Na época, tinha lista de espera, pois as empresas estavam exigindo escolaridade pra contratar funcionários. Havia rotatividade e sempre que um saía, já entrava outro. Havia desistências também, mas sempre tinha alguém pra entrar na vaga do desistente. Entre 2005 e 2008 a média de alunos era de mil, mil e duzentos alunos em qualquer unidade escolar de educação de jovens e adultos, tanto no CEJA, que trabalhava com um número bem maior de alunos, hoje se ver, o número está muito reduzido. A depoente também exerceu o cargo de Gerente Regional de Educação e o CEJA estava sujeito à



sua gerência. Existiam alunos do EMEJA que depois foram para o CEJA. Quanto aos valores dos salários pagos para os professores, era mais vantagem para o município terceirizar a mão de obra, porque a demanda era muito grande. Sobre Salete ter informado que já existia no município ensino de jovens e adultos antes do mandato de Fernando, a depoente disse que tinha alguns alunos que frequentavam dentro do método da metodologia de ensino regular nas unidades escolares a contiguidade do ensino no noturno, mas daí o ensino era feito normal, não era supletivo, pois eles frequentavam diariamente no período noturno. Na época, acha que não chegava a 400 alunos. Era um número bem reduzido. Não tem certeza se Teresinha concorreu a cargo político e não se recorda partido ou coligação.

A testemunha **Márcia Rodecz**, compromissada, respondeu que: "Em 2005 era funcionária da Prefeitura; que era cooperada da COOPE e lembra que a COOPE foi contratada para prestar serviços de ensino de jovens e adultos. Que a prefeitura não tinha condições de fornecer ensino de jovens e adultos, então foi contratada a COOPE porque já realizava esse trabalho e já tinha profissionais qualificados pra isso. A COOPE já atendia jovens e adultos em outros seguimentos, atendia nas empresas e na própria COOPE já atendia à comunidade. Esses alunos eram atendidos nas escolas do município, à noite. Eram os alunos dos bairros, pra facilitar pra eles não irem ao centro. Tinha uns mil alunos, mais ou menos. A COOPE deixou de ser contratada mais ou menos em meados de 2006, porque em 2007 o município criou a Escola Municipal de Jovens e Adultos, na qual foi coordenadora pedagógica. Com a criação do EMEJA, assumiu a direção da escola e os alunos deixaram de ser do COOPE. Continuaram a ser atendidos nas demais escolas do município, pra não prejudicá-los. O EMEJA tinha mil e cinquenta alunos, era escola com maior número de alunos no município, mas depois foi diminuindo, uns foram se formando ou desistindo, mas eles não desistiam com muita facilidade. O perfil dos alunos do EMEJA eram jovens e adultos a partir de 16 anos, tinham alunos com 70 anos, um senhor de 79 anos. Depois veio a lei e baixou para 15 anos. Todos alunos que não tinham formação de primeiro grau, outros eram formados até certo ano. Alguns faziam só o fundamental, alfabetização, outros que já tinham feito até a sétima série e voltavam só pra complementar oitavo e nono ano, é bem diferente. A duração do curso para cada aluno é diferente. É conforme o aluno vai fazendo. Às vezes fazia duas disciplinas e abandonava, depois voltava e fazia mais duas. Sempre era feita a substituição dos que desistiam por alguém que aguardava. Na época da COOPE, era cooperada e funcionária da prefeitura. De dia trabalhava fazendo uma ponte entre prefeitura e COOPE e à noite



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MONICA JACINTO, liberado nos autos em 30/07/2019 às 15:27. <https://esaj.jsc.jus.br/pastadigital/sq/bnrc/ConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0001125-92.2014.8.24.0058 e código 162A05FC.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 941

era professora da COOPE. Tinha mais professores públicos municipais que eram cooperados. Como professores municipais trabalhavam de dia no ensino regular, de noite eles trabalhavam pelo COOPE, porque a COOPE funcionava de noite, então a professora de português ministrava português no ensino regular no município e à noite ministrava aulas para a COOPE. A de matemática também. Antes de 2005 não era oferecida educação de jovens e adultos no município. A educação era só por forma de projetos, mas não estava envolvida. Se envolveu quando foi convidada pela Teresinha para trabalhar à noite como cooperada. As aulas eram presenciais. Inicialmente, as aulas eram uma vez por semana. Quando foi legalizado, passou a ter mais dias por semana, então talvez até por isso as desistências, porque eles querem as coisas muito fáceis, mas não sabe quantas, a qualidade dos professores da COOPE era boa. Demoraram tempo para capacitar os professores, tiveram que capacitar os professores do município, não podiam mais pegar os professores da COOPE. Alunos que completavam o primeiro grau, a maioria partia pro segundo grau pelo Estado ou mesmo pela COOPE particular pra fazer o segundo grau. Isso não era obrigação da prefeitura, só fundamental. O ensino médio era de responsabilidade do Estado. Não se recorda o dia em que se filiou na cooperativa, mas acha que foi bem no início do ano de 2005. Disse que era supervisora e cooperada. Quanto ao pagamento, não sabe dizer como o município pagava, mas que recebia da cooperativa. A cooperativa pagava por aluno. Os professores cooperados ganhavam mais do que no Estado e no Município. Ganhavam mais porque tinham que incentivar os alunos a não desistirem das aulas. No público não é assim que funciona, então ganhavam mais pra incentivar. Como hoje trabalha na área federal, percebe que falta muita coisa no ensino público. Havia diferença de salário. O material era confeccionado por Florianópolis. Perguntada se o material era específico desse público, respondeu que o material era específico da COOPE."

Por fim, a testemunha Edemilson Benedito de Assis, compromissado, respondeu em Juízo que:

"Trabalha no setor de compras do município e que antes foi diretor de compras. Que em 2005 a diretora de compras era Mara Regina e antes dela foi Aluísio. Em 2006, depois foi o depoente. Que a COOPE foi contratada em 2005 e 2006 foi feita dispensa de licitação para a contratação. Em 2007 houve a contratação, por inexigibilidade para aquisição de material. As dispensas foram feitas pelo inciso XIII do artigo 24 por ser educação e ser instituição sem fins lucrativos, então utilizou-se o inciso XIII do art. 24 da Lei n. 8.666/93. Na inexigibilidade foi usado o inciso I do art. 25, que permite a compra de materiais, porque o material da COOPE era de reprodução e

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.varas@jusc.jus.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 942

distribuição exclusiva da COOPE. Não foi feito por dispensa porque, o valor da compra era de 3 mil e pouco. Pode ser usada a dispensa, inciso I ou II do art. 24, mas daí tem que ter no mínimo 3 preços, e foi usada a inexigibilidade por ser exclusividade, então não haveria competição. Em relação ao procedimento para fazer uma compra, contratação, por dispensa ou inexigibilidade, inicialmente é feita pesquisa de preços para a parte de licitações e para dispensa. Para inexigibilidade não existe pesquisa porque é exclusividade, não tem competição. Isso passa pela secretaria requisitante e depois vai para o departamento de compras, que faz a modalidade de licitação se for o caso, ou a dispensa ou a inexigibilidade, e o processo é encaminhado para o jurídico, tem o parecer jurídico e depois encaminhado para a comunicação. Nas três contratações (de 2005 a 2007), houve parecer. Nas dispensas houve parecer do Dr. Ângelo Ceslki e na inexigibilidade houve parecer do Dr. Adorian, que eram procuradores do município. O contrato é feito no departamento de compras. Depois disso o compras não faz mais acompanhamento, que é de obrigatoriedade de cada secretaria. Não pode afirmar se houve pesquisa de preços na dispensa porque uma foi feita pela Mara e a outra foi feita pelo Aluísio. Nos casos de contratação direta, a administração verifica a idoneidade da instituição de ensino e valores, existe certificação prévia. Nas dispensas não pode afirmar que houve, porque ele não era o diretor. Mas em 2007 o diretor era o depoente. É solicitada toda a documentação da empresa. Não se pode contratar alguém sem documentação da empresa. Pra aferir a idoneidade não existe documento. Existem as negativas da empresa. A pesquisa de outras instituições para comparar, é feita por cada secretaria. O setor de compras só avalia se vai ser feito por inexigibilidade, dispensa ou se tem que licitar."

Os réus, ouvidos em Juízo, negaram a autoria e o dolo nas suas condutas.

Inicialmente, a ré Teresinha Maria Schmitt disse que:

"É aposentada pela prefeitura de São Bento do Sul e continua coordenadora da COOPE. Possui renda mensal de 5 mil reais pela prefeitura e na COOPE ganha por aluno. Disse que é coordenadora da COOPE há 10 anos. Que na época, quem assinou o contrato foi a Soni, que era diretora; que a COOPE era a melhor proposta no momento; que quem decide o valor da remuneração dos professores e associados é o colegiado; que na época eles já tinham 700 alunos, tinha uma demanda reprimida enorme na cidade e o município só podia pagar até 1000 alunos, então fizeram o orçamento conforme a possibilidade do município; que hoje possuem 9 mil alunos. Que hoje o SESI oferece serviço de jovens e adultos, que eles têm agora a cooperativa que era da COOPE, antes de 2003, de educação infantil. Que concorreu a vereadora pelo PMDB e fez 500 e poucos votos."

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.varas@jusc.jus.br





quase se elegeu por conta da sua competência como educadora. Que não foi feito mais serviços no município porque reduziu a demanda; que o município construiu uma escola para educação de jovens e adultos; que o município tinha educação infantil até a quarta série, com 60, 70 alunos; que quando mudou a administração pública, continuaram com o EMEJA e hoje deve ter aproximadamente 200 alunos; que 40% do valor pago por aluno paga o salário dos professores e 5% do valor pago por aluno vai para a coordenadora da COOPE. Sobre o contrato com a prefeitura, disse que ofereceu os serviços da COOPE para Adriane e que a municipalidade ficou de analisar. Houve tramitação da receita federal, o que foi requerido pela prefeitura, a diretora forneceu. Não tinha outra empresa na região com a metodologia e proposta do COOPE. por isso a prefeitura contratou com eles. Hoje a demanda já reduziu bastante. Colegiado é que delibera tudo, em Florianópolis. A sede é em Florianópolis. Que na época eles já tinham 700 alunos nas empresas, tinha uma demanda reprimida enorme na cidade e o município só podia pagar até 1000 alunos, que tinha condições pra argumentar a demanda, porque têm professores formados para isso. Professores formados na área, toda a formalidade. Que hoje têm condições de atender 30 mil alunos. Que os professores não vêm de fora, os professores sempre são da comunidade, mediante análise de currículo e formação na área. A proposta do COOPE era de 18 meses. Em 18 meses os alunos fazem do sexto ao nono ano. A demanda não liquidou, mas reduziu muito. O município criou uma escola na época, de jovens e adultos, em 2007, que supriu a demanda. Antigamente o município tinha parceria com o Estado e tinha educação de jovens e adultos apenas educação de primeira a quarta série, mas eram umas turminhas nos bairros, não sabe se tinha 60, 70 alunos. Dentro da metodologia e proposta da COOPE, ninguém oferecia serviços assim. A administração de Fernando criou uma escola e a administração seguinte continuou com o EMEJA, e tem até hoje, a interroganda acha que têm uns 200 alunos, que saem do EMEJA e vão para o CEJA. Hoje a mensalidade é R\$ 100 reais. Na escola pública, o aluno custa R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais). Trabalha em cima de planilha de custo. O pró labore da ré aumentou com esse contrato. O pró labore do professor é de 40% do valor do aluno, o pró labore da ré é de 5% do valor do aluno. A COOPE atende a 36 municípios. A COOPE tendeu São Bento do Sul, Bela Vista do Toldo e Chopinzinho com prefeituras. Mas que depois que começou a dar problema com justiça, parou de contratar com municípios. Era feito o mesmo processo que foi feito em São Bento do Sul. Tinha vários convênios. No valor já estava incluso também o material."

X



Já a ré **Adriane Elisa Ruzanowski**, respondeu em Juízo que "É administradora escolar, servidora estadual. Renda mensal de R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Recorda que houve a contratação da COOPE em 2005 e 2006, foi secretária de educação na gestão de Fernando Mallon. Na época, a modalidade de educação de jovens e adultos, embora não seja de ensino fundamental, é da competência do município. Tinha demanda grande, foi feito levantamento grande nas escolas municipais quando assumiu a secretaria de educação, pois muitos pais estavam procurando ensino à noite, uma vez que não conseguiram concluir no ensino regular. Nesse trabalho foi constatado que o número era expressivo de alunos que estavam fora da escola e fora da idade, que se enquadravam na educação de jovens e adultos. Fizeram reuniões pra viabilizar o fornecimento de aulas nesse sentido, em todos os bairros, pois tinham alunos. O município não tinha professores qualificados, pois não trabalhava na educação de jovens e adultos, então buscou-se a parceria e o convênio. Desconhece educação de jovens e alunos da época do Sílvio Drevek. Fizeram o levantamento e viram que a própria COOPE já trabalhava nas empresas com alunos, desde que fossem funcionários, deixando os outros à mercê. Justamente esses alunos que estavam buscando espaços para concluir os estudos no ensino fundamental. Existia de forma muito tímida o sesi, mas trabalhava só no seu polo, não ia para os bairros então não supria a demanda. Do processo administrativo de dispensa, não acompanhou porque isso é feito no órgão central da prefeitura. Só colocou a situação da empresa pra ver se tinha possibilidade de contratação, se tivesse parecer jurídico também, pra poder levar adiante a possibilidade. O preço/demanda, número de alunos foi feito levantamento nas escolas municipais e tinha mais de mil alunos, faltou vaga. O preço foi checado, o cálculo é feito por aluno, seja da educação infantil ou ensino fundamental. Foi nesse cálculo que chegaram no valor. Teresinha foi naturalmente candidata a vereadora, mas não tinham envolvimento. Quanto aos materiais, que foi feito por inexigibilidade, em 2005 e 2006 tinha a COOPE e em 2007 criaram o EMEJA, com educação de jovens e adultos e foi feita a aquisição de materiais para dar início ao EMEJA e também a capacitação de professores. O material era exclusivo da COOPE. Pesquisou no município e aos arredores, e por esse valor não encontraram em nenhum lugar, pois o material era pra iniciar todas as atividades dos alunos no EMEJA e com o passar do tempo, o próprio município começou a criar e elaborar materiais, como é feito até hoje. Em 2005 e 2006 os módulos dos materiais estavam inclusos no valor do contrato. A demanda era grande e com o passar dos anos houve a universalização do ensino fundamental, então a demanda reduziu. Tanto no EMEJA quanto no Estado não se efetiva e não se faz concurso para professores desta modalidade, pois é muito volátil."





ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 345

2007 receberam reconhecimento por ser município livre do analfabetismo, 96 ou 97% dos adultos daqui sabiam ler e escrever. Foi a primeira vez que o município recebeu esse prêmio. Foi resultado do trabalho feito nos últimos anos. O aluno que terminava, recebia certificado de conclusão de curso, validado pelo Conselho Municipal de Educação."

Por fim, o réu **Fernando Mallon**:

"Negou a veracidade das alegações do Ministério Público. Disse que a administração seguinte, do partido PP contratou assessor com a finalidade de encontrar problemas na administração do réu para manchar politicamente seu nome. Quanto à Teresinha, foi candidata em 2004 e não se elegeu pelo PMDB, depois ela se filiou ao DEM e se elegeu na eleição seguinte. Disse que a COOPEPE é de âmbito estadual, que Teresinha foi diretora da COOPEPE e se elegeu por conta da COOPEPE. O CEJA era muito limitado e o COOPEPE era contratado pelas empresas para dar aula de segundo grau nas fábricas no seguimento de jovens e adultos, ensino em geral. Disse que a demanda era grande e limitaram em mil alunos por mês, por módulos. A escolha foi feita por a empresa ter know how notório. O Sesi também fazia, mas era só na sede deles, e como muitos alunos tinham dificuldade de ir pro centro pra ter aula, inclusive muitos trabalhavam o dia inteiro, utilizaram os espaços do município, escolas nos bairros para fornecer ensino de jovens e adultos à noite. Todos saíram beneficiados. Vazia a pena terceirizar, porque não tinha pessoal qualificado para ensinar jovens e adultos, teriam que capacitar. EMEJA só foi criado em 2007, foi feito estudos de preços, as outras instituições também cobravam por aluno. A demanda chegou a mil alunos e ainda faltaram vagas, por isso as aulas eram feitas por módulos. O contrato foi firmado pro Florianópolis, por Sonei. As cooperativas de ensino não precisam de licitação - art. 24 inciso XIII, Lei n. 8.666/93. Em 2006, houve inexigibilidade por equívoco, pois teria que ser dispensa. A compra dos materiais foi por inexigibilidade. Disse, por fim, que não houve intenção de beneficiar ninguém e não houve dolo nas condutas, só foram beneficiados os alunos, mais de mil por mês."

Da denúncia, tem-se que os réus incorreram por três vezes no delito descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/93, uma no ano de 2005, oportunidade em que foi realizada contratação de professores terceirizados da COOPEPE para promover a educação de jovens e adultos na municipalidade pelo valor contratado de R\$ 320.000,00 (trezentos e vinte mil reais) com dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso XIII da Lei n. 8.666/93 (fls. 56/67).

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jusc.jus.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 346

O dispositivo legal em comento, ainda que preveja a possibilidade da contratação de entidade sem fins lucrativos na área da educação, interpreta-se de acordo com os princípios constitucionais da administração pública, quais sejam, a moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade. Além do mais, para que seja possível a dispensa de licitação, a municipalidade deve apresentar três orçamentos, inclusive conforme o teste de Edemilson na fase judicial.

E no caso em tela, não foram observados os princípios da moralidade e da impessoalidade, vez que por certo houve o benefício político em relação à ré Teresinha, que até hoje coordena o COOPEPE, além de que, friso, não era necessária a terceirização dos docentes, conforme já analisado, e mesmo assim foi firmado contrato com a municipalidade por dispensa de licitação sem aferição da lisura da empresa, tampouco foi apresentada eventual possibilidade de haver concorrência, tendo em vista que ao lado de São Bento situam-se Curitiba e Joinville. Do contrato, a ré Teresinha beneficiou-se com o valor de pelo menos 5% de cada aluno matriculado (mil alunos por mês), pelo período de maio a dezembro de 2005, e também pela vigência do contrato no ano de 2006, consequentemente lesando ao erário no valor do contrato firmado naquele ano.

No segundo fato, tem-se que no ano de 2006 houve nova contratação de professores terceirizados da COOPEPE para promover a educação de jovens e adultos na municipalidade pelo valor de R\$ 415.200,00 (quatrocentos e quinze mil e duzentos reais), com inexigibilidade de licitação com fulcro no art. 25, inciso I da Lei n. 8.666/93 (fls. 158/173), agora sob o argumento de que o ensino era feito no período de 18 meses, sendo que 8 meses foram prestados no ano de 2005, faltando um período de 10 meses para encerrar o programa de módulos (fl. 157).

Como dito alhures, desnecessária e ilegal a terceirização, e mesmo que legal fosse, inexiste previsão legal para inexigibilidade de licitação para a modalidade em questão.

E o terceiro fato, tem-se que no ano de 2007 houve a compra de materiais para educação de jovens e adultos, da COOPEPE, no valor de R\$ 3.209,00 (três

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@jusc.jus.br





ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de São Bento do Sul
Fl. 947

mil, duzentos e nove reais), por inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/93 (fls. 255/277).

Quanto a este fato, aporou à fl. 259 a declaração de exclusividade elaborada unilateralmente pela COOPE, informando que ela e somente ela é que tinha capacidade técnica para elaborar materiais didáticos e capacitantes para educação de jovens e adultos em toda a região.

Novamente vem à tona a distância das cidades e a proximidade de grandes centros, certamente mais próximos e capacitados que a cidade de São José.

Ora, em nenhum outro momento nos autos foi atestada a lisura da COOPE, tanto é que os documentos acostados pela municipalidade aos procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação foram produzidos unilateralmente, e a testemunha Salette argumentou que em curso capacitante na cidade de Joinville mencionaram, eventualmente, a COOPE como sendo instituição temerária, embora não se tenha ido a fundo acerca deste fato na inquirição.

Ademais, restou evidente a manobra realizada pela municipalidade, porquanto a testemunha Edemilson alegou em seu depoimento judicial que não fizeram o procedimento por dispensa de licitação conforme o art. 24 da Lei de Licitações porque nesta modalidade teriam que apresentar três orçamentos e deles, seria escolhido o mais barato, o que por óbvio poderia excluir a COOPE do certame, e atesta no caso o dolo dos réus na contratação ilegal.

Assim, foi procedido pela inexigibilidade da licitação, utilizando como argumento a declaração unilateral de fl. 259, qual seja, a exclusividade dos serviços, que em momento algum restou minimamente comprovada.

Por todo o exposto, ficou claro que o réu Fernando Mallon, na qualidade de Prefeito, autorizou procedimentos e custos desnecessários ao município, em concurso de pessoas com Adriane Eliza Ruzanowski. Esta, como Secretária de Educação, requereu a dispensa de licitação e as inexigibilidades de licitação e deixou de comprovar a lisura, idoneidade e necessidade da terceirização, sabendo que eram desnecessárias à

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjsc.jus.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de São Bento do Sul
Fl. 348

municipalidade, e contrataram com a COOPE por meio do vínculo político havido com a ré Teresinha Maria Schmitt, a qual recebeu pelo menos 5% do valor atribuído a cada aluno matriculado nas turmas criadas pela COOPE.

Saliente-se que também ficou claro que a COOPE instituiu-se na cidade após o início do mandato do réu Fernando Mallon e posteriormente à sua instituição, sem qualquer comprovação de experiência na área e por meio da associação/contratação de professores do município, procedeu-se à contratação com a municipalidade efetivando a terceirização.

Por conta de casos como este é que o Tribunal de Contas da União redigiu a Súmula n. 250, a qual estipula:

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 nexos efetivos entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Nos presentes autos, contudo, também não restou demonstrada a compatibilidade de preços do mercado, pelo contrário. Todas as testemunhas ouvidas informaram que a COOPE pagava mais do que o normal, tanto é que chamou a atenção e muitos dos professores vinculados à municipalidade filiaram-se à cooperativa e passaram a ministrar aulas noturnas como cooperados/terceirizados.

A lisura, conforme dito alhures, não restou demonstrada em nenhum dos procedimentos licitatórios nos anos de 2005, 2006 e 2007, e os réus sequer apresentaram documentos que comprovem hoje a lisura da instituição, ainda que de forma tardia. Destaco, por oportuno, que não era dever da acusação comprovar a inidoneidade ou não da COOPE, mas sim, dever da administração pública averiguar a lisura da instituição, assim como determina o art. 24, inciso XIII da Lei n. 8.666/93, no momento da verificação da necessidade da terceirização e modalidade de licitação a ser utilizada, o que não foi feito.

A propósito, ao passo que os réus alegam que a municipalidade não detinha estrutura para fornecer ensino para jovens e adultos, informam que o espaço físico das escolas municipais foi cedido para utilização da COOPE e, que conforme

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjsc.jus.br





ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 949

comprovado judicialmente, os professores que ministravam aulas na condição de terceirizados também eram funcionários públicos do município e ministravam aulas nos períodos diversos. Eis uma grande contradição.

Por fim, foi demonstrado nos autos que os réus detinham conhecimento específico da área para saber como agir nas circunstâncias expostas, e assim o fizeram por vontade própria, sabendo das consequências, mormente o prefeito, que é advogado e inclusive atuou em causa própria nestes autos, o que demonstra sua segurança e conhecimento jurídico na área.

Assim, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do tipo penal em comento, principalmente o dolo específico de lesão ao erário e enriquecimento ilícito dos beneficiários, culminando no prejuízo ao erário no valor aproximado de R\$ R\$ 738.409,00 (setecentos e trinta e oito mil, quatrocentos e nove reais), de rigor a condenação dos réus, uma vez que os resultados em relação aos prêmios de educação do município também poderiam ter sido atingidos sem a terceirização dos serviços.

Sobre o tema, é pacífico o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS (ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993), NA FORMA DOS ARTS. 70 E 71 DO CP. ALEGADA CONTRARIEDADE AO TEXTO EXPRESSO DE LEI, AO ARGUMENTO DE SER IMPRESCINDÍVEL A COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO DO AGENTE PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO. QUESTÃO DEBATIDA NA SENTENÇA E NO ACÓRDÃO OBIURGADO. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA EM SEDE REVISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DIVERGENTE ACERCA DA QUESTÃO, QUE, ADEMAIS, NÃO AUTORIZA A PROPOSITURA DA AÇÃO REVISIONAL PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO. ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA E O ACÓRDÃO FORAM CONTRÁRIOS À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO AMPLAMENTE ANALISADO NAS PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS. JUÍZO DE CONVICÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. ALEGAÇÃO DE QUE O DECRETO CONDENATÓRIO ESTÁ FUNDAMENTADO EM DEPOIMENTO COMPROVADAMENTE FALSO. INOVAÇÃO ARGUMENTATIVA VISANDO À REANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE REVISIONAL. NÃO CONHECIMENTO DO PLEITO. POSTULADA ABSOLUÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE PROVAS

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjsc.jus.br

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MONICA JACINTO, liberado nos autos em 30/07/2019 às 15:27. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/sig/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0001125-92-2014.8.24.0058 e código 162A05FC.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 950

NOVAS. DOCUMENTOS TRAZIDOS AOS AUTOS NÃO SUBMETIDOS AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL PRÉVIA. DADOS SEM VALOR PROBANTE. PRECEDENTES. PEDIDO NÃO CONHECIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 2014.047308-6, de Itaiópolis, rel. Des. Rui Fortes, Seção Criminal, j. 25-03-2015).

O agente que, na função de Prefeito Municipal, deixa de realizar licitação fora das hipóteses previstas em lei para contratar serviços advocatícios, tendo em vista que o advogado contatado está impedido de exercer cargo de provimento em comissão, vago no Município, a fim de burlar tal obstáculo, pratica o crime previsto no art. 89, caput, da Lei 8.666/1993. O advogado que concorreu para a consumação da ilegalidade, beneficiando-se da inexigibilidade, comete o delito disposto no parágrafo único do artigo 89 da Lei de Licitações. (TJSC, Processo Crime n. 2007.049567-1, de Itapoá, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 03-02-2015).

"Consoante jurisprudência atual deste Tribunal Superior, para a tipificação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, é necessária a comprovação do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo à Administração Pública, não sendo suficiente apenas a vontade de desobedecer às normas legais do procedimento licitatório". (AgRg no REsp 1199871/GO, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, j. em 8/5/2014).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE ILEGAL DE LICITAÇÃO (ART. 89, CAPUT, DA LEI N. 8.666/1993 C/C OS ARTS. 29 E 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DAS DEFESAS. SUSTENTADA INÉPCIA DA DENÚNCIA PELA DEFESA DE ORLANDO. NÃO VERIFICAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADEMAIS, CRIME DE AUTORIA COLETIVA QUE EXIGE APENAS CLARA IDENTIFICAÇÃO DA CONDUITA DE CADA AGENTE, PARA POSSIBILITAR O PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. COMPLEXIDADE DO FEITO QUE PERMITE SEJA RELATIVIZADO O RIGOR TÉCNICO EXIGIDO A PROCESSOS MAIS SINGELOS. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. ACUSADO QUE, NA CONDIÇÃO DE PREFEITO MUNICIPAL, AUTORIZOU SUCESSIVOS CONTRATOS DIRETOS COM DETERMINADA EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE MUNICÍPIOS E DE ESCOLARES. ADVOGADO QUE, NA CONDIÇÃO DE PROCURADOR MUNICIPAL, EMITIU PARECERES ATESTANDO A SUPOSTA LEGALIDADE DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PLEITO

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjsc.jus.br



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MONICA JACINTO, liberado nos autos em 30/07/2019 às 15:27. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/sig/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0001125-92-2014.8.24.0058 e código 162A05FC.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Pod. Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 951

ABSOLUTÓRIO DE AMBAS AS DEFESAS. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUITA. SUSTENTADA INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO QUE AUTORIZARIA A INEXIGIBILIDADE DO CERTAME. ALEGADA EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA EMPRESA DE TRANSPORTES COM CAPACIDADE DE ATENDER A DEMANDA MUNICIPAL. HIPÓTESE DO ART. 25 DA LEI DE LICITAÇÕES NÃO VISLUMBRADA. EXISTÊNCIA DE DIVERSAS EMPRESAS SITUADAS NA REGIÃO. POTENCIALMENTE APTAS A DESEMPENHAR O SERVIÇO. PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS NESTE SENTIDO. ADEMAIS, LIMITAÇÃO TERRITORIAL, SEM JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL, QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, PREJUDICANDO A VIABILIDADE DE COMPETIÇÃO E, POR CONSEQUENTE, A OBTENÇÃO DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE DO ATO. CORRETA RESPONSABILIDADE CONJUNTA DOS ACUSADOS DIANTE DO NEXO DE CAUSALIDADE. PARECER DE NATUREZA OBRIGATORIA, EMITIDO COM MANIFESTA AFRONTA À LEI, ERRO GROSSEIRO. POR OUTRO VIÉS, CRIME DE MERA CONDUITA. TIPO PENAL QUE PRESCINDE DE DOLO ESPECÍFICO DE LESAR A ADMINISTRAÇÃO TAMPOUNO DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO. INDUBITÁVEL OFENSA AOS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E PUBLICIDADE. ENTENDIMENTO QUE, EMBORA CONFLITE COM ATUAL POSICIONAMENTO DAS CORTES SUPERIORES, ENCONTRA AMPARO NA DOUTRINA E EM PRECEDENTES, INCLUSIVE DO STJ. CONDENAÇÕES MANTIDAS. DE OFÍCIO, MULTA, AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO ART. 72 DO CP DISPOSITIVO APLICÁVEL APENAS AOS CASOS DE CONCURSO MATERIAL E FORMAL DE CRIMES. MODIFICAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.049860-7, de Canoinhas, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 12-08-2014).

Não é somente com a prática de prejuízo monetário que se configura ato criminoso e atentatório contra a Administração Pública, mormente quando se está diante de uma ordem jurídica que erigiu a legalidade, a moralidade e a impessoalidade como princípios constitucionais de observância obrigatória pelos servidores públicos, nos termos do art. 37, caput, da CRFB/1988. (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.078440-2, de Itaiópolis, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 25-02-2014).

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI N. 8.666/93). ATIPICIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. QUESITOS DEMONSTRADOS. CONDENAÇÃO

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: suobento.vwa3@tjsc.jus.br

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MONICA JACINTO, liberado nos autos em 30/07/2019 às 15:27. <https://esaj.tjsc.jus.br/pesquisa/sg/abr/ConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0001125-92-2014.8.24.0058 e código 162A05FC.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Pod. Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 952

FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais - art. 89 da Lei n. 8.666/93 -, exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à Administração Pública. 2. No presente caso, não obstante as instâncias de origem tenham afirmado ser desnecessária a demonstração do dolo específico e do prejuízo ao erário, ambos os quesitos foram devidamente demonstrados na sentença e no acórdão de apelação, com fundamento nas provas documentais e testemunhais, não havendo, portanto, em se falar em atipicidade da conduta. 3. Descabido rever a conclusão da sentença e do acórdão condenatório, de ter sido indevidamente dispensada licitação, notadamente pela impossibilidade da terceirização dos serviços e pela simulação através de terceira pessoa jurídica criada para superar obstáculo formal da anterior, por importar em indevida reavaliação fática, descabida na via do habeas corpus. 4. Habeas Corpus denegado. (STJ. HC 452323 / SP. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta turma. Dje 12/09/2018).

Assim, a condenação dos réus quanto ao crime descrito no art. 89 e parágrafo único da Lei n. 8.666/93, por três vezes cada é medida que se impõe.

Passo, pois, à aplicação da pena.

Al Do réu Fernando Mallon:

A análise das circunstâncias judiciais (art. 59, CP) revela que a culpabilidade é normal ao tipo penal, dispensando, por isso, maior censura. O réu é primário (fls. 668/669). Não existem elementos para auferir a conduta social e a personalidade do acusado. Os motivos, as circunstâncias e as consequências dos delitos são normais ao tipo e não merecem destaque. Por fim, o comportamento da vítima, prejudicado, razão porque se fixa a pena-base em 3 anos de detenção, além da pena de 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Na segunda fase da dosimetria, presente a circunstância agravante descrita na alínea "g" do art. 61, inciso II, do Código Penal, uma vez que o réu agiu com violação de dever inerente ao cargo exercido - Prefeito Municipal. Assim, agravo em 1/6. Ausentes circunstâncias atenuantes, fixo a pena provisória em 3 anos e 6 meses de

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: suobento.vwa3@tjsc.jus.br



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MONICA JACINTO, liberado nos autos em 30/07/2019 às 15:27. <https://esaj.tjsc.jus.br/pesquisa/sg/abr/ConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0001125-92-2014.8.24.0058 e código 162A05FC.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Pod. Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 953

detenção. Inalterada a pena de multa nesta fase.

Na terceira fase, ausentes causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena, motivo pelo qual fixo a pena definitiva em 3 anos e 6 meses de detenção, mais 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Do concurso material de crimes:

Dispõe o art. 69 do Código Penal:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Assim, tendo sido comprovado que o réu cometeu pelo menos três crimes relacionados ao mesmo artigo (fato 1 em 2005, fato 2 em 2006, fato 3 em 2007), tendo sido mais de uma ação, em três anos consecutivos, as penas devem ser somadas. Assim, fixo em definitivo a pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de detenção.

Tendo em vista o *quantum* e a espécie de pena aplicada, fixo ao réu o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda (33, 2º, "a", do CP).

Inviável a substituição de pena ou aplicação do *sursis* (arts. 44 e 77, CP), tendo em vista o *quantum* da pena aplicada.

B) Da ré Adriane Elisa Ruzanowski:

A análise das circunstâncias judiciais (art. 59, CP) revela que a culpabilidade é normal ao tipo penal, dispensando, por isso, maior censura. A ré é primária (fls. 670/671). Não existem elementos para auferir a conduta social e a personalidade da acusada. Os motivos, as circunstâncias e as consequências dos delitos são normais ao tipo e não merecem destaque. Por fim, o comportamento da vítima, prejudicado, razão porque se fixa a pena-base em 3 anos de detenção, além da pena de 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Na segunda fase da dosimetria, presente a circunstância agravante descrita na alínea "g" do art. 61, inciso II, do Código Penal, uma vez que a ré agiu

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355. Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjsc.jus.br

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MONICA JACINTO, liberado nos autos em 30/07/2019 às 15:27. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/sig/br/ConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0001125-92-2014.8.24.0058 e código 162A05FC.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Pod. Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 954

com violação de dever inerente ao cargo exercido – Secretária Municipal de Educação. Assim, agravo em 1/6. Ausentes circunstâncias atenuantes, fixo a pena provisória em 3 anos e 6 meses de detenção. Inalterada a pena de multa nesta fase.

Na terceira fase, ausentes causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena, motivo pelo qual fixo a pena definitiva em 3 anos e 6 meses de detenção, mais 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Do concurso material de crimes:

Dispõe o art. 69 do Código Penal:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Assim, tendo sido comprovado que a ré cometeu pelo menos três crimes relacionados ao mesmo artigo (fato 1 em 2005, fato 2 em 2006, fato 3 em 2007), tendo sido mais de uma ação, em três anos consecutivos, as penas devem ser somadas. Assim, fixo em definitivo a pena de 10 anos e 6 meses de detenção.

Tendo em vista o *quantum* e a espécie de pena aplicada, fixo à ré o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda (33, 2º, "a", do CP).

Inviável a substituição de pena ou aplicação do *sursis* (arts. 44 e 77, CP), tendo em vista o *quantum* da pena aplicada.

C) Da ré Teresinha Maria Schmitt:

A análise das circunstâncias judiciais (art. 59, CP) revela que a culpabilidade é normal ao tipo penal, dispensando, por isso, maior censura. A ré é primária (fls. 672/673). Não existem elementos para auferir a conduta social e a personalidade da acusada. Os motivos, as circunstâncias e as consequências dos delitos são normais ao tipo e não merecem destaque. Por fim, o comportamento da vítima, prejudicado, razão porque se fixa a pena-base em 3 anos de detenção, além da pena de 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355. Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjsc.jus.br



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por MONICA JACINTO, liberado nos autos em 30/07/2019 às 15:27. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/sig/br/ConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0001125-92-2014.8.24.0058 e código 162A05FC.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 955

Na segunda fase da dosimetria, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, fixo a pena provisória em 3 anos de detenção. Inalterada a pena de multa nesta fase.

Na terceira fase, ausentes causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena, motivo pelo qual fixo a pena definitiva em 3 anos de detenção, mais 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Do concurso material de crimes:

Dispõe o art. 69 do Código Penal:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Assim, tendo sido comprovado que a ré cometeu pelo menos três crimes relacionados ao mesmo artigo (fato 1 em 2005, fato 2 em 2006, fato 3 em 2007), tendo sido mais de uma ação, em três anos consecutivos, as penas devem ser somadas. Assim, fixo em definitivo a pena de 10 anos de detenção.

Tendo em vista o *quantum* e a espécie de pena aplicada, fixo à ré o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda (33, 2º, "a", do CP).

Inviável a substituição de pena ou aplicação do *sursis* (arts. 44 e 77, CP), tendo em vista o *quantum* da pena aplicada.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na denúncia e, nos termos do art. 387 do CPP:

A) CONDENO o réu **FERNANDO MALLON** pela prática do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93 c/c art. 61, inciso II, alínea "g" do Código Penal, por três vezes, à pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de detenção em regime inicial fechado, além de 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

B) CONDENO a ré **ADRIANE ELIZA ROZANOWSKI** pela prática do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93 c/c art. 61, inciso II, alínea "g" do Código

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjsc.jus.br



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Comarca de São Bento do Sul
3ª Vara

Poder Judiciário
de Santa Catarina
Fl. 956

Penal, por três vezes, à pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de detenção em regime inicial fechado, além de 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

C) CONDENO a ré **TERESINHA MARIA SCHMITT** pela prática do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, por três vezes, à pena de 10 (dez) anos de detenção em regime inicial fechado, além de 10 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Custas pelos réus.

A pena de multa deve ser adimplida na forma do art. 50 do Código Penal.

Concedo aos réus o direito de apelar em liberdade, eis que assim permaneceram no decorrer de toda a instrução criminal e ausentes os requisitos do art. 312 do CPP.

Transitada em julgado: a) lancem-se o nome dos réus no rol dos culpados e no cadastro da Corregedoria-Geral da Justiça, mediante inclusão dos respectivos eventos no histórico de partes; b) desnecessário o encaminhamento de ofício à Justiça Eleitoral, tendo em vista que a comunicação entre os sistemas SAJ e SIEL ocorre de forma automática, para fins do art. 15, III, da CF; c) encaminhem-se os autos à Contadoria para cálculo e cobrança das custas processuais e multa; d) expçam-se as guias de recolhimento e formem-se os PECs em autos apartados, e, na sequência, encaminhem-se os autos da execução penal com vista ao Ministério Público; e) Oficie-se à OAB subseção de São Bento do Sul, a OAB Santa Catarina e o Estado de Santa Catarina para que tomem ciência dos fatos. f) após, tudo cumprido, arquivem-se.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São Bento do Sul (SC), 22 de fevereiro de 2019.

Giovanna Maria Calor Bósio Machado
Juíza de Direito

Endereço: Av. São Bento, 401, Rio Negro - CEP 89287-355, Fone: (47) 3631-1920, São Bento do Sul-SC - E-mail: saobento.vara3@tjsc.jus.br



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul
SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE SÃO BENTO DO SUL

058.13.005514-7

PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**, por sua Promotora de Justiça titular na comarca de Modelo, com fundamento nos artigos 127 e 129, inciso III da Constituição da República, bem como no artigo 17 da Lei n. 8.429/92 e no artigo 5º da Lei n. 7.347/85, com base no Inquérito Civil Público n. 06.2012.00007385-1, propõe a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR contra:

FERNANDO MALLON, brasileiro, casado, advogado, filho de Osmar Alvim Mallon e Ignez Mallon, nascido em 15/03/1967, natural de São Bento do Sul/SC, portador do CPF 609.106.909-87 e do RG 1.092.272 - SSP/SC, com endereço profissional na Rua Nereu Ramo, n. 69, 2º andar, centro, e residencial Rua Erhardt Bollmann, n. 37, ambos nesta cidade de São Bento do Sul;

MARCELO HERZER, brasileiro, casado, advogado, com endereço na Rua Joinville, 141-B, bairro Rio Negro, em São Bento do Sul - SC
SOCHA & SOCHA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 00.663.919/0001-65, com sede na Rua Wenzel Kahlhofer, 131, centro, São Bento do Sul;

VALDOMIRO SOLOBODA, brasileiro, do comércio, inscrito no CPF sob o n. 404.903.949-49, residente na Rua Álvaro Guerreiro Kruger, 130, em São Bento do Sul - SC;

EDEGAR JOSÉ SOCHA, brasileiro, do comércio, inscrito no CPF sob o n. 579.950.109-82, residente na Rua Marcina Machado, 774, bairro Colonial, em São Bento do Sul - SC;

BANCA BETI LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o n. 82.143.017/0001-62, com sede na Rua Wenzel Kahlhofer, 131, centro, São Bento do Sul;

ALCIDES DE CARVALHO, brasileiro, inscrito no CPF sob o n. 077.162.229-53, residente na Rua Pedro Lobo, 50, centro, Joinville - SC;

SUELI TEREZINHA DE CARVALHO, brasileira, inscrita no CPF sob o n. 419.931.879-87, residente na Rua Gustavo Katzer, 332, em São Bento do Sul - SC;

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

LANCHONETE 23 DE SETEMBRO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 78.644.226/0001-12, com sede na Rua Wenzel Kahlhofer, 131, centro, São Bento do Sul;

GERALDO STÖEBERL, brasileiro, casado, inscrito no CPF sob o n. 193.911.029-72, residente na Rua Wenzel Kahlhofer, SN (Terminal Rodoviário), centro, em São Bento do Sul - SC;

AUTO VIAÇÃO CATARINENSE LTDA., pessoa jurídica de direito privada, inscrita no CNPJ sob o n. 82.647.884/001-35, com sede na Avenida Jucelino Kubitschek de Oliveira, 111, Florianópolis - SC;

ANUAR ESCOVEDO HELAYEL, inscrito no CPF sob o n. 032.440.947-83, com endereço profissional na Avenida Jucelino Kubitschek de Oliveira, 111, Florianópolis - SC;

HEINZ WOLFGANG KUMM JUNIOR, inscrito no CPF sob o n. 310.314.399-00, com endereço profissional na Avenida Jucelino Kubitschek de Oliveira, 111, Florianópolis - SC;

SCHORRUT SERVIÇOS LTDA., pessoa jurídica de direito privada, inscrita no CNPJ sob o n. 03.816650/0001-06, com sede na Rua Wenzel Kahlhofer, 131, centro, São Bento do Sul;

JOSÉ DARCI SCHORR, brasileiro, inscrito no CPF sob o n. 420.986.379-34, residente na Rua Professor Antonio Chumelli, s/n, bairro Colonial, em São Bento do Sul - SC;

EXPRESSO SÃO BENTO LTDA., pessoa jurídica de direito privada, inscrita no CNPJ sob o n. 76.544.501/0001-09, com sede na Estação Rodoviária, box 28, em Curitiba - PR;

DIRCELHIA NEITZKE, brasileira, inscrita no CPF sob o n. 218.346.799-15, residente na Rua Aldo Antonio da Silva, 269, bairro Progresso, em São Bento do Sul - SC, pelos fatos e fundamentos jurídicos que seguem:

1 - DA LEGITIMIDADE ATIVA, PASSIVA E ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

O Ministério Público, a par da amplitude de seu conceito e área de atuação, estabelecidos no art. 127 da Constituição da República, tem, dentre as funções institucionais por ela outorgadas, a contida no inciso III do art. 129, exercida por intermédio desta demanda, qual seja, a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, bem como para a fiscalização da regularidade da atividade pública, no controle da legalidade e da legitimidade dos atos da Administração Pública.

A normatização constitucional foi reiterada pela Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e, em nível estadual, pela Lei Complementar nº 197/00 (Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina), que, respectivamente no artigo 25, inciso IV, alíneas a e b, e artigo 82, inciso IV, alíneas b e d, atribuíram ao parquet a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados a interesses



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ELAINE RITA AUERBACH. Para conferir o original, acesse o site https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/pg/abrContencialDocumento.do, informe o processo 08.2013.00297343-1 e o número do inquérito ou do processo 0005514-57.2013.8.24.0058 e código E9B855D.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

difusos para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou do Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participe. E, diga-se também, a Lei nº 8.429/92 (artigo 17, *caput*) previu a legitimidade ministerial para a propositura de ação para a apuração de atos de improbidade administrativa.

Em decorrência disso, legitima-se também o Ministério Público a guarda dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência da administração pública, estampados no artigo 37, da Constituição Federal, cuja violação encontra-se na base de todas as condutas de improbidade previstas na Lei nº 8.429/92. Qualquer dos atos de improbidade que acarretem enriquecimento ilícito ou dano ao erário, violam também algum dos princípios regentes da administração pública.

Mas, visando evitar que as condutas improbadas somente recebam sanções quando envolvam efetivo prejuízo financeiro, a Lei nº 8.429/92 erige a violação a princípios inerentes à Administração Pública como hipótese autônoma de cometimento de ato de improbidade (artigo 11). Então, tudo está a afirmar que a atuação do Ministério Público volta-se, precipuamente, à reafirmação de eficácia do estabelecido pelo art. 37 da Carta Política, o que o legitima em definitivo ao manejo de toda e qualquer ação com vista a tal desiderato, haja, ou não, violação ao erário. É dizer, sua atuação não é nutrida, fundamentalmente, por interesses meramente materiais, pecuniários, mas sim pela missão constitucional de velar, ao lado de outras instituições, pelos fundamentos do Estado Democrático de Direito¹, e os princípios regulamentadores da atividade administrativa estatal.

Desta forma, não há dúvidas quanto à legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública para **anular processo licitatório ilegal, cessar atividade ilegalmente exercida pelos réus de despacho e entrega de mercadorias, além de condenar todos os réus às sanções correspondentes à prática de ato de improbidade administrativa**, pois todos contribuíram para o **enriquecimento ilícito dos particulares** (o réu Marcelo que realizou licitação fraudulenta, somente para "regularizar" as permissões que já ocorriam; aqueles particulares que despacharam encomendas indevidamente por anos naquele local, descumprindo os contratos firmados, e mais ainda, principalmente a ré Schorrtur, porque foi notificada conforme termo aditivo 131/2007 (fl.408) e permaneceu praticando conduta ilícita, aqueles que enriqueceram da frustração da competitividade do certame de permissão de uso, permanecendo exercendo atividades econômicas em excelente ponto comercial público da cidade); o **dano ao erário** (pela ausência de competitividade do certame o que fez com que diversas empresas que poderiam pagar mais ainda deixassem de participar da licitação, e até mesmo empresas privadas que realizam despacho de mercadorias

¹ GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 623.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

e encomendas não tivessem a oportunidade de o fazer em prédio público central da cidade) e **violação dos princípios da administração** (legalidade porque a concorrência não seguiu os ditames legais; moralidade e impessoalidade pelo direcionamento do certame de permissão de uso das salas; eficiência da administração na busca de interessados em usar o espaço e render maiores valores financeiros para o Município; princípios inerentes à licitação: isonomia, seleção da proposta mais vantajosa, proibição administrativa, julgamento objetivo, proibição de cláusulas e condições que comprometam, restringam ou frustrem o caráter competitivo, estabelecendo preferências infundadas das atividades a serem exercidas, além de evidente descumprimento de determinação do TCE pela empresa Schorrtur).

Assim, todos os réus respondem pela prática de ato de improbidade por força do que estabelece a Lei nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa - LIA):

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.

[...]
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.

Como se verá em seguida, todos concorreram dolosamente para a prática de atos de improbidade: o réu MARCELO HERZER, enquanto Secretário da Administração na época dos fatos é legítimo para figurar no polo passivo da demanda, nos termos do caput do art. 1º da Lei n. 8.429/92, porque foi o **determinador e ordenador da indevida licitação previamente direcionada sem qualquer justificativa legalmente plausível, ao mesmo tempo que os particulares que dessa fraude participaram**?

Por sua vez, em relação aos réus ANUAR ESCOVEDO HELAYEL (Autoviação Catarinense); HEINZ WOLFGANG KUMM JUNIOR (Autoviação Catarinense); JOSÉ DARCI SCHORR (Schorrtur Serviços Ltda/Reunidas Transportes); e DIRCELHIA NEITZKE (Expresso São Bento); VALDOMIRO SOLOBODA (Soloboda&Socha Ltda ME/Lotérica do Itaipó);

² GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 507.

empresas permissionárias, tanto que diversos estabelecimentos que o faziam solicitaram que esta Promotoria de Justiça permitisse para que tal prática continuasse. Bancas de jornais, hospital, estabelecimentos de venda de bebidas e mercadorias, todos eram beneficiados por essas entregas, e as retiravam ou enviavam justamente no quicê da rodoviária, e lá aguardavam a chegada do ônibus.

Mesmo sendo de conhecimento público o envio e recebimento de encomendas no local, foi necessária a intervenção desta Promotoria de Justiça para evitar tal prática, restando clara a inércia das administrações anteriores até a presente data. Esta Promotoria de Justiça notificou a prefeitura municipal, que então finalmente cumpriu efetivamente a determinação oriunda do TCE.

Ocorre que, de modo a efetivar tal determinação, sabendo-se que são das decisões do poder judiciário dotadas de coercitividade, faz-se necessária a concessão da medida liminar, para impedir qualquer atividade ilegal no local.

Em 2 de abril do corrente ano, por determinação desta subscritora foi realizada constatação pelo Oficial de Diligência do Ministério Público de São Bento do Sul, oportunidade em que, conforme relatório de fls. 413/416, tomou-se ciência de que a ré SCHORRTUR (Reunidas) passou a realizar despacho de encomendas em local próprio, enquanto que a AUTO VIAÇÃO CATARINENSE havia suspenso por tempo indeterminado o envio e recebimento de encomendas no local, ao passo que a ré EXPRESSO SÃO BENTO vinha realizando o envio de envelopes.

Não obstante na data supramencionada estivesse ainda despachando normalmente encomendas, no último dia 2 de maio, a empresa ré EXPRESSO SÃO BENTO, em petição nos autos que instruem a presente, veio requerer a liberação para prosseguimento dos envios de encomendas, informando, nesta oportunidade, que havia igualmente suspenso os serviços de envio e recebimento desde o dia 19 de abril de 2013. Por isso, ainda persiste a necessidade da proibição de assim procederem as empresas, a ser deferida em medida liminar.

4. DO DIREITO

A Constituição da República trouxe a exigência de que a Administração de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "obedeça aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (art. 37). Com isso, estende-se esse comando legal a todos os seus servidores públicos, integrados as entidades públicas por qualquer forma de provimento, e, caso desrespeitado, incorreu esse servidor em ato de improbidade administrativa, com as sanções previstas no § 4º, do art. 37 da Constituição Federal.

Visando a dar aplicabilidade a esse preceito insculpido no art. 37, § 4º, da Magna Carta, o legislador ordinário editou, em 02-6-92, a Lei nº 8.429,

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 85287-355.

Ocorre que, não obstante a permissão se refira tão-somente ao serviço público de venda de passagens rodoviárias exclusividade esta que ensejou a inexigibilidade de licitação, as rés AUTO VIAÇÃO CATARINENSE, SCHORRTUR e EXPRESSO SÃO BENTO vinham se utilizando do espaço permissionado para, além da venda de passagens, realizar o transporte de cargas e encomendas, atividade essa de cunho eminentemente privado que não justifica o uso do espaço público.

Para piorar, não obstante seja de conhecimento notório o uso indevido do local público - quicê - para atividade que exija licitação, evidencia-se ainda o maior favorecimento da ré SCHORRTUR, pelos réus FERNANDO e MARCELO, uma vez que chegaram ao ponto de celebrar Termo Aditivo nº 131/2007, ampliaram ilegalmente o objeto da permissão, com a finalidade de incluir "serviços de despacho e recebimentos de encomendas" (fl.408).

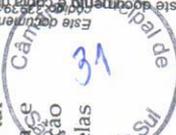
Citada irregularidade, ao menos em relação a empresa que houve formalização via aditivo, foi objeto de análise no Tribunal de Contas de Santa Catarina, em relação à permissionária SCHORRTUR nos autos da RPA - 06/00463680, por meio da qual, 28 de novembro de 2007, a Corte de Contas entendeu ilegal a inexigibilidade de licitação no que se refere ao transporte de cargas e encomendas por tratar-se de serviço não exclusivo, determinando que o Município de São Bento do Sul tomasse providências no sentido de que no espaço a ela destinado fosse realizada tão-somente a venda de passagens.

Ocorre que, mesmo ciente de tal decisão, não houve a anulação do termo aditivo mencionado, sequer sendo as demais empresas proibidas ou notificadas dessa atuação irregular, mantendo-se o prefeito municipal e o secretário de administração, respectivamente os réus Fernando e Marcelo, omissos e acarretando assim o enriquecimento ilícito das referidas empresas, bem como violando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

Somente agora, pela provocação deste órgão ministerial, em 25 de janeiro de 2013, para que o Município de São Bento do Sul informasse sobre o cumprimento da decisão Corte de Contas, juntou-se cópia de ofício enviado ao proprietário da empresa ré SCHORRTUR (fl. 384), comprovando a ciência deste quanto à proibição de realizar outra atividade que não àquela de venda de passagens no local permissionado, que posteriormente tomou-se ciência ter sido realizado o mesmo procedimento em relação as duas outras empresas, mas infelizmente não ainda no ano de 2007, quando deveria ter sido feito, somente neste ano de 2013.

Todas as empresas descumpriram o contrato firmado, porque realizavam atividade ilegal e além do que foi contrato celebrado, usando o espaço público para atividade eminentemente privada, sendo que somente tal atividade poderia ser ali realizada se fosse feita ampla concorrência pública e não através de inexigibilidade de licitação. Outrossim, nunca houve fiscalização sobre o cumprimento contratual, sendo notório o despacho de encomendas pelas

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 85287-355.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

EDEGAR JOSÉ SOCHA (Soloboda&Socha Ltda ME/Lotérica do Italiano); ALCIDES DE CARVALHO e SUELI TEREZINHA DE CARVALHO (Banca Beti); e, GERALDO STÖEBEL (Lanchonete 23 de Setembro Ltda), todos eles concorreram para a prática dos atos improbos, e ainda deles se beneficiaram, seja os quatro primeiros pelo uso do local – bem público para atividade privada não permitida no contrato (“despacho”) e entrega de mercadorias, seja os cinco últimos porque participaram de uma licitação na modalidade concorrência pública já direcionada para que obtivessem êxito, em razão da delimitação ilegal e infundada do objeto, bem como ausência da devida publicidade, afrontando a amplitude e impessoalidade do certame.

Com relação ao ex-prefeito FERNANDO MALLON, denota-se que, não obstante o contrato firmado em razão da inexigibilidade de licitação com as empresas de transporte intermunicipal e interestadual tenha como objeto, **único e exclusivo, o uso do espaço público – guichês – para a venda das passagens de ônibus (contrato 156/2006, cláusula primeira – fls.398/ss), mediante mero TERMO ADITIVO N. 131/2007 (fls.408/409) autorizou, juntamente com o secretário de administração, a alteração da cláusula do referido objeto contratual, ampliando-a ilegalmente, para fins de permitir o uso do espaço público para transporte de cargas e encomendas.**

Tal permissão indevida, formalizada para a empresa Schorrtur mas notoriamente estendida, mesmo que informalmente, para as demais empresas de transporte rodoviário de passageiros, culminou em evidente inconstitucionalidade e ilegalidade, como justamente foi decidido pelo TCE/SC, através do RPA 06/00463680. Ocorre que, mesmo cientificado o Município de São Bento do Sul da ilegalidade, e ainda na gestão do réu FERNANDO MALLON, contando como secretário de administração o réu MARCELO HERZER, ambos permaneceram omissos e permitindo assim o exercício de atividade lucrativa ilegal, às custas do poder público, sob o amparo de indevida inexigibilidade de licitação.

De acordo com o art. 3º, do mesmo diploma legal, merece responsabilização pela prática da conduta ímproba qualquer pessoa que concorra ou se beneficie do ano ímprobo, de forma direta ou indireta.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LEGITIMIDADE PASSIVA "I". Os agentes públicos e os particulares envolvidos na prática do ato administrativo maculado pela improbidade, sejam ou não beneficiários diretos, devem figurar no pólo passivo da ação judicial com a finalidade de apurar as responsabilidades para o fim de aplicação das medidas previstas na Lei n. 8.429/92³.

Quanto ao prazo para possível responsabilização, denota-se que

³ AC 1997.011178-9, de Taubó, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 12/9/2006

² Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 89287-355.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

os agentes públicos envolvidos – MARCELO HERZER e FERNANDO MALLON – ocuparam o cargo de secretário de administração e agente político (prefeito municipal) até 31/12/2008. No que tange à prescrição de agente político (prefeito Estado, reza o art. 23 da Lei nº 8.429/92 que: “As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”.

Emerson Garcia comenta esse dispositivo legal da seguinte forma: “como se constata pela leitura do preceito legal, a disciplina do lapso temporal variará conforme o vínculo com o Poder Público, seja, ou não, temporário. [...] Estabelecidas as premissas, é possível dizer que, tratando-se de vínculo temporário (mandato, cargo em comissão ou função de confiança), a teor do art. 23, I, o lapso prescricional somente começará a fluir a contar de sua dissolução”.

Já quanto aos particulares que praticam atos de improbidade administrativa em conjunto com algum agente público, a prescrição ocorrerá no mesmo prazo e será contada da mesma forma que é analisada em relação ao agente ímprobo, como consectário da inexistência de ato de improbidade administrativa praticado somente por particular, sem a participação de qualquer agente público.

Nesse sentido é a opinião de Emerson Garcia e Waldo Fazzio Júnior, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Considerando que as sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92 não são passíveis de aplicação unicamente ao agente público, é oportuno analisar a situação dos terceiros que concorram para a prática dos atos de improbidade. Restado demonstrado que o terceiro jamais responderá pelo ato de improbidade de forma isolada, sendo imperativo que para o ilícito tenha concorrido um agente público, constata-se que a qualidade deste, por ser o elemento condicionante da própria tipologia legal, haverá de nortear, do mesmo modo, a identificação do lapso prescricional. Em razão disto, seria despicando e atencioso qualquer dispositivo que viesse a estatuir tratamento específico para o *extraneus*, pois este, por mais grave que seja o ilícito praticado, não estará sujeito ao regramento da Lei nº 8.429/92 se agir de forma isolada, desvinculado de um agente público.

A qualidade de agente público, a um só tempo, além de permitir a subsunção do ato à tipologia legal, haverá de disciplinar a sua perquirição em relação a todos os envolvidos em sua prática. [...]

Ao terceiro, assim, deverão ser aplicados os mesmos lapsos prescricionais relativos ao ímprobo. Identificado o envolvimento, *verbi gratia*, de dois agentes públicos, sendo um com vínculo temporário e o outro não, deverá ser empregado o lapso prescricional mais amplo, já que o *extraneus* compactará

² Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 89287-355.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

com o ilícito praticado por ambos.

Wallace Paiva Martins⁴ compartilha do mesmo ensinamento que:

Com relação aos particulares, que podem ser beneficiários ou participes do ato improbo, o entendimento razoável e acertado dispensado ao assunto conclui que o dia a quo do prazo prescricional, aplicável aos servidores públicos e agentes políticos, previsto no art. 23, inciso I, da Lei n. 8.429/92, é extensivo aos particulares que se valerem do ato improbo. "porquanto não haveria como ocorrer tal ilícito sem que fosse em concurso com agentes públicos ou na condição de beneficiários de seus atos (STJ, Resp 704.323-RS, 1ª T. Rel. Min. Francisco Falcão, 16/2/2006).

2. DO OBJETIVO DA DEMANDA

Esta ação tem por objetivo obter provimento jurisdicional para:

- 1) decretar a nulidade do processo de "licitação" na modalidade "concorrência" nº 64/2006, e por meio do qual, de modo direcionado e assim rechaçada qualquer competitividade, somente tiveram conhecimento da "licitação" justamente as empresas que já gozavam dessa permissão (fls.103), sendo que o objeto foi "feito" para somente beneficiar essas mesmas pessoas físicas e jurídicas já contratadas, conferindo uma suposta regularidade à situação concreta existente naquela época. Tal constatação é clara, uma vez que já o extrato do edital de concorrência publicado - fl.82 e o edital de fl.89 - consta expressamente e sem fundamento legal e plausível (sequer o avaliador Mauro Ossowski - e o ordenador da despesa e réu Marcelo informam a impossibilidade das salas serem usadas para outras finalidades) a "finalidade vinculada" dos espaços: banca de revistas, lotérica e restaurante/lanchonete, evitando-se a obtenção de maior número de interessados no certame (somente os mesmo conforme fl.223), a maior lucratividade ao município com a permissão, bem como contrariando os princípios da administração e da licitação: impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, inclusive fulminando a garantia da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, mediante estabelecimento de condições que comprometeram e frustraram o caráter competitivo da seleção (art. 3º. Inciso I, da Lei n. 8.666/93), tudo para favorecer os réus que já possuíam os contratos com a administração municipal, mas desta vez por mais 15 anos;
- 2) em caráter liminar, suspender o serviço de despacho e entrega de encomendas feito ilegalmente pelas empresas Auto Viação Catarinense, Expresso São Bento e Schorrtur (atuando em nome da Reunidas S/A), o que, diga-se de passagem, já deveria ter sido feito pelos réus Fernando e Marcelo há tempo, dentro do espaço do terminal rodoviário intermunicipal de passageiros, pois tal objeto não se encontra incluído no contrato firmado em

4 MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Proibição administrativa. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 384.
2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 89287-355.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

decorrência da inexigibilidade de licitação nº 117/06, devendo as empresas realizarem o recebimento e entrega de encomendas em estabelecimento próprio e privado, pois tal atividade é inviável mediante concessão de serviço público, porque nada de público possui; sendo que a empresa Schorrtur já possuía prévio conhecimento da ilegalidade, conforme RPA 06/00463680 - TCE, cujas cópias constam em anexo, e mais ainda, anulando-se o **TERMO ADITIVO 131/2007 (fl.408/409)**;

3) **condenar todos os réus pela prática de ato de improbidade administrativa**, cada um deles na medida da sua conduta improba e ilegal, os participantes da "licitação" previamente destinada, os ilegalmente beneficiados com a atividade econômica de despacho e encomenda de mercadorias em prédio público, e o agente público da época que participou das referidas ilegalidades como secretário de administração, celebrando os contratos cuja licitação originária nada garantia de competitividade, e ainda permitindo, em contrato firmado oriundo de inexigibilidade de licitação, que empresas de transporte intermunicipal de passageiros utilizassem o espaço público para despacho e entrega de encomendas ao invés de exclusiva venda de passagens.

3. DOS FATOS

3.1. Direcionamento na Concorrência Pública 64/2006 e aditivo contratual irregular

A existência do Terminal Intermunicipal de Passageiros de São Bento do Sul, localizado na Rua Wenzel Kahlhofer, 131, no centro deste Município, remonta de longa data, estando igualmente estabelecidas naquele local há muitos anos, além do Conselho Tutelar, as empresas de transporte de passageiros Auto Viação Catarinense, Expresso São Bento e Schorrtur (atuando em nome da Reunidas S/A), além das empresas Soloboda e Socha (atualmente Socha e Socha) no ramo de loterias, Lanchonete 23 de Setembro Ltda. e Banca Betti Ltda., que, segundo se apurou, se estabeleceram no bens públicos sem qualquer formalidade legal.

Em 13 de março de 2006, o responsável pela Divisão de Compras do Município de São Bento do Sul à época, Edemilson Benedito de Assis, solicitou ao réu MARCELO HERZER, fosse realizada concorrência pública para seleção de permissionárias para ocuparem onerosamente os **espaços comerciais** do Terminal Interurbano de Passageiros deste Município (fl. 79), **num total de 3 salas**.

Não obstante o pedido inicial da divisão de compras não especificasse a destinação das salas previu o edital subscrito pelo réu MARCELO HERZER a contratação de permissão onerosa de 1 (uma) sala destinada à **lanchonete-restaurante**, 1 (uma) sala destinada à exploração de **vendas de loterias** e, 1 (uma) sala destinada à exploração de **banca de revistas** (fl.89/96). Tamanha irregularidade, com prévia definição da finalidade para uso do espaço,

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 89287-355.

não encontrou fundamento em nada dos autos, sendo critério fixado a bel prazer e sem razoabilidade pelo então secretário e réu.

Face à restrição do objeto licitatório supracitado – finalidade de uso dos espaços, conforme se observa da ata de recebimento, abertura e julgamento de propostas de fl. 222, somente a Lotérica Soloboda e Socha Ltda., Banca Beti Ltda. e Lanchonete 23 de Setembro Ltda., já estabelecidas no local (Rua Wenzel Kahlhofer, 131, no centro deste Município), fizeram-se presente e apresentaram proposta (fl.223). Veja-se que cada uma delas chega ao ponto de pretender uma das salas, inexistindo qualquer competitividade do objeto "licitado".

Desta forma, a concorrência direcionada culminou na assinatura, em 26 de abril de 2006, dos contratos n. 145/2006 em relação à Lanchonete 23 de Setembro (fls. 232/234); n. 146/2006 em relação à Soloboda e Socha Ltda. ME (fls. 226/228); e n. 147/2006 em relação à Banca Beti Ltda (fls. 229/231), respectivamente, pelo valor mensal de R\$ 3.287,68; R\$ 1.043,51 e R\$ 490,00, os quais sofreram, cada qual, 6 aditivos contratuais (fls. 255/273), sendo o último deles assinado em 2 de maio de 2012, para alterar os valores anteriormente mencionados, sendo, atualmente, R\$ 4.700,64; R\$ 1.439,39 e R\$ 700,58.

Insta ressaltar mais uma vez que as empresas "vencedoras", as réus Lanchonete 23 de Setembro, Banca Beti e Lotérica Socha & Socha (anteriormente Soloboda & Socha), já se encontravam há anos operando seus comércios nas salas públicas mencionadas no processo licitatório, de modo que mediante direcionamento foi feita mera "regularização" da situação fática. Pretendiam, os réus, apenas dizer que ocupavam os locais mediante uma prévia licitação, porém, usaram um instituto que justamente é destinado ao maior número de interessados, bem como visa sempre a competitividade e a eficiência, para permanecerem irregularmente lá, burlando todos os princípios inerentes à seleção da proposta mais vantajosa. Buscou-se "regularizar a posse indevida por procedimento formal, no papel", mas as irregularidades continuaram, e pior ainda, configuraram-se na fraude a licitação, usando esse instituto de fachada, apenas "proforma".

Ouvido no curso da instrução do Inquérito Civil que acompanha a presente (fl. 377), o réu MARCELO HERZER não obteve êxito em justificar os motivos pelos quais a ocupação das salas se deu de maneira determinada, supondo ter sido em razão da finalidade e da atividade realizada pelos licitantes, afirmando ainda que não era o responsável pela minuta do edital, mas sim, o setor de compras. Ocorre que, embora tenha apenas informado que não redigiu o edital, não apresentou a pessoa responsável por isso, e mais ainda, não agiu nas responsabilidades do seu cargo, pois na qualidade de secretário deveria sim zelar pelos respeitos aos princípios da administração, e mais ainda, buscar o benefício do interesse público.

A partir das declarações do réu MARCELO, vê-se claro o direcionamento do processo licitatório para mera regularização da ocupação dos

espaços, ou seja, por motivos políticos, possivelmente para agradar os já ocupantes e não criar maiores desgastes, optou-se por uma licitação falsa, ao invés de buscar o interesse público municipal, aumentando a competitividade e certamente os valores recebidos mensalmente com a locação.

A uma porque, ao contrário do que afirma, extrai-se dos documentos de fl. 79, que o requerimento de concorrência pública feita pela Divisão de Compras não especificou a espécie de atividade que deveria ser desenvolvida em cada uma das salas, tendo sido esta acrescida quando da confecção do edital subscrito tão-somente por MARCELO HERZER, à época, Secretário da Administração.

A duas, valiosas são as declarações prestadas pelo engenheiro civil que realizou a avaliação para determinação de valor de aluguel adequado a ser cobrado às empresas, Mauro Osowsky (fl. 419), de onde exsurge a indevida especificação prévia das atividades dos "concorrentes" feita pelo réu MARCELO, uma vez que o profissional afirma que as "vencedoras" já se encontravam estabelecidas nas salas objeto do processo licitatório, afirmando, no entanto, que nada obstava que outros ramos de atividade se estabelecessem ali.

Deixando ainda mais clara a irregularidade do certame, quando ouvido nesta Promotoria de Justiça acerca da participação, Geraldo Stöberl, proprietário da Lanchonete 23 de Setembro afirmou que somente os responsáveis pelas empresas já estabelecidas no local se fizeram presente na data do julgamento do certame (fl. 418).

3.2. Descumprimento do contrato de permissão oriundo da inexigibilidade n. 117/2006, bem como ampliação indevida e ilegal do objeto da inexigibilidade com a empresa Schorrtur, além da omissão em proibir o serviço de cargas em local público e sem licitação

Em outro aspecto, a partir de 2 de maio de 2006, por meio da inexigibilidade de licitação n. 117/2006, face à alegada inexistência de outras empresas que realizassem a venda de passagens de ônibus interurbanos, foram contratadas para permissão onerosa de uso de três salas existentes no piso inferior do Terminal Intermunicipal de Passageiros, por 15 anos, as empresas Auto Viação Catarinense, Expresso São Bento e Schorrtur, representante da empresa Reunidas S.A. Aqui, não se questiona a legalidade da inexigibilidade, porque não se tem notícia de que outras empresas realizassem essa atividade na cidade, somente as três contratadas.

Porém, consta na cláusula primeira dos contratos de fls. 328/330, 331/333 e 334/336 firmados pelo Município de São Bento do Sul com as empresas Auto Viação Catarinense, Schorrtur Serviços Ltda. (Reunidas S.A) e Expresso São Bento Ltda., respectivamente, que o objeto daqueles "consiste na permissão onerosa de 01 (uma) sala no pavimento inferior, interna, destinada à venda de passagens rodoviárias (...) situada junto ao Terminal Rodoviário de Passageiros de São Bento do Sul – SC, conforme Inexigibilidade de Licitação n. 117/2006 de 02 de maio de 2006".

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", estabelecendo sanções específicas aos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), que causam prejuízo ao erário (art. 10) e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Acerca do tema, é importante ressaltar que, conforme advertem Marino Pazzagli Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, na tipificação das condutas de improbidade, "deve ser observado que, se qualquer delas resultar enriquecimento ilícito para o agente público, a norma de incidência será a do art. 9º, seja porque eventualmente subsumível a uma de suas modalidades, seja porque compreendida no caput daquele tipo. Depois, porque o catálogo de condutas lá previsto é enumerativo, comportando outras que se ajustem à cabeça do artigo. Se assim não for, mas a atuação do agente público produzir dano ao erário, incidirá a norma contida no art. 10."

E, mais adiante, conclui que "o art. 11 da Lei Federal nº 8.429/92 funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que a pratica."⁵

Sobre o tema, Emerson García e Rogério Pacheco Alves assim discorrem:

A Lei nº 8.429/92 agrupou a tipologia dos atos de improbidade em três dispositivos distintos. O art. 9º versa sobre os atos que importam em enriquecimento ilícito, o art. 10 sobre aqueles que causam prejuízo ao erário (*reftius*: patrimônio público) e o art. 11 sobre os atos que atentam contra os princípios administrativos. Somente o art. 10 se refere ao elemento subjetivo do agente, sendo expresso ao falar em "qualquer ação ou omissão, *dolosa ou culposa*". Enquanto que os dois outros preceitos nada dispõem a respeito.

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 pressupõe o *dolo* do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com *dolo* ou com *culpa*; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade.

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na

⁵ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 252.

² Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 89287-350.

hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a *mens legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais.

O art. 10 da Lei nº 8.429/92 não distingue entre os denominados graus de culpa. Assim, quer seja leve, grave ou gravíssima, tal será, em princípio, desinfluyente à configuração da tipologia legal.⁶

No caso dos autos, identificou-se no Inquérito Civil Público nº 06.2012.00007385-1 que tramitou perante esta Promotoria de Justiça, a prática de ato de improbidade administrativa por parte de MARCELO HERZER, FERNANDO MALLON e os particulares permissonários de espaços públicos no terminal rodoviário, no que tange ao direcionamento e burla da concorrência n. 64/2006, que subsume-se perfeitamente de àquele previsto na lei de improbidade administrativa, bem como a conduta ímproba também por parte das empresas AUTO VIAÇÃO CATARINENSE, SCHORRIUR e EXPRESSO SÃO BENTOS na descumprimento dos contratos de permissão para ocupação dos espaços para exclusiva venda de passagens advindo da inexigibilidade n. 117/2006, conforme passa a expor:

4.1. Direcionamento e burla do processo licitatório para contratação de permissonárias para ocupação do espaço comercial do Terminal Intermunicipal de Passageiros

A licitação é procedimento administrativo através do qual a Administração Pública seleciona (e não somente "formaliza") a proposta mais vantajosa, respeitando-se a igualdade de oportunidades entre os concorrentes.

A obrigatoriedade de licitação está prevista na Constituição da República, que assim dispõe em seu art. 37, XXI:

Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

A regulamentação legal do tema está prevista na Lei nº 8.666/1993, que dispõe:

Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras,

⁶ Op. Cit., p. 215-216

² Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 89287-350.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

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.

Neste aspecto, leciona Hely Lopes Meirelles que:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.

(...)

Essa dupla finalidade – obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados – é preocupação que vem desde a Idade Média e leva os Estados modernos a aprimorarem cada vez mais o procedimento licitatório, hoje sujeito a determinados princípios, cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida seu resultado seletivo.⁷

Segundo Waldo Fazzio Júnior:

A licitação justifica-se. Seu objeto é sua própria razão de existir, uma vez que consiste num conjunto de atos administrativos em seqüência dirigidos à eleição de contratante que ofereça as condições mais vantajosas em negócio que a Administração deseja celebrar, como fase necessária do processamento da despesa pública. Por isso, revela-se, fundamentalmente, como um certame competitivo afetado por uma finalidade pública. Daí ter dito José Afonso da Silva que o princípio da licitação é instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e da isonomia.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 36ª ed. (Atual: por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho) São Paulo: Malheiros, 2010, p. 281.

⁸ 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 89287-355.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

Desse modo, a licitação, cuja realização é obrigatória (salvo poucas e justificadas exceções legais), objetiva oferecer igual oportunidade aos que pretendem contratar com a Administração Pública, assim como selecionar a proposta mais vantajosa para o ente público, sendo que, a utilização de licitação com violação a tais finalidades representa fraude. Não é a licitação o instrumento para somente formalizar uma conduta irregular, mas sim regularizar as contratações da administração pública.

No caso em tela, o procedimento licitatório foi completamente direcionado pelo réu MARCELO de modo a somente regularizar uma situação fática absurda. Isto se diga porque, não bastasse o objeto do edital da concorrência n. 64/2006 ter restringido sem razão plausível e justificada a espécie e natureza de empreendimentos a funcionarem nas salas, o edital não foi divulgado, comparecendo à solenidade de julgamento das propostas somente as empresas que já estavam estabelecidas no local.

Assim, além de não selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, sequer houve oportunidade para que eventuais interessados pudessem participar do certame, restando claro que a concorrência foi apenas para conferir aparência de legalidade e formalidade para a situação que ali já se consolidava, em total afronta às nobres finalidades da licitação.

No que tange ao princípio da **legalidade**, segundo ensina José dos Santos Carvalho Filho:

No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios eletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.⁹

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que: "O princípio da legalidade (...) é de suma relevância em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nº 8.666/93, (...)."¹⁰

As irregularidades do direcionamento violam o princípio da legalidade, em razão de haver desvio do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93

⁸ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 132.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 264.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 308-339

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 89287-355

(obtenção da proposta mais vantajosa, competitividade e igualdade de oportunidade), estando flagrante a violação ao princípio da legalidade no caso em questão.

Por outro lado, o princípio da **moralidade administrativa** exige honestidade da Administração Pública.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "O princípio da *moralidade* (...) exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade".¹¹

A Administração Pública, ao realizar procedimento fraudulento (direcionado e sem nenhuma divulgação), frustrou totalmente seu dever de honestidade ou probidade, colocando interesses privados (formalização das permissões já existentes) ao invés do interesse público (selecionar o maior número de interessados e consequentemente a maior competitividade para alcançar maiores valores para a administração).

O princípio da **igualdade**, por sua vez foi violado no caso em razão de ter sido a licitação direcionada. Isso impediu que outras pessoas pudessem contratar com a Administração Pública.

Mais uma vez, nas lições de Maria Sylvia Z. Di Pietro: "O princípio da *igualdade* constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar".¹²

Ao privilegiar que as empresas que já encontravam-se estabelecidas no local em detrimento de outros eventuais licitantes, violou-se o princípio da igualdade, pois impediu que outros pudessem concorrer para contratar com a Administração.

Isto porque, o procedimento licitatório deve, necessariamente, respeitar a possibilidade de que qualquer interessado em contratar com a Administração participe dele, sendo o mais amplo possível. O objetivo é justamente impedir o que ocorreu no presente caso: que determinados particulares sejam beneficiados em detrimento de outros possíveis interessados em contratar. Ora, a estipulação prévia de finalidades injustificadas, bem como a competição de cada interessado somente a um objeto deixa claro que com a referida licitação não se destinou a obtenção do maior número de interessados e no preço mais vantajoso para a administração pública, mas sim somente a deixar que os particulares ocupantes dos locais lá permanecessem, independentemente de se respeitar todos os princípios e valores inerentes a administração pública.

Segundo Waldo Fazzio Júnior, "frustrar a licitude de processo licitatório é fraudá-lo. Fraudar licitação é distorcer procedimento licitatório. Consiste em subtrair ao domínio da lei o que lhe deveria estar sujeito".

¹¹ Op. cit. p. 339

¹² Op. cit. p. 336

² Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 89287-355.

Não houve igualdade, mas sim privilégio, totalmente incompatível com a Carta Magna, e, assim sendo, tais fatos, caracterizam atos de improbidade administrativa e dão ensejo à aplicação das sanções previstas na Lei n.º 8.429/92, que dispõe:

Art. 10. 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, e notadamente: (...)

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

Todavia, hipoteticamente, caso se entenda que as condutas do réu MARCELO HERZER não se enquadre nos referidos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992, a conduta, ainda assim, se enquadra nas disposições do art. 11 da referida lei, em razão da violação aos princípios da administração pública, e mais ainda, no art. 9, porque os particulares e reus favorecidos enriqueceram ilícitamente, em razão de uma "licitação" fraudada.

É sabido que a Constituição da República trouxe a exigência de que a Administração de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "obedeça aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (art. 37).

Em razão da previsão constitucional, agindo da forma supramencionada, via de consequência, o requerido também praticou atos de improbidade administrativa que violaram os princípios da Administração Pública

Dispõe o art. 11 da Lei nº 8.429/92 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 [...]".

A imprecisão do conceito de "moralidade administrativa" foi parcialmente eliminada com a Lei n. 8.429/1992, que tipificou como improbos os atos que causem enriquecimento ilícito, causem dano ao erário ou ofensa aos citados princípios.

Adverte Wallace Martin Júnior que:

A violação de um princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e

¹³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo, Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal, 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 132.

² Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 89287-355.

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ELAINE RITA AUERBACH. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 08.2013.00297343-1 e código E98855D.

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por BERNARDETE MUNTOWSKI, liberado nos autos em 10/05/2018 às 10:29. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0005514-57.2013.8.24.0058 e código E98855D.

Procurador de Justiça
de Santa Catarina
Fl. XVII
18

Camara Municipal de São Bento do Sul
37

subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. [...] a preponderância dada aos valores morais da Administração Pública torna muito mais efetiva e adequada a tutela da probidade administrativa, de modo que se conforma com a matriz do art. 11 violação a qualquer dos princípios do art. 37 da Constituição Federal (repetidos no art. 4º e no próprio art. 11 como deveres dos agentes públicos), censurando atos que, embora não necessitem produzir efeito financeiro negativo no patrimônio público, impliquem ilegalidade, desonestidade, incompetência, nulidades absolutas, pessoalidade, falta de publicidade e, é claro, imoralidade. Vale dizer, o art. 11 instrumentaliza o art. 4º e, por sua vez, o art. 37 da Constituição Federal. Ainda se inserem nesse art. 11, pois a sua violação representa atentado contra os princípios da Administração Pública, a ofensa a princípios da razoabilidade, proporcionalidade, além de outros que também constituem deveres de boa administração dos agentes públicos (igualdade, boa-fé, lealdade). Daí, qualquer ação ou omissão que viole esses deveres implicará ato de improbidade administrativa, pois a Lei Federal n. 8.429-92 visa a garantir a eficácia social desses princípios, agora transformados em deveres inerentes ao exercício de cargos, empregos e funções pelos agentes públicos, censurando atos que demonstrem má administração e o desvio ético do denunciante, da inabilitação moral no exercício das funções públicas.¹⁴

Acera do art. 11, lecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco

Alves:

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 dos princípios 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.¹⁵

Nesse sentido, disserta Motauri Ciocchetti de Souza:

¹⁴ MARTIN JÚNIOR, Wallace Paiva. Ob. cit. págs. 281/282.
¹⁵ Op. Cit. p. 212

[...] improbidade administrativa consiste na incorreção no trato da coisa pública, no descumprimento dos princípios que regem e norteiam a administração pública, implicando a 'idéia de violação de preceitos legais e/ou morais que vinculam a atuação dos agentes públicos, violação intencional ou involuntária, ou culposa.

É ímprobo, via de consequência, todo agente público que deixe de pautar-se de acordo com as normas que regem a administração da coisa pública¹⁶.

Do escólio do mesmo autor antes citado, é possível colher, ainda, a seguinte posição:

Vige, em sede de administração pública, o princípio de que ao administrador somente é possível fazer o que a lei expressamente permite, não sendo lícita a sua atuação fora desse patamar, ainda que inexistia norma jurídica vedando determinada conduta.

Assim, a função dos atos da Administração é a realização das disposições legais, não lhe sendo possível, portanto, a inovação do ordenamento jurídico, mas tão-só a concretização de presságios genéricos e abstratos anteriormente firmados pelo exercente da função legislativa.

Segundo Waldo Fazzio Júnior:

O ato que agride os princípios administrativos não é simplesmente ilegal, mas o que carrega a substância intrínseca da imoralidade. É o ato desonesto, não o produto de peculiaridades pessoais negativas, como a inabilidade e o despreparo cultural, que não objetivam enfrentar a lei. A improbidade administrativa, mais que um ato contra a legalidade, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé. É a conduta que "destoa nítida e manifestamente das pautas morais básicas transgredindo; assim, os deveres de retidão e de lealdade ao interesse público"

(...)

Vale acrescentar que, por sua extensão e profundidade, o inciso I do art. 11 está insito em todas as condutas improbas. É que, se todas elas implicam violação da legalidade, todas se ajustam à prática de ato ilegal. Assim, cada uma das espécies de improbidade administrativa revela-se detalhamento da ilegalidade. Se o ato não se ajusta à perfeição a quaisquer outras modalidades, mas é ilegal, aqui encontra subsunção, desde que animado pela imoralidade. A norma do art. 11, inciso I, revisita-

¹⁶ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Interesses difusos em espécie. São Paulo: Saraiva Editora, 2000. Págs. 94-95

se -, é residual.¹⁷

No caso em questão, o réu viola, em última análise, o interesse público, desviando-se, desonestamente, do que a lei determina.

De acordo com Marino Pazzaglini Filho:

Afronta o administrador, na espécie, os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e finalidade que informam sua atuação funcional, agindo fora dos limites de sua competência ou por motivos diversos ao fim inerente a todas as normas (inobservância do interesse público) e ao móvel específico que anima a regra jurídica que esteja aplicando. Excede suas faculdades administrativas ou atua no âmbito de sua competência, mas com desvio de finalidade.¹⁸

Não há dúvidas, desta forma, que o réu MARCELO HERZER, juntamente com os réus Socha & Socha, Valdomiro Soloboda, Edegar José Socha, Banca Beti Ltda, Alcides de Carvalho, Sueli Terezinha de Carvalho, Lanchonete 23 de Setembro Ltda., Geraldo Stoeberl incorreram nas condutas previstas na Lei 8.429/92, devendo ser-lhes aplicadas as sanções cabíveis.

Em decorrência disto, comprovado que o processo licitatório se deu de forma viciada, pelo direcionamento praticado pelo réu MARCELO para favorecer os particulares e réus que já exerciam suas atividades econômicas, deve ser o processo licitatório - concorrência pública n. 64/2006 declarado nulo, porque beneficiou e enriqueceu indevidamente os particulares previamente determinados.

4.2. Ilegalidade do uso dos espaços permissionados para envio e recebimento de encomendas em afronta ao objeto licitado, exercendo atividade ilícita em espaço público

Segundo relatado na síntese fática, em 2 de maio de 2006, por meio da inexigibilidade de licitação n. 117/2006, foram contratadas para permissão onerosa de uso de três salas existentes no piso inferior do Terminal Intermunicipal de Passageiros, por 15 anos, as empresas Auto Viação Catarinense, Expresso São Bento e Schorrtur, representante da empresa Reunidas S.A.

Na oportunidade, justificou-se a aplicação do art. 25, da Lei 8.666/93, para inexigir processo licitatório a inviabilidade de competição, face à inexistência de outras empresas que realizassem a venda de passagens de ônibus interurbanos.

¹⁷ FAZZIO JUNIOR, Waldo, Improbidade Administrativa e crimes de prefeitos: de acordo com a lei de responsabilidade fiscal. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2001. pp. 180-181.

¹⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 115

Não pode, em hipótese alguma, o Município tratar de serviços particulares - encomendas - através de permissão pública. Nesta esteira, constata-se que a legislação vigente somente prevê a concessão para serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, previsto na alínea "a" do inciso VIII, do art. 8º, da Constituição Estadual de 1989, bem como prevê a concessão de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, na alínea "e" do inciso XII, do art. 21, da CRFB/88, não trazendo qualquer previsão legal ou constitucional para concessão de transporte de cargas e encomendas. Dessa maneira, com a impossibilidade legal de concessão de tal serviço, o transporte de cargas e encomendas pode ser realizado por qualquer interessado no mercado, vigendo para tanto a livre concorrência, e consequentemente o dever de realizar licitação, caso exista interesse público na contratação de tais serviços.

Portanto, como bem apontou o TCE/SC, a empresa Schorrtur Serviços Ltda não poderia ser contratada através da Inexigibilidade de Licitação n. 117/06 para realizar serviços de transporte de cargas e encomendas, sendo tal impeditivo estendido às demais empresas e réis contratadas da mesma forma sem licitação.

Desta forma, constou na cláusula primeira dos contratos firmados pelo Município de São Bento do Sul com as empresas Auto Viação Catarinense, Schorrtur Serviços Ltda. (Reunidas S.A) e Expresso São Bento Ltda., que o objeto daqueles "consiste na permissão onerosa de 01 (uma) sala no pavimento inferior, interna, destinada à venda de passagens rodoviárias (...) situada junto ao Terminal Rodoviário de Passageiros de São Bento do Sul - SC, conforme Inexigibilidade de Licitação n. 117/2006 de 02 de maio de 2006".

Contudo, não obstante a permissão concedida por meio de inexigibilidade de licitação se refira tão-somente ao serviço público de venda de passagens rodoviárias, as réis AUTO VIAÇÃO CATARINENSE, SCHORRTUR e EXPRESSO SÃO BENTO, vêm se utilizando do espaço permissionado para, além da venda de passagens, realizar o transporte de cargas e encomendas.

Para agravar a situação, foi ainda pelos réus FERNANDO MALLON e MARCELO HERZER permitida a ilegalidade, pois se prestaram a celebrar um Termo Aditivo n. 131/2007 (fls.408/409) permitindo que a empresa SCHORRTUR utilizasse o guichê público para serviço de despacho e recebimento de encomendas.

Conforme informação extraída do sítio eletrônico do TCE/SC, relacionado ao procedimento que impugnou tal prática, houve decisão condenando tal prática, determinando que o prefeito municipal e réu FERNANDO anulasse o referido aditivo, além de aplicar-lhe multa. Ocorre que, mesmo sendo esse procedimento administrativo arquivado junto a Corte de Contas, sob o pretexto do acatamento da determinação pelo réu FERNANDO, não consta qualquer documentação na prefeitura sobre a anulação do referido aditivo, muito menos determinação as demais empresas de se absterem de tal

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

conduta. Ora, o réu detinha total conhecimento das ilegalidades, porque foi intimado da decisão, inclusive efetuou o pagamento da multa aplicada, cabendo-lhe, no mínimo, zelar pelo respeito à legalidade e evitar o enriquecimento indevido dos particulares às custas do uso ilegal do espaço público, notificando as demais empresas da proibição de agirem dessa forma.

Todavia, até a intervenção ministerial, todas elas agiam dessa forma ilegal, com apoio do Município de São Bento do Sul, porque somente após a notificação do Município, ele então determinou que a referida empresa e ré se abstivesse de tal proceder.

Diferentemente da venda de passagens rodoviárias, enquanto serviço público, o serviço de transporte de cargas e encomendas, por sua vez, não fora mencionado no objeto da inexigibilidade de licitação e consequente contrato, e sendo serviço de cunho privado econômico não é atingido pela exclusividade que justificou a inexigibilidade de licitação.

Para existir a contratação de qualquer serviço de carga e uso de espaço público para tanto, dever-se-ia essa contratação proceder de obrigatória licitação, conforme determinação dos arts. 2 e 3, da Lei nº 8.666/93.

A licitação, nos casos de permissão de uso de bem público não é, via de regra, necessária, por se tratar de ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta a utilização por particular, contudo, mas quando ela assumir a forma contratual, como é o caso da permissão de serviço público, o processo licitatório torna-se obrigatório.

Tanto a Constituição da República (art. 175, parágrafo único, I) quanto as Leis n. 8.666/93 (art. 2º) e 8.987/95 (art. 40), prevêem a realização de procedimento licitatório nos casos em que se tratarem especificamente de permissão de serviço público, pois neste caso as normas referem-se a permissão como um contrato.

Dispõe a Carta Magna:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão e permissão. - sem grifo no original -

Preceitua a Lei 8.987/95:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta lei, das demais normas pertinentes ao edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. - grifo nosso.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

Logo, quando a permissão de uso de bem público assumir a forma contratual, ou seja, instituindo vínculo e obrigações para a fruição do imóvel por particular, mesmo que por prazo pré-estabelecido, torna-se obrigatória a licitação, pois daí estabelece-se a condição contratual do art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, equiparando-se à concessão de uso e à permissão de serviço público, sendo inclusive, minimizada a precariedade típica desse instituto.

Contudo, em se tratando de serviço exclusivo demonstrada a inviabilidade de competição pela ausência de pluralidade de concorrentes, a contratação pode se dar por inexigibilidade de licitação.

Sobre o assunto:

As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado.

Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas.

De modo geral, poderia dizer-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre em casos em que o interesse público apresenta peculiaridades e anomalias. Quando o interesse público puder ser satisfeito por uma prestação padrão, desvestida alguma peculiaridade, a competição será possível e haverá licitação.(...)

Ocorre que a singularidade do objeto nada mais reflete senão a singularidade do próprio interesse público a ser atendido. Ou seja, um certo objeto não pode ser substituído por outro, para fins de contratação administrativa, por ser ele o único adequando a atender o interesse público ou pela impossibilidade de atendimento ao interesse público, de modo equivalente, através de outro objeto.

Neste aspecto, a prestação de serviços de envio e recebimento de encomendas praticada pelas empresas permissionárias afigura-se ilícita frente ao contrato de permissão onerosa firmada com o Município. Isto se diga porque, utilizou de uma inexigibilidade que só atinge o serviço de transporte rodoviário de passageiros e a consequente venda dessas passagens. Quanto a última atividade, ficou evidenciado e comprovado que somente as três contratadas exercem nesta cidade, fundamentando sim a inexigibilidade. Todavia, com relação à despachos de encomendas, sabe-se que existem diversas outras empresas, inclusive, citando-se correios, postEx, Daytona Express, JadLog, dentre outras que atendem esta cidade.

Assim, serviço de envio e recebimento de correspondências, sejam elas, envelopes, pequenos embrulhos ou volumes vultuosos, além de não constar no objeto do contrato firmado entre as permissionárias e o Município de São Bento do Sul, não é exclusivo, uma vez que pode ser realizado por inúmeras outras empresas do ramo.

Aproveitando o ensejo, ressalte-se que a situação fática que ora se apresenta, foi objeto de análise por parte do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, de cujo acórdão pede *venia* para transcrever parte:

Nesta esteira, constata-se que a legislação vigente somente prevê a concessão para serviços de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, previsto na alínea "a" do inciso VIII do art. 8º da Constituição Estadual de 1989, bem como prevê a concessão para serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, na alínea "e" do inciso XII do art. 21 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não trazendo previsão legal para concessão de transporte de cargas (encomendas). Assim, com a impossibilidade legal, o transporte de carga (encomendas) pode ser realizado por quaisquer interessados no mercado, existindo a livre concorrência e, por consequência, o dever de realizar licitação, caso a Administração Pública entenda conveniente e oportuno realizar sua contratação. (...)

Ao analisar o texto legal, ora citado, depara-se com a certeza de que, no caso em tela, há obrigatoriedade de realização de licitação para execução do serviço de transporte de cargas (encomendas) e uso de espaço público para explorar área comercial no Terminal Rodoviário de Passageiros de São Bento do Sul para este fim. E assim prevê a lição exarada, sob o título: "5.3) A questão da concessão de bens públicos e das outorgas de direitos", pelo festejado doutrinador Marçal Justen Filho, na

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 270/272

Obra: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11 ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 34, conforme segue:

"Isso significa que a obrigatoriedade de licitação poderá traduzir-se em procedimento distinto daqueles obtidos na Lei nº 8.666. As regras que adobrem a conjugação de modalidades licitatórias (art. 22, § 8º) e a adoção de critérios de julgamento distintos (art. 45, § 5º) devem ser interpretadas em termos. Significam que, para as contratações explicitamente disciplinadas no diploma, será vedada a inovação ou conjugação. Quando se tratar de contratação ou outorga diversa daquelas reguladas na parte especial da Lei nº 8.666, poderão cogitar-se de procedimentos específicos e critérios de julgamentos peculiares.

Essa solução deverá ser adotada sempre que o eventual benefício não puder ser outorgado a todo e qualquer possível interessado. A necessidade de excluir alguém demanda a adoção de critérios seletivos fundados no princípio da impessoalidade, segundo as exigências da isonomia.

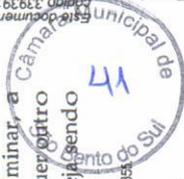
Logo, a concessão de uso de bem público demandará a adoção de um procedimento licitatório prévio. Se a outorga fizer-se de modo oneroso, haverá grande similitude às hipóteses de concessão de serviço público. Poderá adotar-se a solução da concorrência, regida eventualmente pelas normas da Lei nº 8.987."

No intuito de corroborar com o ensinamento do ilustre doutrinador, acima citado, buscou-se entendimento análogo na Consultoria Zênite, em Perguntas e Respostas nº 709/78/ACO/2000, cujo título é: Licitação - Uso de bem público - Inaplicabilidade do arrendamento:

"Para a concessão ou permissão de uso de bem público, faz-se necessária a instauração de um procedimento licitatório, mostrando-se a modalidade cabível para tanto a concorrência, tipo maior oferta, verificando-se ainda o interesse público em se efetivar tal contratação. A referida modalidade de licitação é alcançada por meio de uma interpretação sistemática da Lei de Licitações, mediante processo análogo da relação contida no § 3º do art. 23 da Lei, afastada, portanto, a conclusão de que a modalidade a ser adotada seria escolhida em função do valor atribuído ao futuro contrato.

Conforme dito anteriormente, o tipo de licitação a ser adiado será o de maior oferta. Assim, deve a Administração estabelecer o preço mínimo a ser pago pelo terceiro para o uso do imóvel, o qual será considerado para fins de julgamento das propostas comerciais. Poderá, ainda, a Administração determinar outros critérios, desde que objetivos, pertinentes e devidamente justificados"

Por todo o exposto, necessário o provimento judicial liminar, a ser confirmado em sentença de mérito, para completa cessação de qualquer outro serviço que não aquele de venda de passagens que eventualmente esteja sendo



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

realizado pelas empresas réis AUTO VIAÇÃO CATARINENSE, SCHORRTUR e EXPRESSO SÃO BENTO nos espaços cuja permissão de uso obtiveram face à inexistência de licitação n. 117/2006, além da anulação imediata do Termo Aditivo n. 131/2007.

5. DO PEDIDO LIMINAR

O processo em si cuida-se de instrumento, constituindo-se de um meio e não de um fim em si mesmo. Através do processo busca-se a atuação do direito material, razão pela qual o princípio da instrumentalidade do processo está umbilicalmente ligado à efetividade deste. Segundo Dinamarco, "a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade".²⁰

É consabido, no entanto, que o fator tempo exerce papel determinante na entrega da tutela jurisdicional, tanto que o princípio da razoável duração do processo alcança cada dia maiores patamares.

Como forma de garantir o resultado útil do processo, muitas vezes se faz necessário o exercício da tutela de urgência, evitando que a demora na prestação jurisdicional torne inócua com a resolução tardia da lide, fazendo com que o vencedor da demanda, mesmo de posse de uma decisão favorável, fique impossibilitado de torná-la efetiva e satisfaça efetivamente sua pretensão. Neste contexto, o exercício da tutela cautelar como forma de proteção do direito material (bem da vida) que venha a ser ameaçado de lesão no curso do processo é corolário de uma prestação jurisdicional justa e efetiva, possuindo relevância fundamental, e tendo por escopo evitar a ocorrência de determinada situação ou fato que ponha em perigo direto ou iminente o direito à boa prestação jurisdicional, garantindo assim, o resultado útil do processo principal.

Nota-se, neste contexto, que a tutela cautelar se traduz em verdadeira garantia constitucional, uma vez que de nada valeria garantir o direito à jurisdição, se também não se garantissem condições reais de realização do direito reconhecido, através de uma cognição exauriente.

Acerca do tema, retira-se da doutrina que:

[...] trata-se de processo em que, com base na verificação de que há *fumus e periculum*, se preserva a parte do risco da ineficácia do processo principal". [...] A expressão *fumus boni iuris* significa aparência de bom direito (ou, ainda, plausibilidade do direito), e é correlata às expressões cognição sumária, não exauriente, incompleta, superficial ou perfunctória. Já o *periculum in mora* é

DINAMARCO, Cândido Rangel. Dinamarco. A instrumentalidade do processo. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 271

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 85287-355.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

entendido como o perigo na demora ou perigo de danos irreparáveis ou de difícil reparação, o risco da demora seria o risco da ineficiência²¹.

A situação que exige e justifica a prestação da tutela cautelar apresenta contornos próprios bem definidos e se caracteriza pela necessidade de uma prestação jurisdicional efetiva, em virtude de uma situação hipotética que se encontra ameaçada pela ocorrência iminente de fatos ainda mais graves, exigindo os requisitos específicos do perigo da demora (*periculum in mora*) e da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*).

Discorrendo acerca do assunto esclarece Victor A. Bomfim Martins:

O juízo de probabilidade ou verossimilhança que o juiz deve fazer para a constatação da existência de direito aparente é suficiente para o deferimento ou não do pedido de cautela. Havendo, portanto, a aparência do direito afirmado e que será discutida no processo principal, mesmo que os elementos comprobatórios apontem na direção da existência de direito líquido e certo, eles não poderão ultrapassar, na formação da convicção do juiz, a limite da aparência. Ao juiz é vedado ultrapassar de seu campo de atuação no processo cautelar, limitado, no particular, à verificação do *fumus boni iuris*.²²

O *fumus boni iuris* se apresenta através da verificação de uma provável existência do direito a ser acautelado no processo principal, o que, com efeito, exige uma análise do direito material do caso em espécie, ainda que sumária. É importante frisar que o caráter superficial da cognição está intimamente ligado à natureza própria do procedimento cautelar.

No caso concreto, restou claro, e até mesmo confessado em razão dos pedidos feitos a esta Promotoria de Justiça para permitir o despacho de mercadorias nos guichês do terminal rodoviário de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, que as empresas réis exerciam indevidamente essa atividade. Além disso, tal prática indevida era "autorizada" pelo Termo Aditivo n. 131/2007 (fl.408) pelo Município à empresa Schorrtur. Ocorre que, mesmo diante do julgamento pelo TCE/SC, cujo teor teve conhecimento o Município de São Bento do Sul, porque supostamente teria regularizado a situação e quitado a multa aplicada, a prática ilegal continuou até este ano. Aqui está presente o *fumus boni iuris*, porque tal prática não pode ser mantida face à evidente ilegalidade.

Quanto ao *periculum in mora*, e aproveitando o que dito acima, sobre a necessidade da apreciação judicial dos fatos, percebe-se que somente

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado do processo civil. 11. ed. São Paulo: Câmara Municipal de São Bento do Sul, 1996. Revista dos Tribunais. 2011. v. 3. p. 43-44.

MARTINS, Victor A. Bomfim. Tutela cautelar, teoria geral e poder geral de cautela. Curitiba: Juruá, 1996. p. 110

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 85287-355.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

houve o comunicado via ofício desta Promotoria de Justiça para o Município de São Bento do Sul, para que notificasse as empresas réas da ilegalidade da utilização dos guichês e da rodoviária como ponto de recebimento, depósito e despacho de mercadorias, sendo ainda necessária a ordem judicial, justamente por sua força cogente e auto-executiva. Afinal, a função de julgar incumbe a este poder.

O *fumus boni iuris* o *periculum in mora* exigidos para o deferimento do pedido cautelar estão presentes no caso em tela, e justamente por isso não é possível se aguardar até o final deste processo para resolver a situação, diante da urgência que o caso requer. Prevendo tais situações, o legislador incluiu o artigo 804 do Código de Processo Civil: *"É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer"*

Ao tratar do referido dispositivo legal, ensina a doutrina:

A tutela cautelar, por ser fundada em urgência, naturalmente não pode privar-se de um procedimento que viabilize a sua concessão antes da ouvida do réu ou *inaudita altera parte*. Porém, como a tutela cautelar obviamente repercute sobre a esfera jurídica do réu, a sua concessão *inaudita altera partes* somente é possível quando há motivo jurídico suficiente para fazer o juiz crer que o adiamento do seu deferimento, para depois do momento oportuno à defesa, impedirá o alcance da segurança jurídica almejada pela tutela cautelar.²³

Ademais, é possível aplicar, por analogia, o artigo 273 do Código de Processo Civil, que trata da antecipação dos efeitos da tutela no Processo de Conhecimento:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
 I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

Aqui, presente o fundado receio de dano de difícil reparação, pois por anos as empresas exercem no local atividade ilegal, de modo que estão sendo privilegiadas em contrapartida as demais empresas desse ramo de transporte de mercadorias que não possuem ponto comercial de entrega e remessa no centro da cidade, bem como não se poderá precisar qual o

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, v. 4, p. 128.

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul - Av. São Bento, 401, Rio Negro, São Bento do Sul, 89287-335.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ELAINE RITA AUERBACH. Para conferir o original, acesse o site <http://www.mp.sc.gov.br/informe> e o código E9B855D. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/prstidigital/pg/abrConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0005514-57/2013.8.24.0058 e código E9B855D.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

enriquecimento ilícito que elas possuem com isso, salvo possivelmente uma perícia contábil com apreensão de documentos.

Nessa senda, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL pretende, liminarmente, seja determinada a suspensão de toda e qualquer atividade de recebimento, depósito e despacho de mercadorias no espaço do Terminal de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Passageiros, uma vez que se trata de bem público e as permissões concedidas restringem-se somente ao transporte de passageiros e uso dos guichês para venda de passagens.

5 - DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, e com o único objetivo de resguardar a moralidade administrativa, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA requer:

- a) a atuação da inicial, com o deferimento do pedido liminar para conceder os efeitos antecipados da tutela, de modo a suspender todo e qualquer outro serviço que não aquele de venda de passagens rodoviárias que esteja sendo realizado nos espaços obtidos pelas réas AUTO VIAÇÃO CATARINENSE, SCHORRTUR e EXPRESSO SAO BENTO por meio da inexigibilidade n. 117/2006, com a declaração de nulidade do Termo Aditivo n. 131/2007, sob pena de multa em caso de cada despacho ou recebimento de mercadoria realizado;
- b) a notificação dos requeridos para apresentação de informações preliminares, nos termos do art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92;
- c) o recebimento da inicial e a citação dos requeridos para, querendo, contestar o feito, sob pena de presunção de veracidade dos fatos alegados na exordial;
- d) a produção de todos os meios de prova admitidos em direito, mormente a documental, depoimentos pessoais, testemunhais e juntadas de outros documentos que porventura vierem a surgir;
- e) seja ao final julgada procedente a presente ação civil pública, para:
 - e.1) declarar a nulidade do processo de concorrência n. 64/2006, por meio do qual, de modo direcionado e sem comprovação de impossibilidade de competição e de chamamento de outros interessados, foi concedida a permissão onerosa de uso, por 15 anos, de 3 (três) salas comerciais, sendo 1 (uma) para exploração de loteria, 1 (uma) para banca de revistas e 1 (uma) para lanchonete;
 - e.2) condenar, pela prática de ato de improbidade administrativa que causou dano ao erário mediante fraude ao procedimento licitatório e violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência: os réus MARCELO HERZFER face ao direcionamento do edital da concorrência pública n. 64/2006 para contratação de permissionários, e os beneficiados com

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por ELAINE RITA AUERBACH. Para conferir o original, acesse o site <http://www.mp.sc.gov.br/informe> e o código E9B855D. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/prstidigital/pg/abrConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0005514-57/2013.8.24.0058 e código E9B855D.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

2ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Bento do Sul

essa burla ao processo licitatório SOCHA&SOCHA, VALDOMIRO SOLOBODA, EDEGAR JOSÉ SOCHA, BANCA BETI LTDA, ALCIDES DE CARVALHO, SUELI TEREZINHA DE CARVALHO, LANCHONETE 23 DE SETEMBRO LTDA e GERALDO STOEBERL;

e.3) condenar, pela prática de ato de improbidade administrativa que causou enriquecimento ilícito de particulares, consistente em realização de atividade ilegal de transporte, recebimento, depósito e despacho de mercadorias, além de violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, os réus e beneficiados AUTOVIAÇÃO CATARINENSE LTDA., ANUAR ESCOVEDO HELAYEL, HEINZ WOLFGANG KUMM JUNIOR, SCHORRTUR SERVIÇOS LTDA., JOSÉ DARCI SCHORR, EXPRESSO SÃO BENTO LTDA., e DIRCÉLIA NEITZKE, além do réu FERNANDO MALLON, em razão da concordância com a referida prática, mesmo quando cliente da ilegalidade e notificado pelo TCE/SC, porque todos foram responsáveis pelo exercício irregular de atividade, com desvio de finalidade do que foi contratado – venda de passagens – por inexigibilidade de licitação;

e.4) determinar a proibição definitiva de qualquer atividade de despacho, transporte, remessa e depósito de mercadorias a ser realizada pelas empresas dentro do Terminal de Transporte Rodoviário Interestadual e Intermunicipal de Passageiros, diante da necessidade, para tanto, de procedimento licitatório autorizativo, bem como, em consequência, a nulidade do Termo Aditivo 131/2007, e de outros que porventura foram lavrados com o mesmo objeto e sem a devida e prévia licitação;

f) a condenação dos requeridos ao pagamento das custas processuais e verbas de sucumbência.

Dá-se à causa, para fins legais, o valor de R\$ 598.286,64 (quinhentos e noventa e oito mil, duzentos e oitenta e seis reais e sessenta e quatro centavos)

São Bento do Sul, 17 de setembro de 2013.

[assinado digitalmente]

Elaine Rita Auerbach

Promotora de Justiça

Este documento é cópia do original assinado digitalmente por ELAINE RITA AUERBACH. Para conferir o original, acesse o site <http://www.mp.sc.gov.br/informe> e o processo 08.2013.00297343-1 e o número 238294. Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por BERNARDETE MUNTOWSKI, liberado nos autos em 10/05/2018 às 10:29. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/pg/abrConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0005514-57.2013.8.24.0058 e código E9B65D.



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA
COMARCA DE SÃO BENTO DO SUL**PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR**

AUTOS SIG/MPSC 08.2013.000410411-6

058.13.007220-3

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por sua 2ª Promotora de Justiça titular na comarca de São Bento do Sul, com fundamento nos artigos 127 e 129, inciso III da Constituição da República, bem como no artigo 17 da Lei n. 8.429/92 e no artigo 5º da Lei n. 7.347/85, com base no Inquérito Civil Público n. 06.2013.00001317-8, propõe a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA contra:

FERNANDO MALLON, brasileiro, casado, advogado, RG 1.092272 e inscrito no CPF sob o n. 609.106.909-87, residente e domiciliado na Rua Erhardt Bolmann, 37, e com endereço profissional na Rua Nereu Ramos, 69, 2º andar, centro de São Bento do Sul;

GILBERTO JOSÉ MUEHLBAUER, brasileiro, casado, professor, portador do RG n. 917.641 e inscrito no CPF sob o n. 379.497.309-78, com endereço na Rua Olimpio Vidal Teixeira, 89, São Bento do Sul - SC;

ALESSANDRO BUOZI MARTINS, brasileiro, solteiro, diretor de esportes da Fundação Municipal de Esportes de Jaraguá do Sul, RG n. 118971073 e inscrito no CPF sob o n. 138.905.358-01, com endereço na Rua Professor Júlio Tecilla, 125, bairro Três Rios do Sul, em Jaraguá do Sul - SC;

SAMIRA HELENA ABREU LEUTPRECHT, brasileira, casada, empresária, RG 2.442.203 e inscrita no CPF sob o n. 560.028.829-87, com endereço na Rua Augusto Henrique Pereira, 47, em Jaraguá do Sul - SC;

MAIS PROJETOS ASSESSORIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 07.868.121/0001-07 com endereço na Rua Professor Júlio Tecilla, 125, bairro Três Rios do Sul, em Jaraguá do Sul - SC;

JEAN CARLO LEUTPRECHT, brasileiro, casado, presidente da Fundação de Esportes e Turismo de Jaraguá do Sul, RG 1.357.074 e inscrito no CPF sob o n. 538.995.559-53, com endereço na Rua Augusto Henrique Pereira, 45, em Jaraguá do Sul/ SC, pela prática dos seguintes fatos:

1 - DA LEGITIMIDADE ATIVA E ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Inicialmente, cumpre mencionar que o erário municipal enquadra-se na categoria dos interesses difusos ou coletivos, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público em pecúnia como abstratamente falando, tanto de forma preventiva como repressiva.

A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimidade ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública na defesa desses interesses, constituindo matéria assentada pelo Superior Tribunal de Justiça¹. Desta forma, não há dúvidas quanto à legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação para ressarcimento de danos causados ao erário em virtude de conduta impropria de qualquer agente público.

O Ministério Público, a par da amplitude de seu conceito e área de atuação, estabelecidos no art. 127, da Constituição da República, tem, dentre as funções institucionais por ela outorgadas, a contida no inciso III do art. 129, exercida por intermédio desta demanda: a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, bem como para a fiscalização da regularidade da atividade pública, no controle da legalidade e da legitimidade dos atos da Administração Pública.

A normatização constitucional foi reiterada pela Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e, em nível estadual, pela Lei Complementar nº 197/00 (Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina), que, respectivamente no artigo 25, inciso IV, alíneas *a* e *b*, e artigo 82, inciso IV, alíneas *b* e *d*, atribuíram a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados a interesses difusos e para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou do Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem. E, diga-se também, a Lei nº 8.429/92 (artigo 17, *caput*) previu a legitimidade ministerial para a propositura de ação para a apuração de atos de improbidade administrativa.

Desta forma, não há dúvidas quanto à legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação de improbidade administrativa para reconhecer as condutas improbadas dos réus Fernando Mallon, Gilberto José Muehlbauer, ex-agentes públicos, na época, e Alessandro Buozzi Martins, Samira Helena Abreu Leutprecht e Jean Carlo Leutprecht, particulares que mantiveram relação jurídica com o ente público, os primeiros contribuindo para o enriquecimento ilícito de particular e os particular se beneficiando disso, condutas estas que causaram dano ao erário e violaram os princípios da administração (legalidade diante do desatendimento dos preceitos legais inerentes a licitação convite, sem qualquer pesquisa prévia, efetiva competição de três candidatos aptos em razão da fraude empregada a todo tempo, além da constituição de empresa supostamente laranja, dentre outros); impessoalidade (porque desde o começo tudo foi forjado para contratar a empresa ré Mais Projetos, de propriedade de fato do réu Jean, por sua vez primo do réu Fernando; publicidade (sem qualquer comprovação de ter sido no mínimo aposte em mural e edital) e sem qualquer prova de que todas as supostas empresas foram efetivamente convidadas); eficiência (a análise da necessidade da contratação, bem como o preço justo e razoável, além da efetiva fiscalização dos serviços).

Assim, o réu FERNANDO e o réu GILBERTO respondem pela prática de

1 Resp.506511/MG, Min. Luiz Fux.

ato de improbidade por força do que estabelece a Lei nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa - LIA):

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.

Restou clara na investigação feita nestes autos que, sem qualquer preocupação em gastar o dinheiro público, mas sim em contratar a empresa do primeiro agiram os réus, mediante simulação de licitação na modalidade convite, acarretando o enriquecimento ilícito dos particulares, uma vez que os serviços prestados pela empresa ré poderiam perfeitamente serem desenvolvidos pelos próprios servidores públicos com custo quase que irrisório, bem como poderia ser tentado primeiro obter projetos com ajuda dos servidores de cada ministério.

Por outro lado, de acordo com o art. 3º, do mesmo diploma legal, merece responsabilização pela prática da conduta impropria qualquer pessoa que concorra ou se beneficie do ano improprio, de forma direta ou indireta.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LEGITIMIDADE PASSIVA¹. Os agentes públicos e os particulares envolvidos na prática do ato administrativo maculado pela improbidade, sejam ou não beneficiários diretos, devem figurar no pólo passivo da ação judicial com a finalidade de apurar as responsabilidades para o fim de aplicação das medidas previstas na Lei n. 8.429/92².

Quanto ao prazo para possível responsabilização, denota-se que o agente público envolvido - FERNANDO MALLON - ocupou o cargo de agente político (prefeito municipal) até 31/12/2008. No que tange à prescrição da pretensão punitiva do Estado, reza o art. 23 da Lei nº 8.429/92 que: "As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança".

Emerson Garcia comenta esse dispositivo legal da seguinte forma: "como se constata pela leitura do preceito legal, a disciplina do lapso temporal variará conforme o vínculo com o Poder Público, seja, ou não, temporário. [...] Estabelecidas as premissas, é possível dizer que, tratando-se de vínculo temporário (mandato, cargo em comissão ou função de confiança), a teor do art. 23, I, o lapso prescricional somente começará a fluir a contar de sua dissolução".

Já quanto aos particulares que praticam atos de improbidade administrativa em conjunto com algum agente público, a prescrição ocorrerá no mesmo prazo e será contada da mesma forma que é analisada em relação ao agente improprio, como conseqüência da inexistência de ato de improbidade administrativa praticado somente por particular, sem a participação de qualquer agente público. Nesse sentido é a opinião de

¹ AC 1997.011178-9, de Taubá, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 12/9/2006

Emerson Garcia e Waldo Fazzio Júnior, bem como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Considerando que as sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92 não são passíveis de aplicação unicamente ao agente público, é oportuno analisar a situação dos terceiros que concorram para a prática dos atos de improbidade. Restado demonstrado que o terceiro jamais responderá pelo ato de improbidade de forma isolada, sendo imperativo que para o ilícito tenha concorrido um agente público, constata-se que a qualidade deste, por ser o elemento condicionante da própria tipologia legal, haverá de nortear, do mesmo modo, a identificação do lapso prescricional. Em razão disto, seria despicando e atécnico qualquer dispositivo que viesse a estatuir tratamento específico para o *extraneus*, pois este, por mais grave que seja o ilícito praticado, não estará sujeito ao regramento da Lei nº 8.429/92, se agir de forma isolada, desvinculado de um agente público.

A qualidade de agente público, a um só tempo, além de permitir a subsunção do ato à tipologia legal, haverá de disciplinar a sua perquirição em relação a todos os envolvidos em sua prática. [...] O terceiro, assim, deverão ser aplicados os mesmos lapsos prescricionais relativos ao improprio. Identificado o envolvimento, *verbi gratia*, de dois agentes públicos, sendo um com vínculo temporário e o outro não, deverá ser empregado o lapso prescricional mais amplo, já que o *extraneus* compactuara com o ilícito praticado por ambos.

Wallace Paiva Martins³ compartilha do mesmo ensinamento que:

Com relação aos particulares, que podem ser beneficiários ou partícipes do ato improprio, o entendimento razoável e acertado dispensado ao assunto conclui que "o *diés a quo* do prazo prescricional, aplicável aos servidores públicos e agentes políticos, previsto no art. 23, inciso I, da Lei n. 8.429/92, é extensivo aos particulares que se valeram do ato improprio." porquanto não haveria como ocorrer tal ilícito sem que fosse em concurso com agentes públicos ou na condição de beneficiários de seus atos (STJ, Resp 704.323-RS, 1ª T. Rel. Min. Francisco Falcão, 16/2/2006).

Com relação ao GILBERTO, que deixou o cargo público no próprio ano de 2006, tendo em vista irregularidades já investigadas em outro processo praticadas com verbas do Estado de Santa Catarina recebidas pela Fundação Municipal de Desporto para realizar os jogos abertos nesta cidade, denota-se que aqui, no mínimo, deve ele responder solidariamente na obrigação de ressarcir o erário dos danos causados por sua conduta, conjuntamente com os demais réus, mesmo que não esteja mais sujeito às sanções punitivas dos atos de improbidade administrativa.

O que se pretende, com relação a ele, é obter provimento judicial que determine o ressarcimento ao erário, providência essa imprescritível por expressa previsão constitucional, e não se trata de sanção imposta pela lei de improbidade administrativa, mas de, como já dito, provimento judicial em ação indenizatória pelo ato ilícito danoso causado.

Desta forma, legítmo o Ministério Público Estadual para o ajuizamento de

³ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 384.



ação de improbidade administrativa e visando ao ressarcimento de danos causados ao erário e adequada a via eleita, passa-se ao objetivo e mérito da demanda.

2 - DO OBJETIVO DA DEMANDA

Esta ação tem por objetivo obter provimento jurisdicional para condenar os réus Fernando Mallon, Alessandro Buozzi Martins, Samira Helena Abreu Leutprecht, Jean Carlo Leutprecht e Mais Projetos Assessoria Ltda, nas sanções pela prática de atos de improbidade administrativa, bem como o réu Gilberto José Muehlbauer, por ter de tudo participado, a ressarcir os danos por todos causados ao erário do Município de São Bento do Sul.

Isto porque, os réus FERNANDO e GILBERTO, aproveitando-se dos cargos públicos que ocupavam e visando contratar sem qualquer competição a empresa ré, em razão de pertencer ao réu JEAN, primo do réu FERNANDO, "lançaram" (sem a devida publicidade) os editais de Carta-Convite 11/2006, 08/2007 e 20/2008, para contratação de empresa para prestação de serviços de consultoria e assessoria técnica para orientação na elaboração e acompanhamento de projetos, junto aos órgãos governamentais esportivos, bem como para implantação e desenvolvimento da política municipal de esportes, por meio dos quais, efetivamente lograram êxito em contratar por três anos seguidos (até o fim da gestão), em razão do direcionamento e da fraude empregada, a empresa é Mais Projetos Assessoria, cujos sócios formais eram ALESSANDRO BUOZI, diretor de esportes da FMD de Jaraguá do Sul quando o presidente era o réu JEAN e também assessor da câmara de vereadores quando JEAN foi vereador, e SAMIRA, esposa do réu JEAN CARLO, conduta esta que acarretou enormes danos erário municipal e violou os princípios da administração pública.

3 - DOS FATOS

Na instrução do Inquérito Civil Público n. 06.2013.00001317-3, identificou-se que os réus FERNANDO MALLON e GILBERTO JOSÉ MUEHLBAUER, enquanto agentes públicos, especificadamente prefeito e presidente da fundação municipal de esportes, simularam procedimento licitatório na modalidade de carta-convite, por meio do qual os réus ALEXANDRE BUOZI MARTINS e SAMIRA HELENA ABRU LEUTPRECHT, sócios formais da empresa ré MAIS PROJETOS ASSESSORIA, e JEAN CARLO LEUTPRECHT, real proprietário da empresa ré, marido da ré SAMIRA e primo do réu FERNANDO, enriqueceram ilícitamente, causando lesão ao erário do Município de São Bento do Sul, além de violarem os mais diversos princípios regulamentares do trato com a coisa pública, conforme passa a pormenorizadamente expor:

No ano de 2006, em data a ser melhor apurada no curso da instrução, mas obviamente antes da licitação feita no mês de abril, os réus ALESSANDRO e JEAN CARLO (primo do réu Fernando Mallon) enquanto sócio formal e sócio real, respectivamente, da empresa ré MAIS PROJETOS, estiveram na Fundação Municipal de Desportos de São Bento do Sul para "apresentar" a empresa ao réu GILBERTO, presidente da Fundação à época, oportunidade em que também trataram pessoalmente com o então prefeito e réu FERNANDO MALLON, primo de JEAN.

Aqui, restou claro o prévio ajuste entre os réus JEAN (verdadeiro proprietário da empresa ré MAIS PROJETOS), ALESSANDRO (representante formal da empresa ré), FERNANDO (prefeito na época) e GILBERTO (presidente da FMD na época)



para a contratação futura dos serviços ofertados pela MAIS PROJETOS.

Nos dias que se seguiram, sob o "louvável" pretexto de que os alunos do Município de São Bento do Sul participariam de programas esportivos federais, mais especificadamente o Programa 2º Tempo, do Ministério dos Esportes, coincidentemente cujo ministro era do mesmo partido que o réu JEAN (PCdoB) e por isso tem maior proximidade para solicitações junto ao governo, e utilizando-se da desculpa de que a Fundação Municipal de Desportos não tinha estrutura pessoal para pleitear diretamente os projetos pelo grau de dificuldade, o réu GILBERTO enquanto presidente da citada fundação solicitou a contratação de pessoa jurídica para tanto (fl. 248), claro que já pretendendo a contratação da ré MAIS PROJETOS, tudo já premeditado com o réu FERNANDO.

Teria sido muito mais fácil, econômico e eficiente designar um servidor para isso, ou até mesmo capacitar um servidor nessa área, como o próprio réu e contratado ALESSANDRO informou em seu depoimento que fazia quando contratado pela FMD de Jaraguá, porém, se assim agissem, não seriam beneficiados o réu JEAN e a sua empresa. Ora, como bem dito pela testemunha Silvío, o réu ALESSANDRO passou a receber valor maior que o próprio presidente da FMD e réu GILBERTO, sendo que nunca constou qualquer outra pessoa que trabalhasse naquela empresa, nem mesmo outras atividades que não sejam reuniões e telefonemas.

Na requisição de compra do serviço não consta as atividades exigidas, e pior ainda, quando ouvido, o réu GILBERTO declarou acreditar que a empresa somente receberia verba se conseguisse algum programa para a fundação de esportes.

Dando cumprimento à empreitada já planejada, no dia 13/04/2006 foi "lançado" (porque o esboço teria inclusive sido fornecido pelos réus JEAN e ALESSANDRO - documento de fl.271/272) o edital de licitação - convite n. 11/2006, para contratação de empresa para prestação de serviços de consultoria e assessoria técnica para orientação na elaboração e acompanhamento de projetos, junto aos órgãos governamentais esportivos (percebendo-se que o objeto da contratação é idêntico ao edital "fornecido" pelo réus - fls.252 e 271), cuja habilitação de empresas deveria ser feita até às 9h45 do dia 28/04/2006.

A "licitação", embora tenha sido na modalidade carta-convite, não teve qualquer publicidade necessária do ato convocatório, inexistindo comprovação de afixação do edital em local de costume da Prefeitura Municipal ou na FMD como exigido pela lei, nem sequer, em substituição e primando pela ampla concorrência, na imprensa local ou diário oficial. Não se trata de mero esquecimento, mas de evidente premeditação, justamente todos sabiam da necessidade de se dar publicidade, tanto o é que, consoante cópias anexas, o extrato do contrato já firmado foi publicado sim. Assim, percebe-se que o que se pretendia evitar era a concorrência na licitação, e por isso excluiu-se a publicidade anterior, que conferiria a chance de outros até mesmo não convidados participarem.

Seguiram-se diversas ilegalidades praticadas pelos réus, e de largada se visualiza um modelo do edital que foi fornecido pelos réus JEAN e ALESSANDRO, porque todos os campos foram deixados para preenchimento, porém, no local de entrega dos envelopes ainda consta a fundação municipal de esporte de Jaraguá do Sul (fls. 271/274), justamente local aonde os réus JEAN e ALESSANDRO trabalharam e atualmente trabalham como presidente e diretor. Ora, o objeto do modelo de edital encontrado na FMD de São Bento, com o endereço da FMD de Jaraguá para entrega de envelopes, é igual aquele que efetivamente tornou-se o edital, no campo objeto a ser licitado.

Buscando dar a aparência de "legalidade" no certame, supostamente no dia 20/04/2006 foram remetidos convites para participação na licitação às empresas Projeta



Planejamento e Marketing, P2 Esporte Projeto e Marketing Ltda. e para a empresa ré Mais Projetos Assessoria Ltda, mesmo que inexistisse prova de que qualquer uma delas estivesse previamente cadastradas neste Município, nem mesmo que houve pesquisa para descobrir fornecedores do objeto no mercado, na verdade porque nunca tinham participado antes de qualquer licitação aqui, e pior ainda, a empresa Mais Projeto tinha recém sido fundada (fevereiro/março de 2006), conforme fls. 265/269, o que demonstra que, caso não fosse a intenção de direcionar, nunca saberiam que existiria empresa constituída dois meses antes.

Mesmo que o réu Gilberto alegue que já conhecia o trabalho da empresa ré MAIS PROJETOS, que foi desenvolvido em Jaraguá do Sul, trata-se de total mentira, porque, como informou o réu Alessandro, este último realizava essas funções de elaborar e executar projetos junto ao governo federal, enquanto servidor comissionado na Fundação de Esportes de Jaraguá, e não em razão da empresa que criou. A empresa foi criada para ganhar dinheiro na contratação com o nosso Município, porque poderia ter tido simplesmente um compartilhamento de informações entre fundações, e Alessandro instruiu e ajudado os servidores de São Bento do Sul a obter tais verbas. Mais ainda, poderia sim se prevalecer o réu Fernando do parentesco com o réu Jean, para solicitar modelo de projeto a ser feito, ajuda em si, sem qualquer contraprestação financeira indevida.

Embora conste cópia de suposto edital encaminhado para todas as empresas, percebe-se mera anotação de "sedex" feita a lápis, e somente há nos autos do procedimento licitatório a comprovação da entrega do convite à empresa ré (fl. 183, parte superior), coincidentemente a única participante efetiva da "licitação" que já estava direcionada à sua contratação. Inexiste qualquer prova de que as outras empresas receberam o convite, e essa prova não pode ser suprida pela suposta apresentação de propostas, porque foram protocoladas pelo réu ALESSANDRO pessoalmente, e todos os documentos apresentados relacionados a tais participantes podem ser obtidos via Internet ou por terceiros, sem qualquer caráter sigiloso. Afinal, como será dito futuramente, quem remete alguma proposta do objeto da licitação de outra cidade e sequer manda junto meras certidões negativas de débito?

Na data de habilitação das empresas e julgamento das propostas, foram protocolados pessoalmente envelopes de habilitação "das empresas" Mais Projetos, P2 e Projeto, respectivamente as 8h46min, 8h47min e 9h06min. No entanto, como combinado, somente se fez presente à solenidade o representante da empresa Mais Projetos e réu ALESSANDRO, o que indicaria que as demais empresas teriam enviados seus envelopes por meio dos Correios. Se concluiria isso porque ficariam as participantes na sede da prefeitura por mais alguns minutos além da hora do protocolo até abertura dos envelopes (no máximo em uma hora), e mais ainda, porque eram empresas sediadas na capital do Estado e não viriam para esta cidade somente para protocolarem pessoalmente e irem embora, com a solenidade de abertura dos documentos e das propostas minutos após.

Contudo, da análise dos documentos constantes do procedimento licitatório 11/2006, denota-se inexistir nos envelopes de fls. 306 e 315 qualquer carimbo ou inscrição de que tivessem sido remetidos pelos Correios, assim como também não o consta no envelope da empresa ré MAIS PROJETOS, demonstrando que todos foram protocolados pessoalmente, minutos antes da sessão de abertura. Além do mais, insta destacar que se os envelopes tivessem sido encaminhados pelo correio, o horário de protocolo não seria tão próximo um do outro, sequencialmente, mas sim aleatoriamente e também nos dias anteriores respectivos àquela data nos quais os envelopes teriam aportado na sede da Prefeitura Municipal. Não seria possível todos os envelopes justamente chegarem ao

protocolo da prefeitura, advindos da entrega dos correios, naqueles minutos que antecederam o início dos trabalhos da comissão - últimos minutos de prazo, ainda porque sempre chegam dias antes, pela cautela de quem participa da licitação, e ainda como dito pelo diretor do setor de compras em seu depoimento nesta Promotoria: o correio não chega tão cedo diariamente à prefeitura municipal, sempre chegando as correspondências pouco antes do meio dia.

Do explanado, recordando-se que não há comprovação da entrega de convites a essas duas empresas P2 e Projeto - sem qualquer aviso de recebimento que confirmasse a remessa e recebimento, nem mesmo a consequente participação das empresas no certame -, emerge claro que os envelopes foram confeccionados e protocolados pela mesma pessoa, e assim sendo a única pessoa presente no dia - o réu ALESSANDRO -, envelopes estes que, propositadamente, não continham toda a documentação necessária das duas empresas "participantes" para que perderem a "competição" diferentemente do envelope protocolado pela ré Mais Projetos Assessoria, também pessoalmente, que continha os documentos devidos, que na verdade eram os mais básicos de uma seleção.

Em decorrência disso, conforme documento de fls. 325, as demais empresas que não a ré MAIS PROJETOS foram consideradas inabilitadas, por terem ambas deixado de apresentar as certidões negativas de débito com o INSS e FGTS. Todavia, empresas que pretendem participar de licitações, ou resolvem suas pendências fiscais e tributárias antes do certame, ou sequer participam de licitações. Quando ainda participam e possuem problemas, apresentam certidões com efeitos de negativas ou ajuizaram já ações judiciais para questionar tal questão.

Nunca se viu "competidor" cometer erro tão amador, porque sequer se questiona participar de uma licitação sem os documentos mais básicos. Seria o mesmo que candidato se inscrever em concurso público de médico sem possuir diploma de medicina.

Os envelopes foram confeccionados e protocolados pela mesma pessoa, que não queria que as duas empresas fossem habilitadas, e para evitar qualquer alegação em sentido contrário, denota-se que a integralidade das certidões que eram necessárias à habilitação das duas empresas no convite n. 11/2006 poderia ser obtida pela via eletrônica, mediante acesso aos respectivos sítios da rede mundial de computadores, e ainda por requerimento perante aos entes municipais respectivos, bem como a cópia dos contratos sociais das empresas, ante o caráter público de seu acervo, pode ser obtida por solicitação e pagamento perante a Junta Comercial do Estado de Santa Catarina (JUCESC). Se demonstra, com isso, a facilidade de obter tais documentos, fato que, somando aos poucos documentos exigidos pelo edital, conduz à conclusão de que tudo se tratou de fraude premeditada.

Vindo ao encontro do acima afirmado, verifica-se do termo de declaração de Clarissa Isser, representante da suposta empresa participante Projeto (fls. 918), que ela não se recorda da sua empresa ter participado de qualquer licitação no município de São Bento do Sul, afirmando que conhece a documentação necessária à habilitação de empresas em quaisquer licitações. Veja-se que ainda Clarissa supostamente teria assinado o documento de fl.295, mas sem qualquer carimbo da empresa, mas consta ali a ressalva de que as certidões estariam disponíveis no sistema SICAF, mas sequer isso foi abordado pela comissão de licitação quando da abertura dos envelopes, ou seja, a comissão simplesmente "inabilitou", não justificando porque não acessou o SICAF e obteve os documentos necessários. Se a empresa tivesse interesse em participar da licitação, teria acompanhado a sessão e interposto recurso, mas sequer sabia que seus documentos estavam sendo usados para isso pelos réus.



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por LETICIA GREIN WELTER, liberado nos autos em 11/09/2019 às 23:16. Para conferir o original, acesse o site https://esaj.jfsc.jus.br/prastidigital/pg/abrConferenciaDocumento.do, informe o processo 0007220-75.2013.8.24.0058 e código 16C49538.

Assim, sob o simulacro de procedimento licitatório na modalidade convite, em que as demais concorrentes teriam sido efetivamente convidadas e posteriormente inabilitadas, a empresa ré MAIS PROJETOS ASSESSORIA foi contratada pelo valor de R\$ 62.000,00 (próximo ao limite legal para a modalidade) para o período de 04/05/2006 a 31/12/2006, ou seja, aproximadamente R\$ 7.750,00 mensais (fls. 244/247) para, pelo que se constatou, tão-somente desenvolver atividades para possivelmente obter do governo federal o projeto do Programa 2º Tempo no Município, porque o objeto do contrato não demonstra as atividades que seriam feitas, resumindo-se a reuniões e telefonemas.

Nessa senda, desde já também ficou claro que a pretensão dos réus era estender a contratação da empresa ré por todo o período em que eles estavam no comando da administração municipal, ou seja, até o ano de 2008. Mesmo assim, sem qualquer orçamento prévio para verificar a razoabilidade do objeto do contrato, nem mesmo pesquisa de mercado, colocaram um valor aleatório como preço para a licitação de modo que possibilitasse a adoção da modalidade de convite, ou seja, inferior a R\$ 80.000,00, nos moldes determinados da Lei nº 8.666/93. Isso se apurou nos anos seguintes (2007 e 2008), deixando claro que esse valor era escolhido para propiciar a licitação via convite, e êxito ilegal da empresa ré.

Ora, se os réus FERNANDO e GILBERTO quisessem realmente uma ampla e pública competição entre interessados, e obter os melhores preços e primando pela economia, primeiro pesquisaríamos os preços dos custos de serviços semelhantes no mercado para formar o preço da licitação e então escolher a modalidade correta, e segundo, já planejaríamos a aquisição desses serviços pelo prazo de três anos (2006, 2007 e 2008), pois sabíamos que, como não capacitaríamos qualquer servidor, precisaríamos sempre dos serviços da empresa ré para inclusive depois prestar contas do projeto. Porém, aí que reside ponto fulcral dos fatos, se eles efetivamente primassem pela economia e buscassem a eficiência da administração pública, sabendo que a contratação perduraria por três anos, desde o começo procurariam a modalidade de licitação mais adequada: concorrência ou tomada de preços, pelo valor total das contratações feitas.

Constatou-se também, infelizmente, além da fraude praticada, o fracionamento ilegal do objeto, tudo para propiciar o que a lei veda expressamente: o emprego de modalidade mais simples quando o valor não fracionado exige a modalidade mais complexa.

Ocorre que, todo o planejamento sempre buscou a contratação somente da ré MAIS PROJETOS, e por isso inexistiu qualquer publicidade prévia, os "participantes" foram escolhidos pelos réus JEAN e ALESSANDRO, alguns porque já teriam contratados com o Município de Jaraguá do Sul, e outros sequer receberiam o convite, tanto é verdade que consta dos autos uma relação das empresas a serem convidadas, supostamente encontrada na FMD, mas que ninguém sabe de onde foi obtida, nem sequer houve pesquisa por servidores sobre eventuais prestadores desse serviço, ficando claro que os dados foram trazidos pelos réus JEAN e ALESSANDRO, juntamente com o "esboço" do edital.

Ora, analisando o termo de declaração de Cean Fermino de fl.822, bem como de Clarissa de fl.918, fica clarividente que a empresa *Projeta* participou de licitação em Jaraguá do Sul, e foi aí então que os réus ALESSANDRO e JEAN obtiveram os dados e documentos da empresa, e escolheram-na como participante fictícia. Além disso, Milton, proprietário da empresa RODRIX (fl.811), relatou que conhece e tem contato com o réu ALESSANDRO. Aí já se percebe que as convidadas MODARE, RODRIX e PROJETA o foram por sugestão do réu ALESSANDRO, que já os conhecia, ou detinha seus documentos,

ou ainda já sabia que foram elas contratadas em Jaraguá do Sul.

Não bastasse isto, a prática se repetiu basicamente nos mesmos moldes no ano seguinte (2007), com a licitação convite n. 08/2007 (fl. 164 e segs) por meio da qual a empresa ré MAIS PROJETOS ASSESSORIA restou contratada para o período de 16/03/2007 a 31/12/2007, pelo valor de R\$ 77.500,00 (mais uma vez em preço que possibilitasse o uso do convite). Nessa nova conduta fraudulenta, denota-se dos documentos de fls. 183 (in fine) e 186, que os convites foram supostamente (porque possuem aviso de recebimento) entregues à empresa ré MAIS PROJETOS, bem como à empresa *Projeta* (que já tinha sido no ano anterior inabilitada, e assim nem deveria ser convidada novamente, e ainda cuja proprietária disse que nunca participou de licitação nesta cidade), não havendo comprovação quanto à entrega do convite à *P2 Esporte Projetos e Marketing* (que tinha no ano anterior sido também desabilitada, não devendo sequer ser convidada, mas sim pesquisar novos interessados), e por fim a empresa chamada Modare (que coincidentemente nunca participou de licitação aqui - fl.822 e só fornece equipamentos para planejamento estratégico). Se não fosse toda a premeditação para beneficiar a ré MAIS PROJETOS, poder-se-ia questionar o motivo para serem mandados convites para empresas que não conseguiram sequer se habilitar anteriormente, e até mesmo para empresas com objeto diferente do licitado (Modare), porém, como se apurou os fatos praticados, isso seria diferente do licitado (Modare).

Diversas empresas recebem cartas convites para licitação, mas quando o objeto licitado não corresponde à atividade do receptor, bem como quando não têm interesse, elas simplesmente não participam da competição, não remetendo os documentos devidos. É contraditório a apresentação de documentos de habilitação com proposta, sendo que os mais fundamentais documentos de habilitação sequer são enviados, ou são mandados vencidos/expirados.

Em 2007, os fatos se repetiram, uma vez que a empresa *Projeta* teria sido considerada inabilitada, desta vez, por ter apresentado certidão negativa vencida (FGTS, fl. 220), mais um erro crasso que participantes em licitação não cometem, e quando o cometem discutem tudo em recurso administrativo e nas vias judiciais, e a proposta apresentada pela empresa P2 foi mais alta, quando então sagrou-se "vencedora" a empresa ré MAIS PROJETOS. Tancha é a irregularidade, que na ata de fl.236, consta que somente foram habilitadas as empresas MAIS PROJETOS ASSESSORIA LTDA e MAIS PROJETOS ASSESSORIA LTDA, e desclassificada a empresa PROJETA. É a empresa P2, que fim levou? Seus documentos constam de fls.193/214, com envelope protocolado às fls.205, e sequer é mencionada ou analisada? Obviamente que inexistiria qualquer reclamação ou impugnação, porque a empresa P2 sequer estava lá, e sequer tinha interesse em vencer o certame, tratando-se de mera figurante.

Saliente-se que nos documentos integrantes do processo licitatório inexiste prova de que a empresa P2 recebeu cópia do edital, pois somente das outras duas empresas constam cópias de avisos de recebimento assinados - fl. 188. Igualmente, não houve a publicidade necessária, sem prova de anexação em mural ou publicação em diário do município ou jornal da região. A empresa Modare sequer deve ter sido convidada, porque não consta prova disso nos autos da licitação.

Contudo, mais uma vez, importante salientar que os protocolos foram feitos com o mesmo *modus operandi*, minutos antes da abertura das propostas, mais especificadamente às 8h35min (P2), 8h36min (ré Mais Projetos), e 8h35min (Projeta), pessoalmente. Ocorre que, coincidentemente, minutos depois, mais uma vez somente o réu ALESSANDRO esteve presente na sessão, demonstrando que ele que protocolou os

envolpes das demais participantes, igualmente ao ano anterior. A tudo isso soma-se o depoimento da proprietária da empresa Projeta, e a costumeira desclassificação das "concorrentes" da ré MAIS PROJETOS, por inabilitação, e o esquecimento da participação da P2, já mencionado.

Como era de se esperar, em 2008 foi praticada a mesma fraude, direcionando toda a licitação convite 20/2008 para a empresa ré MAIS PROJETOS.

Para a habilitação enquanto concorrentes ao certame n. 20/2008, foram expedidos convites às empresas convidadas nos anos 2006 e 2007 (P2 Projetos e Marketing, Projeta e Mais Projetos), e, além destas, à empresa Rodrix (fls. 115/118), cuja comprovação do recebimento do convite por parte desta inexistiu nos autos, como já aconteceu nas licitações anteriores, bem como o documento de fl.122 dá conta que exerce a atividade de comércio atacadista de outros equipamentos e artigos de uso pessoal e doméstico, e de produtos alimentícios. Resumo: convidaram-se empresas que costumam não apresentar todos os documentos ou apresentar certidões vencidas, e até mesmo a P2 que no ano anterior foi ignorada na licitação.

Havendo idêntica prática em relação aos envelopes de habilitação e proposta, "supostamente" as empresas MAIS PROJETOS, Rodrix (sem ter prova do aviso de ter recebido o edital), e possuir ramo de atividade completamente diverso do licitado) e P2 Esportes teriam se habilitado, no entanto, desta vez, a empresa P2 teria apresentado certidão negativa vencida (INSS, fl. 131, vencida 2 dias antes do julgamento das propostas), tendo por tal razão sido inabilitada. Ora, toda "competição" alguma empresa ou não apresenta certidão simples, ou apresenta a certidão vencida, possivelmente cópia daquela já usada anos antes, demonstrando que não se tratava de um certame dotado de lisura.

Assim, como já se esperava, tendo a empresa ré MAIS PROJETOS supostamente apresentado proposta mais vantajosa ao ente municipal, foi considerada vencedora do certame para execução do contrato pelo período de 13/03/2008 a 31/12/2008 pelo valor de R\$ 77.500,00, aproximadamente R\$ 7.750,00 mensais. Ressalva-se, mais uma vez, o valor contratado próximo ao limite legalmente previsto para a modalidade convite, e mais ainda, somando-se os dois anos anteriores, seria obrigatória a realização de outra modalidade de licitação – tomada de preços ou concorrência.

Cabe acerca do certame ocorrido no ano de 2008 relatar que, conforme se extrai dos termos de declarações de fls. 809/811, o representante da empresa Rodrix informou que somente em uma oportunidade participou de uma licitação do município de São Bento do Sul, tendo sido há mais de 10 anos, deixando claro que foi usado o nome dessa empresa, assim como o foi da empresa Projeta, somente para encaminhar cópia do edital, forjar proposta falsa, com documentos cuja obtenção é fácil e pública, mas deixando faltar dentro da habilitação algum documento fundamental propositalmente, ou fazer um lance maior que o da ré MAIS PROJETOS, criando falsa impressão de competição. Não se pode comprovar o conluio das demais empresas com os réus JEAN e ALESSANDRO, e assim com a empresa ré MAIS PROJETOS, e por isso não constam como réus, porém, mesmo apresentando muitas vezes documentos assinados, os responsáveis confirmam não terem participado de licitação aqui.

Desta forma, como se vê, os réus tudo fizeram para dar aspecto de legalidade à contratação da empresa MAIS PROJETOS ACESSORIA, simulando envio de convites, entrega e protocolo de documentos, inabilitações por certidões vencidas ou não apresentação das certidões, entre outros, sendo que tudo ficou esclarecido nos autos, pois já

compareceram na prefeitura tempos antes, e combinaram a contratação da ré MAIS PROJETOS, de modo que somente forjaram uma competição.

Não bastasse tudo isto, chegou-se ao cúmulo de sequer existir prestação de contas da empresa perante o Município de São Bento do Sul, e isto se diga porque, conforme deixam claros os documentos de fls. 444/586, todos os pagamentos à empresa MAIS PROJETO foram feitos mediante mera apresentação de nota fiscal, sem qualquer fiscalização ou acompanhamento. Em documentação requisitada pelo Ministério Público, constam algumas relações/tabelas, de supostas atividades feitas pelo réu ALESSANDRO, maioria telefonemas e reuniões, porém, nada efetivamente fiscalizado pelos encarregados da FMD. Foram questionados o réu GILBERTO, bem como servidoras Giseli, Claudia, Caroline, o diretor Marcos, o ex-presidente Osmar, ninguém sabendo esclarecer o que efetivamente ALESSANDRO fazia no cumprimento do contrato, mesmo que por isso recebesse mais de sete mil por mês, somente informando que "trouxo o programa segundo tempo, uma parceria com o Sesi e dinheiro para o time de handebol".

Embora os réus agentes públicos ressaltem a importância da contratação, porque foi trazido o projeto segundo tempo, além de cerca de R\$ 130.000,00 para a equipe de handebol, e a parceria com o SESI, denota-se que foram gastos cerca de R\$ 217.000,00, sem comprovar a necessidade, bem como que servidores do município não detinham competência para tanto. Ora, o diretor Marcos, ainda ressalta que atualmente são os servidores públicos que realizam tais funções, caso seja necessário ajudar alguma associação esportiva. Também o réu ALESSANDRO informou ter trabalhado em cargo de confiança na FMD de Jaraguá, aonde obteve experiência nesses projetos, mas os réus agentes públicos desta cidade, ao invés de buscar um meio eficiente e econômico – instrução e aprimoramento de servidor, busca de ajuda no ministério dos esportes -, preferiram agir sem se preocupar com o dinheiro público e simplesmente contratar os réus JEAN, ALESSANDRO, SAMIRA e MAIS PROJETOS, fazendo com que eles enriquecessem lícitamente, mediante a simples instituição de uma empresa criada dois meses antes só para isso, justamente comandada pelo réu JEAN, primo do réu FERNANDO, então prefeito municipal. Demonstrada a premeditação, pela visita feita por JEAN e ALESSANDRO aos réus GILBERTO e FERNANDO, além do evidente parentesco que tentaram esconder, mas que ficou evidente pelas provas produzidas.

Importa destacar que a prática acima descrita de irregularidade em contratações municipais apurou-se não só nestes autos, mas também em outros que dão origem a ações de improbidade contra o ex-prefeito e réu Fernando Mallon, e alguns integrantes do seu governo, porque na sua gestão junto ao município rasgou por diversas vezes as exigências legais para contratações, e assim, sempre sob o pretexto de ser um bom projeto em benefício da população, nas mais diversas áreas, acabava ele direcionando as contratações diretas ou por licitação fraudada para simpatizantes políticos, pessoas com grau de parentesco, amigos, dentre outros, dessa forma impossibilitando a lícita e correta competição ampla e pública.

Não basta a iniciativa ser boa para o município, devem sim serem respeitados os princípios regentes da administração pública, de modo que, com o direcionamento das contratações, algumas com fraude que possibilitasse a contratação direta de simpatizantes políticos (Nova Assessoria Pedagógica de Rio Negrinho e COOEPF); outras como a presente com fraude à licitação e/ou em favor de pessoas com afinidade política e parentesco; outras com prerrogativas abusivas de contratos, bem como aquisição de material inservível e sem benefício à população, em total descaso com o dinheiro público (Telens Publicidade); e ainda

casos em evidente desvio de finalidade na elevação/transfomação de cargos dentro da educação municipal para obter simpatia de eleitores professores beneficiados para lançar a secretária de educação como candidata a vereadora no ano de 2008, em burla ao concurso público; e por fim, para piorar, a "criação" de uma situação inexistente na área da saúde - estado de emergência em razão do abandono dos serviços pelo hospital local -, para contratar diretamente uma empresa para prestar serviços de urgência e emergência que sequer poderia contratar com o poder público, chegando a forjar contratos com médicos e demais profissionais, sem se saber até hoje o quanto foi gasto dos cofres são-bentenses.

Enfim, os fins não podem justificar os meios, quando estes últimos são direcionados para favorecer simpatizantes políticos, parentes e até mesmo impedir que outras empresas contratassem com a prefeitura local. A simulação licitatória mencionada violou todas as regras de direito público de obrigatoria observância como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, isso sem contar aqueles inerentes às contratações públicas, buscando sempre a competição e isonomia entre todos os particulares.

Observa-se, pela notícia obtida em sítio eletrônico nesta data, advinda do jornal correto do povo de Jaraguá do Sul, observa-se que os réus tentaram agir com o mesmo *modus operandi*, mas lá não obtiveram sucesso porque o partido de oposição estava no governo. Lá, o réu ALESSANDRO enquanto comissionado, e o réu JEAN enquanto presidente da FMD, obtiveram diretamente pela FMD do Ministério dos Esportes o programa segundo tempo. Ao saírem da administração, sendo que o réu JEAN elegeu-se vereador e o réu ALESSANDRO foi nomeado a cargo comissionado na câmara de vereadores, tentaram se beneficiar ilícitamente novamente, propondo que fosse feita a mesma fraude que foi feita aqui, mas agora em Jaraguá do Sul. Também foram na FMD conversar, com o modelo de edital pronto, oferecendo os serviços da ré MAIS PROJETOS, porém, o presidente era da oposição ao PCdoB, e por isso não foi feita a fraude.

Como a testemunha Silvio (ex-presidente da FMD) relatou, a capacitação de servidor seria mais eficiente e menos custosa, além de que, quando se interessaram pelo projeto, o Ministério dos Esportes chegou a indicar uma servidora para auxiliar na elaboração do projeto, não apresentando qualquer dificuldade como dito pelos réus.

No presente caso, como se vê, todo um certame licitatório foi simulado para que a empresa na verdade comandada pelo réu JEAN, mas de fachada e formalmente colocada em nome do seu braço direito o réu ALESSANDRO BUOZIMARTINS, e da esposa do primeiro e ré SAMIRA, fosse contratada para desenvolver serviço que poderia ter sido feito pelos próprios servidores municipais, como o foi na administração seguinte de 2009/2012 e hoje ainda é, mesmo com a administração do PMDB novamente. Outrossim, tentaram tal contratação em Jaraguá do Sul, e aqui, somente o fizeram, porque o réu JEAN era primo do réu FERNANDO, na época em que este último era prefeito municipal.

No que tange ao dano ao erário, tem-se que por 3 (três) vezes consecutivas, os réus FERNANDO e GILBERTO realizaram contratação irregular e direcionada ao enriquecimento ilícito dos réus ALESSANDRO, JEAN CARLO, SAMIRA e MAIS PROJETOS ASSESSORIA os quais somados perfazem o montante de R\$ 217.250,00 (duzentos e dezessete mil e duzentos e cinquenta reais) sem atualização, causando dano ao erário nesse montante, bem como violando os princípios da legalidade - quando acabaram quebrando diversos mandamentos legais, como se verá -, da impessoalidade - agindo motivados em favorecer os réus ALESSANDRO, MAIS PROJETOS, JEAN e SAMIRA -, da moralidade porque agiram por motivos políticos e pessoais, ao invés de buscarem o interesse público -

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por LETICIA GREIN WELTER, liberado nos autos em 11/09/2019 às 23:16. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/pg/abrConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0007220-75-2013-8-24-0058 e código 16C49538.

da publicidade - porque o "certame" acabou sempre restringindo os participantes, sem prova de que todos sabiam que estavam participando ou mais ainda que tinham interesse em participar -, e da eficiência - porque usaram de um pretexto de conseguirem bons projetos para esbanjarem dinheiro público, sem contar os peculiares às licitações públicas.

4 - MÉRITO - DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSARAM DANO AO ERÁRIO E VIOLARAM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição da República trouxe a exigência de que a Administração de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "obedeça aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (art. 37). Com isso, estende-se esse comando legal a todos os seus servidores públicos, integrados as entidades públicas por qualquer forma de provimento, e aos agentes públicos em sentido amplo. Caso qualquer um dos princípios seja dotosamente violado, o agente público incorre em ato de improbidade administrativa, com as sanções previstas no § 4º, do art. 37 da Constituição Federal.

Visando a dar aplicabilidade a esse preceito esculpido no art. 37, § 4º, da Magna Carta, o legislador ordinário editou, em 02-6-92, a Lei nº 8.429, 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", sanções específicas aos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), que causam prejuízo ao erário (art. 10) e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

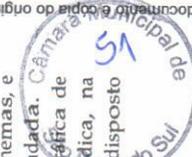
O artigo 10 da citada lei prevê que é improbidade "qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 10 desta Lei", e em seguida apresenta outras hipóteses de condutas improbadas que causam prejuízo ao erário, em rol exemplificativo, destacando-se em seus incisos os atos de fraudar e frustrar a licitude da licitação.

Desta forma, e da análise de todo o exposto na narrativa fática, vê-se que os réus Fernando e Gilberto foram fundamentais frustração do caráter lícito da licitação, uma vez que desejaram sim a contratação da empresa ré, por razões pessoais do primeiro, e por isso agiram de forma premeditada a fraudar o certame, desde a redação do edital (cópia do objeto de outro em Jaraguá do Sul), até na "escolha" das participantes (feitas pelos réus Alessandro e Jean), e também na ausência da devida publicidade, na escolha da modalidade convite, sendo que tudo que foi praticado no decorrer da competição foi consequência dos atos já acordados em lesar o erário pela contratação posterior fraudulenta.

O que se sabe é que houve, por parte dos réus SAMIRA, JEAN, ALESSANDRO e MAIS PROJETOS, o recebimento do município de São Bento do Sul, de valores na época que alcançam a quantia de R\$ 217.250,00 (duzentos e dezessete mil e duzentos e cinquenta reais), para obtenção de projetos que poderiam ter sido feitos por servidores públicos, sendo a atividade contratada a realização de reuniões e telefonemas, e poderia até mesmo ser menos custoso ao erário, se a competição não tivesse sido fraudada.

Embora dos documentos constantes nos autos já deixem clara a prática de ato de improbidade administrativa pelos réus, faz-se uma pequena menção jurídica, na esfera da moralidade administrativa, quanto à conduta dos réus, que violaram o disposto

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por LETICIA GREIN WELTER, liberado nos autos em 11/09/2019 às 23:16. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/pg/abrConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0007220-75-2013-8-24-0058 e código 16C49538.



nos artigos 10 e 11 da LIA.

4.1 – DANO AO ERÁRIO

Nas palavras de Fazzio Junior: “o que se reprova no art. 10 não é a conduta *lega, ainda que prejudicial aos cofres públicos. Não se pretende punir a partir do resultado, mas dos meios que o produziram. De sorte que, só se atreva reprovar o prejuízo administrativo, quando gerado por ilegalidade, ou seja, quando o agente público livre e conscientemente rompe com a lei; quando concebe e admite o resultado danoso ao erário ou pelo menos negligência na adoção dos meios legais para evitá-lo”* 4.

Ainda tecendo preciosas lições: “também são improbos o relaxado e o desidioso. Não tanto quanto os que laboram nos domínios da má-fé, mas tão prejudiciais quanto. Deixar as portas abertas e abrir as portas, nessa área, proporcionam os mesmos resultados nocivos” (ob. cit. p. 204). Aqui, se percebeu dano ao erário e evidente dilapidação, consistente em consumição, esbajamento, pela contratação superfaturada e desnecessária.

O artigo 10 dispõe 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, e, notadamente: I... VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; XII – permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilícitamente”.

Na verdade, três pontos chaves da licitação foram frustrados: a publicidade, como garantia de lisura; a forma competitiva, como meio de atrair o maior número de interessados; e a igualdade, significando iguais condições para todos os concorrentes e escolha do que oferecer melhores vantagens à administração.

Frustrar significa iludir, fazer falhar, tornar inútil e malograr. Especificamente relacionado à licitação, frustrar compreende qualquer conduta de agente público e/ou competidor, individual ou plural, destinada a desvirtuar a competição pública pré-contratual, transformando o certame de seleção de eventuais contratantes com o Poder Público em ocasião para favorecimentos, fraudes e toda espécie de expedientes ilícitos tendentes a prestigiar interesses particulares ao invés do interesse público (Fazzio, ob. cit. p. 261).

O rol de esquemas fraudatórios é interminável, sendo relatados pelo doutrinador Waldo Fazzio Junior alguns deles, exemplificativamente podendo se empregar a relação trazida pelo art. 89, da Lei n. 8666/83.

No presente caso, a ação de contratar a empresa ré, e para isso usar licitação na modalidade carta-convite de fácil fraude, conduziu ao pagamento indevido dos serviços prestados, que sequer precisariam ter sido contratados, e se o fossem deveria ter havido efetiva competição, nem mesmo se apurando se o preço era razoável no mercado, e as contas foram devidamente prestadas.

Inúmeras foram as irregularidades, a começar pela modalidade licitatória escolhida, porque facilita a prática de fraude, tanto o é que as empresas, salvo a ré, sequer confirmaram terem participado, ao contrário. Além disso, o fracionamento da compra foi ilegal, feito somente para culminar na realização da carta convite, bem como nunca existiram competidores habilitados – três propostas – nem mesmo competidores. A publicidade sequer foi feita com a colocação do edital no mural, pelo contrário, nada se comprova no péssimo

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa. Doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 203.



Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por LETICIA GREIN WELTER, liberado nos autos em 11/09/2019 às 23:16. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.jfsc.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0007220-75.2013.8.24.0058 e código 16C49538.

procedimento administrativo instaurado, sem certidões, documentos, provas, nada.

Quantas empresas prestam tais serviços no Estado? Não se sabe, somente tem-se a relação de figurantes da licitação apresentada pelos réus da empresa MAIS PROJETOS. Qual o preço de mercado para tais serviços? Não se sabe, porque o próprio réu ALESSANDRO relatou que na FMD de Jaraguá do Sul, aonde trabalhava em cargo em comissão – diretor – em razão da confiança detida pelo réu JEAN – presidente, fazia o mesmo serviço – projetos governamentais – diretamente dentro da fundação. Ocorre que, como não seria contratado em São Bento do Sul, e queria obter contrato e dinheiro, criaram uma empresa em fevereiro, para já contratar com este município em abril.

Como bem consta em cartilha de combate à corrupção: “uma das primeiras e mais comuns providências [corruptas] é a criação de empresas, ou de empresas-fantasma se passará a fornecer para a prefeitura”, e então, na investigação posterior, “para descobrir se alguma firma foi constituída com esse intuito, deve-se fazer uma pesquisa na Junta Comercial, levantando os protocolos e as datas de criação dessas empresas”. Neste caso, restou clara a constituição da empresa para a presente licitação, sequer possuindo estrutura e sede, sendo seus serviços capazes de serem prestados por servidores públicos, porque consistentes em atividades burocráticas, projetos, reuniões e telefonemas, não alterando nada a política de esportes municipal.

Quanto à licitações dirigidas, continua na cartilha alertando que: “um dos mecanismos mais comuns para se desenvolverem ‘jargões’ acertados durante a campanha eleitoral, bem como de canalizar recursos públicos para os bolsos dos cúmplices, é o direcionamento de licitações públicas. Devido ao valor relativamente baixo das licitações que se realizam nas prefeituras de porte pequeno, a modalidade mais comum de licitação é a carta-convite. O administrador mal intencionado dirige essas licitações a fornecedores ‘amigos’, por meio da especificação de condições impeditivas da livre concorrência”.

Além disso, usaram o nome de outras empresas para dar aparência de lisura à licitação. Tal conduta é praxe intencionalmente na prática dos ilícitos fraudatórios de licitação, tanto que, de acordo com estudo realizado pela Transparência Brasil: “se na lista de participantes de licitações aparecem os nomes de firmas idôneas ou conhecidas, é essencial que, por meio de um contato direto, se confirme a sua participação no processo. Isso porque alguns empresários se surpreendem ao serem informados de que haviam tomado parte em concorrências sobre as quais não tinham conhecimento. Suas empresas foram incluídas pelos fraudadores, que, para isso, empregaram documentos falsificados. Essa operação de inserir empresas com boa reputação tem o objetivo de ‘branquear’ o processo licitatório” (O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil, Antoninho Marmo Trevisan e outros. <http://www.transparencia.org.br/docs/Cartilha.html>).

Foi exatamente o que o Ministério Público fez, foi atrás das demais empresas “participantes”, sendo que nenhuma delas, com exceção da ré MAIS PROJETOS, sabia do que se tratou efetivamente as licitações (objeto, condições, época), afirmando que não participaram, ou até mesmo possuem ramo de atividade da assessoria esportiva. Além disso, o parquet seguiu os passos apontados para identificar a corrupção: conseguiu os atos constitutivos das empresas, constando que a ré MAIS PROJETOS existe só no papel, de acordo com mapa em anexo, estava sempre sediada no endereço residencial do réu ALESSANDRO.

Quanto ao último, consta ainda do portal que: “mesmo confrontados com provas contundentes, os corruptos sempre negam o crime. Declararam inocência com muita ousadia e sem qualquer escrúpulo” (como se viu na notícia da tentativa da contratação da ré MAIS



PROJETOS, através do réu ALESSANDRO, com a própria FMD de Jaraguá do Sul, aonde por anos laboraram e sabiam da desnecessidade do serviço, porque qualquer servidor o faria).

Merece ainda comentar aqui que, "no segmento de ações por improbidade administrativa versando sobre irregularidade de procedimentos licitatórios, o fato da prestação do serviço não é suficiente para afastar o prejuízo ao erário, pois o valor pago pela prestação pode estar acima do valor médio de mercado, bem como pode ser até mesmo desnecessário, entre outros fatores não é bastante o simplório argumento de que o serviço foi prestado e, portanto, incorreu qualquer lesão ao patrimônio público" (ob. cit. p. 264).
Nesse sentido:

Não vale, aqui, o argumento do fato consumado para que agentes e contratados improbos se coloquem ao abrigo das devidas sanções. [...] admitir-se essa teratológica tese, tudo, absolutamente tudo, todas as violações aos mandamentos supremos e aos vetores axiológicos vinculativos da Administração Pública estariam plenamente justificadas ao argumento de que os serviços foram prestados, as obras construídas, as mercadorias entregues, criando-se inusitada convalidação de atos nulos. Em última análise e com o devido respeito daqueles que se posicionam em sentido diverso, essa tese é estimuladora da conduta ímproba. Pouco importa a fraude à licitação, aos concursos públicos, porque se os serviços foram prestados as obras concluídas e as mercadorias entregues, nada há a restituir ao erário. Basta, portanto, consumir-se a fraude e a prestação do contrato para se verem livres da punição (TJSP. AP 0004938-03.2003.8.26.0400 - Rel. Des. Magalhães Coelho. J. 26/9/2011).

Assim, como já mencionado acima, o resultado não pode legalizar a conduta ímproba, nem mesmo a finalidade tornar lícita o meio fraudulento.

A - FRACIONAMENTO INDEVIDO

Nas palavras do saudoso Hely Lopes Meirelles:

Convite é a modalidade mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistente na solicitação escrita a pelo menos três interessados no ramo, registrados ou não, para que apresentem suas propostas, no prazo mínimo de cinco dias úteis (art. 22, §3º, e 21, §2º, IV). O convite não exige publicação, porque é feito diretamente aos escolhidos pela Administração através de carta-convite. A Lei 8.666 de 1993, porém, determina que cópia do instrumento convocatório seja afixada em local apropriado, estendendo-se automaticamente aos demais cadastrados na mesma categoria, desde que manifestem seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas (art.22, §3º)(...)

Em princípio, o convite deverá contar com, no mínimo, três licitantes qualificados, isto é, em condições de contratar com a Administração. O §7º do art. 22 dispõe que "quando, por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do



número mínimo de licitantes exigidos no §3º deste artigo' (ou seja, três), 'essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite. Tem se entendido que o dispositivo quer se referir a três propostas válidas, e não a três licitantes.

O convite é admissível nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valores fixados no art. 23, I, a, da Lei 8.666 de 1993, com a redação modificada pela Lei 9.468, de 1998.

Por último, cumpre alertar que é vedada a utilização de convite ou tomada de preços, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local, que possam ser realizados conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência, respectivamente (art.23, §5º).⁵

Acerca do acima mencionado, extrai-se da jurisprudência catarinense mencionando a lição de Emerson Garcia que:

[...] Um dos artifícios comumente utilizados pelos improbos consiste no indevido fracionamento do objeto a ser contratado, o que lhes permitirá utilizar uma modalidade mais simples de licitação, destituída de maior formalismo e publicidade, com o consequente favorecimento de terceiros com eles conluídos. Além disso, por vezes lhes será possível dispensar a própria licitação (art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/93). (GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, 1ª edição, 2ª tiragem, p. 281)⁶.

Desta forma, tratando-se o objeto contratual de serviço que sabiam os envolvidos que seria prestado até o fim do mandato do réu Fernando - 2008, a escolha da modalidade de licitação deve ter como base os gastos estimados para todo o período de vigência do contrato, consideradas as prerrogativas previstas no edital, nos termos dos arts. 8º e 23 da Lei n.º 8.666/1993, ou seja, a escolha da modalidade licitatória deverá ter por base o valor correspondente ao total do serviço para todo o período da administração (ou até maior período, desde que prevista a despesa no orçamento), e não o valor parcial para cada ano.

Ora, se a administração municipal, e aqui se querendo dizer os réus, já sabiam que o custo seria de aproximadamente R\$ 62.000,00 (isso porque consta efetivamente o valor já na requisição de compra assinada pelo réu GILBERTO à fl.248, sendo esse ato que dá início à licitação), deveriam aí então calcular esse valor por três anos, e então adotar a modalidade tomada de preços. Isso não foi feito porque a intenção era contratar a empresa ré, sem qualquer competição, e seria mais fácil fraudar a modalidade convite, já que as empresas "chamadas" sequer participariam, somente o réu ALESSANDRO forjaria documentos e propostas delas com o que já sabia sobre elas e quando elas contrataram com o município aonde ele residia - Jaraguá do Sul.

A contratação fracionada em casos de serviços continuados configura burla à licitação:

DIREITO CONSTITUCIONAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.224/225

⁶ TJSC. Apelação Cível n. 2012.067654-5, de Capivari de Baixo, rel. Des. Julio César Knoll, j. 13-06-2013



DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO, MEDIANTE O ARTIFÍCIO DO FRACIONAMENTO DO OBJETO. AQUISIÇÕES E CONTRATAÇÕES SUCESSIVAS, INTERCALADAS POR EXÍGUOS ESPAÇOS DE TEMPO. BENS E SERVIÇOS, ADEMAIS, QUE COMPORTAVAM PERFEITAMENTE A PROJEÇÃO DAS QUANTIAS NECESSÁRIAS. CONDUTA TIPICAMENTE ÍMPROBA, PORQUE MANIFESTA A OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE (ARTIGO 11 DA LEI N. 8.429/1992). 7. - grifo nosso.

Afinal, "não se trata, pois, de mera ilegalidade justificada pela *bon-fé*. Há, sim, violação reiterada da lei de licitações por meio de parcelamentos indevidos, que buscam, apenas, atribuir aparência legítima a compra de materiais realizadas em desacordo com os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade" (Apelação Cível 2007.057582-1, Des. Jânio Machado).

Afirma Marçal Justen Filho, que:

Não há vedação ao fracionamento (excluídas as hipóteses em que isso acarretar prejuízos econômicos à Administração ou em que haja impedimento de ordem técnica). O que se proíbe é o fracionamento ser invocado como pretexto para modificação do regime jurídico aplicável à licitação. A determinação da obrigatoriedade de licitação e a escolha da modalidade cabível devem fazer-se em face do montante conjunto de todas as contratações, independentemente de fracionamento⁸. - grifo nosso -

No caso dos autos, restou claro pelas declarações prestadas em sede de instrução do inquérito civil que não havia no âmbito da administração municipal pessoal capacitado para a realização do objeto contratual (assessoria na área esportiva), ainda que se pudesse, a longo prazo, capacitar servidores para tanto. Ocorre que, preferiram os réus contratar, a longo prazo e parceladamente, a empresa ré, sem saber ao certo o que ela conseguiria, e se ainda teria êxito na obtenção de projetos. Não se sabia se os projetos seriam significativos ou não, nada. Pior ainda, não capacitando os servidores, não se teria qualquer pessoa competente para prestar as contas ao governo federal de eventuais verbas recebidas. Certamente se os réus FERNANDO e GILBERTO continuassem no governo municipal, novamente a ré MAIS PROJETOS seria contratada para mera prestação de contas dos projetos conseguidos.

Desta forma, e tendo em vista que a licitação se deu para contratação de empresa para realizar a assessoria em projetos esportivos, e não para capacitação de pessoal para tanto, afigura-se claro que o mesmo serviço teria de ser licitado nos anos seguintes como efetivamente o foi, ainda que de forma simulada, principalmente porque a verba que se buscava (Programa 2º Tempo) tem valor expressivo à estimulação do esporte. Sabe-se que os programas federais desde aquela época até hoje, na sua quase totalidade, não possuem prazo final, ou seja, são contínuos, necessitando sempre de remessa de documentos e

⁸ 248SC. Apelação Cível n. 2009.017316-6, de Lages. Rel. Des. Vanderlei Romer JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 268

acompanhamento.

A escolha a modalidade de licitação cujo objeto seja serviço de natureza continuada deve ser aquela que inclua em seu limite de valor todas as possíveis prerrogativas do contrato com base nos gastos estimados para todo o período de vigência do contrato, consideradas as prerrogativas previstas no edital, nos termos dos arts. 8º e 23 da Lei n.º 8.666/1993, que, no caso dos autos, equivale à somatória dos contratos advindos das licitações convite n. 11/2006, 08/2007 e 20/2008, e, só então, adequar ao previsto na Lei 8.666/93, que prevê:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

- (...)
- II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
 - a) **convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)**
 - b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
 - c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

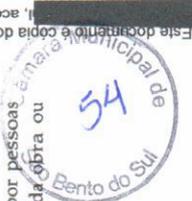
Art. 22. São modalidades de licitação:

- I - concorrência;
- II - tomada de preços;
- III - convite;
- IV - concurso;
- V - leilão.
- (...)

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Dito isto, considerando que a somatória dos valores contratuais perfaz o montante de R\$ 217.250,00, sem atualização, conforme se vê da legislação supramencionada, não poderiam os réus terem se utilizado da modalidade convite, onde seriam corretos a tomada de preços ou a concorrência, por expressa vedação legal contida no §5º, do citado artigo 23, de modo que o procedimento licitatório já nasceu viciado, senão vejamos:

§5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.



Contudo, por tudo que já foi exposto, não se tratou de mero descuido dos réus agentes públicos, mas sim de bem pensada conduta para privilegiar a ré MAIS PROJETOS.

Assim, a atuação dos réus no presente caso constituiu fraude à licitação, pelo fracionamento indevido do objeto e escolha de modalidade incorreta de licitação, uma vez que havia: "a) *preexistência, por ocasião, das situações fáticas que serviram de elemento deflagrador das demais* - desde o começo sabiam que a contratação seria até 2008 porque fraudariam todas as licitações subsequentes; b) *idêntica natureza dos objetos das sucessivas licitações* - sequer mudaram o objeto nem mesmo alguns convidados, mesmo que sequer habilitados ou com objeto social diverso; c) *ausência de situação excepcional (de natureza econômica, social, etc.) que pudesse justificar a limitação de cada uma das contratações (art. 23, §2º e 7º, §1º, da Lei 8.666/1993)* - poderiam esperar para definir melhor o objeto da licitação a longo prazo, e escolher com calma a modalidade, porque a situação nunca foi nem é urgente - política pública no esporte; e e) *proximidade temporal entre as licitações* - anuais".

Pela conjuntura e pelos fatos trazidos, o fracionamento indevido foi a manobra dos réus para fazer com que fosse escolhida uma modalidade mais simples e mais fácil de ser fraudada, para a contratação da ré MAIS PROJETOS.

B) DA POSSIBILIDADE DE SE ORTER TRÊS COMPETIDORES HABILITADOS - INEXISTÊNCIA DE PESQUISA DE FORNECEDORES - INDICAÇÃO DOS DEMAIS PELA RÉ MAIS PROJETOS - AUSÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO DOS ATOS NECESSÁRIOS E PUBLICIDADE DEVIDA

A conduta dos réus feriu também o disposto no §7º, do art. 22, da Lei 8.666/93, que prevê:

§7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no §3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

Atente-se, neste aspecto, para a obrigatoriedade do número mínimo de três propostas válidas para a homologação de licitações sob a modalidade convite, ainda que para tanto seja necessária a sucessiva repetição do certame, salvo em caso de situações excepcionais expressamente justificadas, hipóteses de limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, a teor do art. 22, § 7º, da Lei de Licitações, o que nunca foi certificado porque sequer existiu nestes autos.

Não é outro o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme teor da súmula 248, que prevê: "Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993."

No caso dos autos, não obstante tenham sido supostamente enviados convites a 3 (três) empresas nos procedimentos licitatórios n. 11/2006 e 08/2007, e para 4 (quatro) empresas naquele de n. 20/2008, em nenhum deles houve três concorrentes

PARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

P.441

habilitados, e, igualmente, em nenhum deles houve justificativa do impedimento de tal número de participantes. Pior ainda, em uma das hipóteses teve proposta de concorrente sem ser analisada.

Como leciona Hely Lopes Meirelles: "o convite deverá contar com, no mínimo, três licitantes qualificados, isto é, em condições de contratar com a Administração. O §7º do art. 22 dispõe que 'quando, por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no §3º deste artigo' (ou seja, três), 'essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite. Tem se entendido que o dispositivo quer se referir a três propostas válidas, e não a três licitantes". Não se está aqui falando que, no caso de somente uma empresa habilitada, a licitação sempre deve ser refeita, mas que, deve ser refeita, e quando não for possível isso, por razões de mercado ou outro motivo fundamentado, tudo isso deve ser comprovado nos autos de licitação, para dar validade à contratação.

C) RAMO DE ATIVIDADE DAS EMPRESAS CONVIDADAS- EMPRESA RÉ CRIADA SOMENTE PARA A REFERIDA CONTRATAÇÃO - DIRECIONAMENTO

Por outro lado, constitui-se infringência ao § 3º, do art. 22, da Lei 8.666/93, a convocação de licitantes cujo ramo de atividade econômica seja incompatível com o objeto de licitação realizada na modalidade Convite, exatamente o caso dos autos.

Conforme descrito na síntese fática, Clarissa Isser, representante da empresa Projeta (fls. 918) afirmou não ter participado de qualquer licitação no município de São Bento do Sul, tendo em vista que o objeto social da empresa é a de consultoria esportiva e não assessoria para formulação de projetos. No mesmo sentido, afirmou Milton Antonio Rodrigues, representante da empresa Rodrix (fls. 809/811), que a empresa foi constituída no ramo de malharia, tendo ampliado o objeto para organização de eventos esportivos somente recentemente.

Ora, isso obviamente aconteceu porque os réus ALESSANDRO e JEAN procuraram ou empresas que já contrataram com a FMD de Jaraguá do Sul - Projeta e P2 -, ou que detinham conhecimento da existência em razão de eventos esportivos. Ninguém desta cidade conseguiu esclarecer doando que surgiram os nomes das empresas a serem convidadas, muito menos isso foi certificado nos autos do procedimento licitatório, como deveria ter sido feito.

Não bastasse isto, e como já descrito anteriormente, consta dos autos do procedimento licitatório n. 11/2006 uma minuta de edital confeccionada para o município de Jaraguá do Sul, local onde os réus ALESSANDRO e JEAN CARLO eram diretor e presidente da Fundação de Esportes, respectivamente. Ai sim existe a possibilidade do surgimento da lista das empresas a serem convidadas, também encaminhada pelos réus para cá.

Tudo fica ainda mais evidente quando se observa que a fraude à licitação foi premeditada a tal ponto de a empresa ré ter sido constituída pouquíssimo tempo antes de sagrar-se vencedora no Convite 11/2006. Além disso, na suposta relação das empresas a serem contratadas, que ninguém da FMD desta cidade sabe daonde surgiu e foi trazida pelos réus ALESSANDRO e JEAN, constam telefones fixos, mas com relação à ré MAIS PROJETOS só consta um número de telefone celular, pertencente ao réu ALESSANDRO, e endereço também pertencente à residência do réu ALESSANDRO (foto obtida no googlemap), demonstrando que a empresa foi constituída formalmente para contratar com a FMD de São Bento do Sul.



Do documento de fl. 332 extrai-se que a empresa ré foi registrada na JUCESC no dia 22/02/2006, tendo como sócios os réus ALESSANDRO e a esposa do réu JEAN CARLO, a ré SAMIRA, ou seja, interposta pessoa, justamente porque este corriqueiramente fazia parte da Fundação Municipal de Esportes de Jaraguá do Sul como presidente, e outras vezes era vereador, e então não poderia contratar com órgãos públicos daquela cidade. Os réus ainda tentaram contratar naquela cidade, porém, conforme se verifica da notícia impressa e em anexo, houve questionamento do Secretário Municipal de Cultura e Esporte Ronaldo Raulino justamente da constituição fraudulenta da referida empresa.

Citada conduta, configura de *per se*, ato de improbidade administrativa, senão vejamos:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO LOCAL ATRAVÉS DE EMPRESA ADMINISTRADA POR VEREADOR COM O APOIO DE TERCEIROS. VEDAÇÃO DOS ARTIGOS 54, INC. I, 'A' E 29, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI ORGÂNICA LOCAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA TIPIFICADO NO ART. 11, DA LEI Nº 8.429/92. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MULTA CIVIL. INDISPONIBILIDADE DE BENS.

1. Viola o princípio da legalidade e da moralidade e, como tal, traduz ato de improbidade administrativa submetido ao alcance do art. 11, da Lei 8.429/92, a conduta de Vereador que, com o apoio de parentes, constitui, embora em nome dos terceiros, empresa que, de fato, está sob sua inteira administração para poder participar de licitações e contratar como o Município, buscando obviar a vedação contida nos artigos 54, inc. I, e 29, inc. IX, da Constituição Federal e na Lei Orgânica local.¹⁰

Não bastasse isto, a situação de constituição exclusivamente para participar (ou sagrar-se sempre vencedora) de licitações cujo objeto fosse assessoria esportiva fica ainda mais evidente quando se observa do documento de fl. 342 que, no ano de 2009, quando o réu JEAN CARLO foi empossado vereador no município vizinho - Jaraguá do Sul -, houve a modificação do quadro societário da empresa, retirando-se desta a sócia e ré SAMIRA, esposa deste, sendo incluído o irmão do réu ALESSANDRO, Aryldo Wilson Buozi Martins, justamente para que não houvesse impedimento na participação da empresa em licitações face ao cargo ocupado por JEAN CARLO.

Assim, "identificada a simulação, será possível perquirir a prática de ato de improbidade"¹¹.

Por outro lado, há que se destacar ainda que o gasto do dinheiro público realizado para a contratação da empresa de assessoria esportiva era desnecessário, bem como o dano ao erário se configura na conduta dos réus de fraudarem a saudável competição, com a obtenção possível de melhores preços.

Sylvio Roberto Munhoz, sucessor à presidência da Fundação Municipal de Desportos na gestão seguinte declarou:

¹⁰ Apelação Cível n. 2006.005027-8, de Xanxerê. Rel. Des. Newton Janke, j. 16.8.2007

¹¹ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P. 350.

QUE assumiu a presidência da FMD em janeiro de 2009; que a empresa MAIS PROJETOS procurou o declarante para renovar a contratação dos serviços; que então foi analisado o custo benefício e foi decidido que não seria renovado o serviço, porque não era necessário; que a contratação foi por 3 anos, e a FMD pagou cerca de R\$ 200.000,00 para a empresa, sendo que teria sido beneficiada com dois projetos de verbas federais: ampliação da piscina municipal e o projeto segundo tempo; que esse primeiro projeto inclusive voltou do governo federal para ser complementado e refeito em algumas partes; que o próprio declarante entrou em contato com o ministério dos esportes, em 2009, para renovar o projeto de segundo tempo, quando então foi orientado que, se fosse preciso, uma técnica do Ministério viria para ajudar com a documentação necessária ao pedido do projeto; que a FMD acabou não fazendo esse projeto porque o Ministério acabou restringindo um pouco a liberação de verbas para esse projeto, somente entrando em contato com a FMD novamente em novembro de 2009; que ao invés de ter esse projeto, foi feita uma parceria com o SESI, com menos burocracia para a mesma finalidade; que a parceria com o SESI feita pelo declarante é diferente daquela da gestão anterior, sendo que aquela do declarante foi diretamente com o SESI, denominada "atleta do futuro" (fls. 798/799).

Pelo acima transcrito, vê-se que, não obstante o projeto 2º Tempo e outros se tratassem de interessantes atividades a serem realizadas com os alunos no contraturno escolar, não havia a necessidade de implantação imediata deste programa, podendo perfeitamente ser capacitada equipe de servidores municipais para tanto, como é feito hoje, ou mesmo, ter sido, de largada, utilizadas parcerias, como de fato o foi na gestão seguinte também o foi.

D) VALOR DA CONTRATAÇÃO - RAZOABILIDADE COM O OBJETO - ATIVIDADES A SEREM DESENVOLVIDAS - PESQUISA DE MERCADO - VALOR DOS PROJETOS TRAZIDOS - SUPERFATURAMENTO

Agora isto, no tocante ao preço contratado, infere-se que os réus FERNANDO e GILBERTO sequer se preocuparam com os cofres públicos, deixando a cargo dos réus ALESSANDRO e JEAN CARLO, maiores interessados, a proposta de valores para os serviços que supostamente seriam prestados, eis que sequer consta aos autos qualquer orçamento que pudesse balizar o valor da contratação.

Vê-se que a requisição de compra do serviço assinada pelo réu Gilberto já consta o preço da fundação de esportes, de R\$ 62.000,00, mas sem qualquer comprovação daonde ele veio, de orçamentos, bem como ele é razoável com o praticado no mercado. Mais uma vez, conclusão irrefutável é que ele partiu dos réus ALESSANDRO e JEAN, que quando aqui vieram e combinaram toda a contratação, já apresentaram o preço que eles queriam, sendo que ainda deixaram cópia do edital por eles redigido em Jaraguá do Sul, e ainda a relação das empresas que deveriam ser convidadas para "participarem" da "seleção".

Não existe razoabilidade em se colocar tal valor, porque nem se sabia quais os serviços prestados, nem como o seriam, muito menos se haveria benefícios ao município. Ora, os réus ALESSANDRO, JEAN e SAMIRA constituíram empresa justamente para não



deixar a mostra que seria contratada, por convite, pessoa física - ALESSANDRO/JEAN - sem especialização para tanto, devendo então ser aberto um concurso público.

É claro que, como seria de qualquer maneira vencedora do certame inexistindo competição pela presença de figurantes inabilitados, os réus Alessandro, Jean Carlo, Samira e Mais Projetos superfaturaram o serviço, sequer apresentando planilha detalhada de custos.

Neste aspecto, Marçal Justen Filho é enfático ao ensinar que: "a validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública". E segue alertando que: "a questão adquire outros contornos em contratações diretas, em virtude da ausência de oportunidade para fiscalização mais efetiva por parte da comunidade e dos próprios interessados. Diante da ausência de competição, amplia-se o risco de elevação dos valores contratuais. Bem por isso, o art. 25, § 2º, alude à figura do superfaturamento como causa de vício de contratação" (ob. cit. p. 370).

A solução é simples, e apresentada pelo próprio jurista: "a razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais".

O superfaturamento não precisa ser um preço abusivo, mas sim uma elevação injustificada do valor para a execução de uma certa prestação. O problema reside, novamente usando as palavras de Marçal: "na prática abusiva prejudicial ao Estado, consistente na alteração das condições usuais de negócio e na oneração injustificada dos cofres públicos" (ob. cit. p. 371).

Não se comprovou, e muito menos se sabe, daonde surgiu o preço contratado, nem mesmo as atividades efetivamente que seriam realizadas para justificar tal preço, somente se sabendo que a ré MAIS PROJETOS na verdade existia só no papel, porque sediada na residência do réu ALESSANDRO, enquanto ele também ocupava cargo público - diretor da FMD ou assessor legislativo - tudo sempre embaixo da tutela do réu JEAN, primo do réu FERNANDO, e por isso nada gastava com custos de manutenção da empresa, ao contrário, os parcos relatórios apresentados pela empresa dão conta de supostos serviços na maioria das vezes realizados por telefone ou reuniões, sendo que o principal deles que seria a elaboração de um projeto para receber verba de programa do governo federal, teve que ser corrigido após o fim do contrato.

E assim gastou-se, na época, mais de duzentos mil reais.

E) AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE - FRAUDE NA LICITAÇÃO

Cabe destacar ainda que, mesmo se tratando de licitação convite, a Lei n. 8.666/93, em seu art. 22, §3º, exige que seja afixado em local apropriado o edital do certame para que os interessados, além daqueles previamente convidados tenham acesso ao certame e possam igualmente se habilitarem, no entanto, por óbvio tal prática não foi levada a cabo, tanto é que não há nos autos qualquer certificação de afixação em mural.

Por outro lado, não há dúvidas de que citados réus agiram com evidente intento pessoal, porque não consta dos autos qualquer prova de mínima publicidade da licitação, ao contrário, somente publicação do contrato após firmado, conforme cópias anexas.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por LETICIA GREIN WELTER, liberado nos autos em 11/09/2019 às 23:16. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pstadigital/pg/abrConferenciaDocumento.do>, informe o processo 0007220-75.2013.8.24.0058 e código 16C49538.

15:25
EL XIV
-p

Intretocável acórdão do Superior Tribunal de Justiça relata a questão:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ESPECIAL. VIA INADEQUADA. LICITAÇÕES. PROCEDIMENTO DE CONVITE DIRECIONADO. SEM PUBLICIDADE. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ART. 334, INCS. I E IV, DO CPC. FATO NOTÓRIO SEGUNDO REGRAS DE EXPERIÊNCIA ORDINÁRIAS E SOBRE O QUAL MILITA PRESUNÇÃO LEGAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça não tem a missão constitucional de interpretar dispositivos da Lei Maior, cabendo tal dever ao Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual não se pode conhecer da dita ofensa ao art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição da República vigente. Precedentes.

2. O prejuízo ao erário, na espécie (irregularidade em procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a ação popular é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão da ausência de publicidade, houve direcionamento da licitação na modalidade convite a três empresas específicas).

3. Além disto, conforme o art. 334, incs. I e IV, independem de prova os fatos notórios e aqueles em razão dos quais militam presunções legais ou de veracidade.

4. Evidente que, segundo as regras de experiência ordinárias (ainda mais levando em conta tratar-se, na espécie, de administradores públicos), o direcionamento de licitações, sem a devida publicidade, levará à contratação de propostas eventualmente superfaturadas (salvo nos casos em que não existem outras partes capazes de oferecerem os mesmos produtos e/ou serviços).

5. Não fosse isto bastante, toda a sistemática legal colocada na Lei n. 8.666/93 baseia-se na presunção de que a obediência aos seus ditames garantirá a escolha da melhor proposta em ambiente de igualdade de condições.

6. Desta forma, milita em favor da necessidade de publicidade precedente à contratação mediante convite (que se alcança mediante, por exemplo, a fixação da cópia do instrumento convocatório em locais públicos) a presunção de que, na sua ausência, a proposta contratada não será a economicamente mais viável e menos dispendiosa, daí porque o prejuízo ao erário é notório.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (Resp 1190189/SP. Min. Mauro Campbell Marques. 2 Turma. Julg. 10/8/2010).

Para a caracterização da violação improba ao artigo 10, inciso VIII, da LIA, deve se apurar: 1 - o ato de frustrar a regularidade do procedimento licitatório, inclusive com a dispensa ou inexigibilidade irregulares; 2 - atuação do agente público; 3 - dolo, ou seja, ciência de que está sendo praticado um ato ilegal, ou mesmo a título de culpa, com a não adoção das cautelas necessárias; 4 - dano ao erário, aqui especialmente, inclusive, dano moral coletivo (Gajardoni, ob. Cit. P. 124).



Em muitos casos, o administrador público não está envolvido no esquema fraudulento da contratação indevida, e então são usados subterfúgios ilícitos pela contratada para sagrar-se vencedora em conluio com demais participantes. Contudo, não é o caso dos autos, porque os réus FERNANDO e GILBERTO, por terem recebido os representantes em seu gabinete e por um deles tratar-se de primo do primeiro, tratando ali de toda a contratação dada como certa, e para isso optando por serviços anuais ao invés de globais pelo período todo, e aí consequentemente adotando a licitação carta convite, restringindo participantes, quando sequer foram pesquisadas pessoas jurídicas prestadoras do serviço, nem mesmo o preço do serviço a ser contratado, tudo em prol dos réus particulares.

A todo tempo sempre a conduta dos réus Fernando e Gilberto foram fundamentais para o resultado ilícito – contratação fraudulenta da empresa ré, e mais ainda, para o dano ao erário, com a ausência de fiscalização efetiva durante todo o período contratado.

No caso dos autos restou clarividente a intenção dos agentes, constituindo uma empresa para tanto, colocando como sócia a esposa do réu Jean, para poder contratar com o poder público, e conseguiram.

Restou incontestado que os réus estavam cientes de que tudo quanto o que foi feito era ilegal, principalmente os réus FERNANDO MALLON e JEAN CARLO, que há muito figuram nos espaços da administração pública, detendo amplo conhecimento sobre licitações.

O art. 10 da Lei nº 8.429/92 não distingue entre os denominados graus de culpa. Assim, quer seja leve, grave ou gravíssima, tal será, em princípio, desinfluente à configuração da tipologia legal, podendo interferir na dosagem sancionatória.¹²

Diante do supramencionado, resta caracterizada a conduta ímproba dos requeridos Fernando Mallon, Gilberto José Muehlbauer, Alessandro Buozzi Martins, Jean Carlo Leutprecht e Samira Abreu enquadrando-se perfeitamente às condutas descritas nos art. 10 da Lei 8.429/92.

4.2 – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTANTES DO ART. 37, DA

CRFB

O art. 37, da Carta Magna preceitua que: "a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

Além disso, apesar desse comando constitucional, que uma vez descumprindo conduz à nulidade do ato administrativo, para que efetivamente tais princípios sejam adotados tanto pelo administrador, como pelos administrados, suas violações foram tipificadas como ato de improbidade administrativa, gerando sanções mais severas aos envolvidos.

É assim que dispõe o art. 11 da Lei nº 8.429/92: "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública (art. 37, caput, CF) qualquer ação ou omissão que viole os deveres da honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...]".

O art. 11, acima transcrito, é a grande novidade do sistema repressivo da improbidade administrativa, dirigido contra o comportamento omissivo ou comissivo do violador dos princípios que regem a Administração Pública e dos deveres impostos aos agentes públicos em geral, arrolados exemplificativamente (honestidade, imparcialidade,

¹² Op. Cit., p. 215-216

legalidade e lealdade), e aos quais é lícito acrescer princípios da finalidade, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, boa-fé etc., enfim, tudo o que componha para as noções da moralidade e a probidade administrativa.¹³

Adverte Wallace Martin Júnior que:

A violação de um princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. [...] a preponderância dada aos valores morais da Administração Pública torna muito mais efetiva e adequada a tutela da probidade administrativa, de modo que se conforta com a matriz do art. 11 violação a qualquer dos princípios do art. 37 da Constituição Federal (repetidos no art. 4º e no próprio art. 11 como deveres dos agentes públicos), censurando atos que, embora não necessitem produzir efeito financeiro negativo no patrimônio público, impliquem ilegalidade, desonestidade, incompetência, nulidades absolutas, pessoalidade, falta de publicidade e, é claro, imoralidade. Vale dizer, o art. 11 instrumentaliza o art. 4º e, por sua vez, o art. 37 da Constituição Federal. Ainda se inserem nesse art. 11, pois a sua violação representa atentado contra os princípios da Administração Pública, a ofensa a princípios da razoabilidade, proporcionalidade, além de outros que também constituem deveres de boa administração dos agentes públicos (igualdade, boa-fé, lealdade). Daí, qualquer ação ou omissão que viole esses deveres implicará ato de improbidade administrativa, pois a Lei Federal n. 8.429-92 visa a garantir a eficácia social desses princípios, agora transformados em deveres inerentes ao exercício de cargos, empregos e funções pelos agentes públicos, censurando atos que demonstrem má administração e o desvio ético do denunciante da inabilitação moral no exercício das funções públicas.¹⁴

A enumeração legal dos princípios constantes é mera exemplificação, englobando a honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, de modo a evitar a dispensa de tratamento diferenciado através de perseguições e favorecimentos de particulares e exigir a fiel e estrita observância de todas as regras éticas inerentes à Administração Pública. No presente caso, apurou-se efetivo favorecimento aos réus Alessandro, Jean Carlo, Samira e Mais Projetos, por meio de conluio entre todos os réus para fraudar a licitação.

De acordo com o **princípio da legalidade**, diferentemente do que ocorre nas relações de direito civil, aos agentes públicos só é lícito fazer o que a lei determinada, não havendo qualquer margem para subjetividade ou interpretação diversa. Em momento algum, é permitido ao agente público praticar qualquer ato contra a lei, independentemente de seus argumentos e motivos.

Conforme leciona Emerson Garcia:

A subordinação da atividade administrativa à lei é concebida em um sentido negativo, sendo o princípio da legalidade o limite a que estará

¹³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 270.
¹⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Ob cit. págs 281/282.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA
2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE SÃO BENTO DO SUL

sujeita a administração, contendo a atuação desta, e em um sentido positivo, somente podendo a administração fazer o que por lei seja consentido. Neste último sentido, constata-se a relação de conformidade que deve existir entre o ato e a lei.¹⁵

Pelos elementos colhidos nos autos, ficou evidenciado que os réus violaram diversos preceitos constitucionais e legais, não agindo dentro da legalidade estrita como a própria Constituição Federal determina, ao passo que violaram os arts. 22 e 23, ambos da Lei nº 8.666/93, bem como incidiram nas disposições constantes no art. 10, caput e incisos VIII e XII, da Lei 8.429/92, pois sob o argumento de que o poder público municipal não dispunha de servidores capacitados para tanto e a intenção falsa de aprimorar a política esportiva local, realizaram licitação simulada e direcionada na modalidade convite e contrataram empresa ré para realizar assessoria esportiva que não se mostrou necessária, ante a inexistência de urgência na implantação das atividades esportivas advindas dos projetos federais, podendo sim ser feita futuramente por servidores públicos, deixando que a contratada impusesse seu preço para contratação, trouxesse o edital com o objeto, o modo da prestação dos serviços, além das supostas competidoras, não zelando pela coisa pública, nem mesmo fiscalizando a prestação dos supostos serviços.

Cita-se ainda que, o princípio da legalidade significa estar a Administração Pública em toda a sua atividade presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu ator. Complementa o autor Emerson Garcia que: *"a inobservância do princípio da legalidade, ainda que possível simulação busque demonstrar o contrário, acarreta a nulidade do ato [...]".*¹⁶

Cumprir fazer referência ao fato de que, embora a implementação do Programa 2º Tempo fosse sim importante para as crianças do município, não era imprescindível a contratação de empresa particular para isso, muito menos na modalidade convite, sabendo-se que a contratação seria prorrogada por mais dois anos. Ademais, é sabido que existem diversos projetos federais ou até mesmo privados que inúmeros prefeitos gostariam de implantar, porém, sempre se deve ater aos ditames legais para isso, afinal, existem regras rígidas de contratação.

Como dito, se a iniciativa era boa, poderia sim buscar alguma forma menos lesiva ao patrimônio pública de obtê-la, primeiro buscando a possibilidade de ser feita pelos integrantes dos quadros da própria fundação e/ou prefeitura, departamento de compras, etc, e se não fosse possível, qualificando servidores para ter o serviço continuamente, porque os programas federais são prolongados e sempre dependem de prestação de contas, solicitando ajuda dos servidores do ministério dos esportes, e se assim não fosse, ainda se poderia pensar em realizar uma licitação, pesquisando no mercado interessados prestadores de serviço, os custos, foram de prestação, tempo de duração, para então se realizar ampla concorrência pública, sem direcionamento ou fraude.

Neste sentido, extrai-se dos julgados catarinenses:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITURA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA A PRESTAÇÃO DE ASSESSORIA JURÍDICA. LEI COMPLEMENTAR QUE INSTITUIU O CARGO DE

¹⁵ GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 65.
¹⁶ Ob. Cit. p. 67.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA
2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE SÃO BENTO DO SUL

ASSESSOR JURÍDICO. ATIVIDADE PRESTADA POR PESSOA ESTRANHA AO QUADRO DE SERVIDORES. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. DOLO GENÉRICO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO. ATO ÍMPROBIO CARACTERIZADO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. LEIN. 8.429/92. RECHAÇADA.

IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS QUANDO O AUTOR FOR O MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARTICULAR E PESSOA ESTRANHA AO QUADRO DE SERVIDORES PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTABILIDADE EM MUNICÍPIO - SERVIÇOS QUE DEVERIAM SER PRESTADOS POR SERVIDORES EFETIVOS - AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA - LICITAÇÃO DIRECIONADA - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO CONFIGURADO - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LEI FEDERAL N. 8.429/92).

O direcionamento de processo de licitação, bem como a contratação direta de pessoa física para prestar serviços de contabilidade ao Município, que deveriam ser realizados por servidores do próprio quadro da municipalidade, mesmo sem ocasionar dano ao erário, já que os serviços foram efetivamente prestados, configura ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (arts. 11 e 12, inciso III, da Lei federal n. 8.429/92), devendo os responsáveis cumprir as sanções pertinentes ao caso. (Apelação Cível n. 2008.007052-0, de Ipumirim, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 15.09.2011)¹⁷

Tendo em vista que qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é antijurídica e exige pronta anulação, com o ressarcimento dos valores gastos pelos cofres públicos.

A concepção de Estado de Direito encontra-se estritamente atrelada à necessidade de obediência, por parte da Administração e de todos os agentes públicos, da norma de conduta a todos imposta, sendo que aqui, norma guarda identidade com lei, e consequentemente, emerge novamente a violação, por parte dos réus, do princípio da legalidade, verdadeira norma fundamental a alicerçar o Direito Administrativo, a Administração e os administradores.

Agindo como o fizeram, acabaram também por violar sobremaneira o princípio da **impressoalidade**, porque desde o início atuaram para a contratação da ré MAIS PROJETOS, por pertencer efetivamente ao réu JEAN, primo do réu FERNANDO, restando evidente o favorecimento, recebendo cópia de edital, relação de empresas para serem contratadas, e até mesmo aceitando o protocolo pelo réu ALESSANDRO de todos os envelopes que seriam logo abertos em sessão.

A impessoalidade é vista em dupla perspectiva. A primeira determina que



¹⁷ Apelação Cível n. 2011.075402-8, de Ipumirim. Relator: Des. Subst. Julio César Knoll, j. 19/06/2013

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por LETICIA GREIN WELTER, liberado nos autos em 11/09/2019 às 23:16. Para conferir o original, acesse o site https://esaj.jfsc.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, Informe o processo 0007220-75.2013.8.24.0058 e código 16C49538.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por LETICIA GREIN WELTER, liberado nos autos em 11/09/2019 às 23:16. Para conferir o original, acesse o site https://esaj.jfsc.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, Informe o processo 0007220-75.2013.8.24.0058 e código 16C49538.

o autor dos atos estatais é o órgão ou a entidade, e não a pessoa do agente público. Se ele agir, deve ser em favor do ente público, e não para sua promoção ou realização pessoal. Já a segunda, o princípio torna cogente que a administração pública, e porventura seus agentes, dispense igualdade de tratamento a todos aqueles que se encontrem em posição similar.

Então, "o dever de agir em prol do interesse público, sem o objetivo direto de beneficiar ou prejudicar terceiros, denota a imparcialidade do agente, qualidade que foi expressamente contemplada pelo art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92. A imparcialidade, assim, pode ser concebida como uma das feições do princípio da impessoalidade" (Garcia, ob. cit. p. 370).

Na verdade, dos autos se extrai que a pessoalidade permeou todos os atos aqui abordados, porque motivos e preferências pessoais e políticas culminaram numa contratação inconstitucional e ilegal, pessoal e imoral, forjando-se uma licitação quando na verdade a empresa ré tinha sido recentemente constituída justamente para contratar com o município de São Bento do Sul, como foi feito com relação ao caso da empresa NOVA PEDAGOGIA HOSPITALAR, aonde mais uma vez foi orientação do réu FERNANDO que a contratada pessoa física constituísse uma empresa, dando já como certa sua contratação, e isso efetivamente aconteceu.

O **princípio da moralidade**, por sua vez, fica jungido à maneira de se proceder no trato da coisa pública.

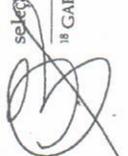
Nesse diapasão, não é suficiente que o agente público permaneça adstrito ao princípio da legalidade, sendo necessário que obedeça à ética administrativa, estabelecendo uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público. A moral administrativa, por sua vez, é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum, o que denota um tipo específico de moral fechada, sendo fruto dos valores de um círculo restrito ocupado por agentes públicos. Enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem do mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir das ideias de boa administração e de função administrativa, conforme os princípios que regem a atividade administrativa.

Ao agente público, ao valorar os elementos que delineiam a moralidade administrativa, é defeso direcionar o seu obrar por critérios de ordem ideológica ou de estrita subjetividade. Ao interpretar a aplicar a norma, deve o agente público considerar os valores norteadores do sistema jurídico administrativo, ainda que se apresentem dissonantes da sua visão pessoal. Assumindo espontaneamente o ônus de gestor da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, mas nunca para fins pessoais, e, pior ainda, nunca de forma a violar direitos dos cidadãos, ou faltar com a verdade no exercício do seu cargo.¹⁸

Enquanto o princípio da legalidade exige que o ato administrativo seja adequado à lei, o da moralidade torna obrigatório que o motivo do agente e o objetivo visado estejam em harmonia com dever de bem administrar, e administrar em prol da coletividade que ou o elegeu, ou custeia seu salário. Ainda que os contornos do ato impugnado sejam de acordo com a lei, será ele inválido se resultar de caprichos pessoais do administrador, afastando-se do dever de bem administrar em favor do bem comum.

No caso em tela verifica-se que desde o início a conduta de todos os envolvidos foi imoral, porque nunca se pensou em realizar qualquer competição para seleção dos melhores preços para a administração e consequentemente se obter uma melhor

¹⁸ GARCIA, Emerson. Ob. Cit. págs 75/76.



na política esportiva local ao menor custo possível, ao contrário, tudo foi um conluio que teve como consequência o pagamento de elevada quantia para simples prestação de serviço esporádica, sendo que não difere muito o valor pago à empresa daquele recebido em razão da sua suposta atividade.

Na gestão seguinte da administração municipal, alguns projetos continuaram, outros não, mas não houve a contratação porque a própria Fundação Municipal dos Esportes, com ajuda do Ministério dos Esportes, passou a pleitear tudo diretamente.

Cita-se parte do voto do Ministro José Delgado no Resp n. 695718/SP:

Não satisfaz mais as aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível apenas com a mera ordem legal, exige-se muito mais: necessário se torna que a gestão da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária.

Por tudo que foi colhido, pode-se concluir, sem sombra de dúvidas, pela imoralidade na conduta de todos os envolvidos, que a par de fraudar toda uma licitação sob as escusas de se realizar um projeto em favor do interesse público, usaram essa desculpa para satisfazer interesses pessoais, e desrespeitar as mais elementares regras de direito público administrativo, e enriquecer o particular indevidamente.

A seguir, restou também configurada a violação do **princípio da publicidade**, uma vez que a licitação foi feita às escondidas, chamando-se somente as empresas indicadas pelos réus ALESSANDRO e JEAN, bem como sequer consta dos autos prova da exposição do edital no local devido. Remessas de editais, supostamente feitas pelo correio sequer continham confirmação do recebimento, quando então, pelo zelo ao princípio da publicidade deveriam ser chamados mais competidores, mas não foram, porque o que interessava era somente a contratação da ré MAIS PROJETOS.

A título de menção, porque já dito alhures, violou-se também o **princípio da eficiência**, ao se sopesar, proporcionalmente, tudo que foi feito e tudo que foi gasto, mais ainda, quando se examinar que se poderia ter serviços melhores ainda com as atividades dos servidores públicos da FMD, ou do setor de compras da prefeitura, ou até mesmo capacitando-os para exercer continuamente tal atividade, em razão da natureza dos programas advindos do governo federal.

Dessa forma, além da perfeita adequação formal e material das condutas dos réus aos atos de improbidade indicados no **artigo 10, incisos VIII e XII**, a conduta praticada também encontra respaldo na improbidade administrativa descrita no **artigo 11, caput, da mesma Lei nº 8.429/92**.

Mesmo que as razões acima relatadas já configurem a intenção específica dos agentes de frustrar o procedimento licitatório, para que a empresa ré MAIS PROJETOS fosse contratada, importante tecer algumas considerações sobre esse elemento subjetivo: intenção de frustrar e conhecimento dos fatos. E alguns pontos nesse sentido merecem destaque:

1. Conluio entre os réus Alessandro e Jean Carlo e os réus agentes públicos Fernando e Gilberto, com reunião prévia e definição da contratação;



2. Constituição da empresa pouco tempo antes do edital licitatório, com objeto contratual direcionado à futura licitação que seria feita neste Município, existindo a presença societária do réu Jean Carlo, por intermédio de sua esposa, além do seu braço direito e réu Alessandro;
3. Inexistência de sede física da empresa jurídica e ré MAIS PROJETOS, usando o telefone celular do réu ALESSANDRO, e também seu endereço profissional, demonstrando que ele pessoalmente prestava os serviços aqui, mas mediante contratação de pessoa jurídica, os mesmos serviços que prestou na FMD de Jaraguá, como comissionado, e obviamente nesta última recebendo valores aquém dos R\$ 7.500,00 mensais que aqui embolsou;
4. Fornecimento do edital licitatório por parte dos sócios da futura empresa contratada, além da relação das demais empresas que "deveriam ser convidadas", as quais relataram sequer terem participado de qualquer licitação aqui;
5. Fixação da modalidade convite face ao valor anual do serviço, em desacordo com a lei, já todos sabendo do caráter de serviço continuado (programa do governo federal - projeto, aprovação, prestação de contas, fiscalização etc), que impunha que fosse licitada a integralidade do serviço, bem como que o contrato continuaria até o final da gestão do réu Fernando;
6. Não fixação de edital em mural de forma a propiciar a habilitação de outras empresas que não aquelas convidadas, acaso já cadastradas;
7. Envio de convites à empresas cujo recebimento não há comprovação, e/ou, à empresas com objeto contratual é diverso daquele do edital licitatório;
8. Fraude na entrega de supostas habilitações e propostas das demais empresas convidadas que não a ré Mais Projetos, porque de modo pessoal mas sem qualquer representante delas que compareceu no dia da abertura;
9. Prosseguimento do processo licitatório mesmo sem o número mínimo de empresas habilitadas e em condições de contratar, isso porque sem qualquer justificativa de impossibilidade de atingimento de 3 proponentes;
10. Contratação da empresa ré por valor próximo àquele constante da verba para implantação do projeto 2º Tempo, o que, mesmo somando-se à eventual verba recebida pela associação de handebol, e para a piscina, não demonstra a vantagem da contratação em contrapartida à capacitação dos servidores ou a complexidade dos serviços prestados;
11. Inexistência de fiscalização quanto às atividades realizadas pela Mais Projetos e pagamento sem qualquer prestação de contas por mera apresentação de nota fiscal ou relatório constando reuniões e ligações telefônicas;
12. Evidente favorecimento pessoal face à prescindibilidade dos serviços prestados pela empresa ré;
13. Reincidência na prática da conduta ilegal por outras duas vezes, nos mesmos moldes anteriores.

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por LETICIA GREIN WELTER, liberado nos autos em 11/09/2019 às 23:16. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/pg/abrConfrendaDocumento.do>, informe o processo 0007220-75.2013.8.24.0058 e código 16C49538.

Outrossim, todos os envolvidos, principalmente os agentes públicos, detêm conhecimento da cautela que se deve ter nas contratações da administração pública, além do que, não se pode, nem mesmo na esfera particular, contratar um serviço sem saber quais os prestadores disso, nem se o preço é razoável.

Nossa jurisprudência costuma muitas vezes afastar a constatação do dolo, sob o entendimento de que o administrador agiu de uma forma "negligente", sendo chamado isso de um "mal administrar". Contudo, como bem aborda Emerson Garcia: *"In casu, afigura-se nitida a lesividade ao interesse público, sendo injurídico afirmar que a lei somente visa a punir o administrador desonesto, não o incompetente. Que seja incompetente na gestão de seus bens, não na condução do patrimônio público; que viole a sua moral individual, não a moralidade administrativa; que apresente os amigos com seus pertences, não com cargos públicos. Enfim, até mesmo para a incompetência deve ser estabelecido um limite."*¹⁹

Tais hipóteses podem ocorrer, mas somente quando não resta caracterizada a ciência e a vontade do agente público de praticar o ato ímprobo, e nesse caso direcionar a licitação para a contratação da empresa ré, mesmo que sob a prática de inúmeras ilegalidades e ilícitos. No caso em tela, eles tinham conhecimento da irregularidade da contratação da forma como foi feito, mas por isso que agiram assim.

Outrossim, como já mencionado, não foi a primeira vez que ocorreu contratação semelhante, por interesses particulares e políticos, mesmo que sob o manto do proveito e inovação do serviço adquirido, porque se apurou que por mais vezes ocorreram contratações sem licitação, com licitação fraudada, elevações de cargos, sendo sempre sob o pretexto da melhoria da saúde, da educação, do esporte, mas na verdade para favorecer parentes, amigos pessoais e políticos.

Em caso semelhante, transcreve-se irretocável acórdão do nosso Tribunal Barriga Verde, lavrado pelo Desembargador Newton Trisotto:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AQUISIÇÃO DE BENS SEM PRÉVIO PROCESSO LICITATÓRIO. VIOLAÇÃO DO "PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO" (CR, ART. 37, INC. XXI). PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. APLICAÇÃO DE PENAS DE MULTA E DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NÃO OBSERVADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

01. A Constituição da República prescreve que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (art. 37, caput). A imprecisão do conceito de "moralidade administrativa" foi parcialmente eliminada com a Lei n. 8.429/1992. Criou ela "tipos legais conformadores de improbidade administrativa" (José dos Santos Carvalho Filho). De ordinário, para a caracterização da improbidade administrativa é prescindível a conduta revestida de dolo específico; é suficiente o dolo genérico, "configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária

¹⁹ GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Op.cit. p. 358

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por LETICIA GREIN WELTER, liberado nos autos em 11/09/2019 às 23:16. Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/pg/abrConfrendaDocumento.do>, informe o processo 0007220-75.2013.8.24.0058 e código 16C49538.

aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade" (REsp n. 765.212, Min. Herman Benjamin; AgRg/REsp n. 752.272, Min. Humberto Martins).

02. A violação ao "princípio da licitação", insculpido no inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República, caracteriza, por si só, impropriedade administrativa, independente do elemento subjetivo da conduta do agente, da ocorrência de dano ao erário ou do enriquecimento ilícito, fatores que apenas deverão ser valorados para determinação e quantificação da pena.

03. Na imposição de sanções de qualquer natureza, deve o juiz considerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Este encerra o princípio da insignificância, que "surge como instrumento de interpretação restrita do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de substituição do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima" (REsp n. 898.392, Min. Arnaldo Esteves Lima). Pelas graves consequências que dela resultam, é justificável a imposição da pena de suspensão dos direitos políticos apenas quando proporcional à gravidade do ato ímprobo. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.085183-4, de Herval D'Oeste, rel. Des. Newton Trisotto, j. 25-06-2013).

No caso ora abordado, por todos os pontos debatidos, todos os envolvidos sabiam do direcionamento prévio de eventual licitação, e por isso, encontraram uma saída ilegal para que a empresa ré se sagra-se vencedora.

Pelo acima exposto, as condutas dos réus amoldam-se perfeitamente no disposto no art. 10, caput, e incisos VIII e XII, bem como artigo 11, caput, ambos da Lei nº 8.429/92, devendo, por sua vez, sofrer as sanções pertinentes, estabelecidas nos incisos II e III, do art. 12 da mesma lei, de forma que configurem uma resposta efetiva do poder judiciário para coibir tais atos. Afinal, "No campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ" (RESP 505068/PR, rel. Min. Luiz Fux).

4 - PEDIDO LIMINAR – INDISPONIBILIDADE DOS BENS

Tendo em vista o elevado montante do prejuízo causado ao erário municipal a ser ressarcido pelos réus, bem como que a empresa ré sequer deve possuir patrimônio, pois nem sede possui, é de se decretar liminarmente a indisponibilidade dos bens para que se garanta até provimento final o pagamento integral das sanções pecuniárias a serem impostas como ressarcimento dos danos que eles causaram aos cofres públicos.

A possibilidade da providência cautelar está expressamente contida no texto constitucional, prevendo o art. 37, § 4º, da Carta Magna, que "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 [...]"

Ocorre que, diversamente do objetivo acima transcrito de sancionar o ato de improbidade praticado, é a indisponibilidade de bens uma providência cautelar obrigatória, cujo desiderato é assegurar a eficácia dos proventos condenatórios patrimoniais, evitando-se práticas ostensivas, fraudulentas ou simuladas de dissipação patrimonial, com o fim de redução do ímprobo a estado de insolvência para frustrar a reversão aludida no art. 18, da Lei nº 8.429/92. Seu escopo é a garantia da execução da sentença que condenar à perda do proveito ilícito ou ao ressarcimento dano – art. 18.

De acordo com Wallace Paiva Martins Júnior:

Não é propriamente uma sanção, mas uma medida cautelar, que não é novidade jurídica e possui muita semelhança com a medida extrajudicial do confisco presidencial, que decretava a nulidade dos atos transmissivos da titularidade de bens e direitos e impedia seu registro. Da mesma forma, o decreto de indisponibilidade dos bens impede a transmissão dominial, a movimentação de ativos financeiros e a realização de operações mobiliárias e imobiliárias etc. (p. 451/452).

O decreto judicial de indisponibilidade pode ser deduzido na própria ação civil pública de improbidade administrativa, diferentemente do sequestro previsto no art. 16 da lei, que deve ser promovido em cautela própria.

Além disso, a indisponibilidade incide sobre tantos bens quanto forem necessários para o ressarcimento integral do dano, bem como em caso de multa para suprir tais valores, sendo que tal decisão não é irrevogável ou inalterável, pois pode, a qualquer momento, ser alterada, inclusive com a indicação pelo réu de algum bem que supra, por si só, o valor cuja devolução ao erário deve ser feito.

Porém, em sede liminar, dispensa-se a individualização dos bens pelo autor, abrangendo a universalidade de bens ou valores do patrimônio dos réus. Segundo bem lembra Wallace:

Deve a indisponibilidade dos bens ser proporcional à extensão do dano ou ao acréscimo patrimonial indevido, se houver elementos para o estabelecimento dessa relação, sendo lícito ao réu indicar bens, esboçando eventual excesso de abrangência no deferimento liminar da medida, recaindo não somente sobre os bens ou valores incorporados ilícitamente ou expressivos da lesão patrimonial, mas também sobre os bens ou valores do patrimônio do réu que sirvam para a satisfação da sentença condenatória e que tenham expressão econômica equivalente ao proveito ilícito ou ao dano ao erário.

Ainda, nosso E. Tribunal de Justiça tem entendimento de que a indisponibilidade de bens "deve ser reduzida ao valor equivalente ao acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito decorrente dos atos tidos por ímprobos, acrescido de três vezes sobre o montante, correspondente à multa que poderia ser aplicada na hipótese de procedência do pedido inicial, nos termos do inciso I, do art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa". (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.001583-3, de Correia Pinto, rel. Des. Jaime Ramos, j. 13-12-2012).

E em irretocável acórdão, da lavra do Relator Paulo Henrique Moritz

20 Grifo nosso.



Martins da Silva:

1 - O decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade deve assegurar o ressarcimento integral do dano (art. 7º, parágrafo único da Lei n.º 8.429/92), que, em casos de violação aos princípios da administração pública (art. 11) ou de prejuízos causados ao erário (art. 10), pode abranjer a multa civil, como uma das penalidades imputáveis ao agente improbo, caso seja ela fixada na sentença condenatória.

2 - Raciocínio inverso conspiraria contra a ratio essendi de referido limitador do exercício do direito de propriedade do agente improbo que é a de garantir o cumprimento da sentença da ação de improbidade". (REsp n. 957766/PR, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 9-3-2010).

RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.011715-1, da Capital, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 23-10-2012).

Para Marcelo Figueiredo, é difícil mensurar a extensão do dano causado, devendo então o pedido de indisponibilidade ser amplo, competindo ao requerente "apresentar uma estimativa sempre superdimensionada, a fim de garantir ainda que provisoriamente, futura recomposição" (Probidade Administrativa. . 34/35), e que essa providência não exige prova cabal, mas razoáveis elementos configuradores da lesão, pois "exige, s.m.j., não uma prova definitiva da lesão, mas, ao contrário, razoáveis provas para que o pedido de indisponibilidade tenha trânsito e seja deferido".

Os requisitos de plausibilidade do direito e de fundado receio de dano grave e de difícil reparação estão patentes. O *fumus boni juris* decorre do que já foi fartamente explorado no curso deste arrazoado, restando evidente que os réus foram responsáveis pelo dano causado aos cofres públicos por realizarem uma contratação completamente fraudada e ilegal, e por isso justamente nunca fiscalizaram e sequer se importavam com o dispêndio de dinheiro público.

O *periculum in mora* é manifesto na possibilidade dos réus, ao saber de tão grave imputação, derramar seu patrimônio com o fito de escapar à satisfação do objeto desta ação, além da empresa ré, supostamente a beneficiada, sequer possuir sede própria nem telefone, bem como a necessidade do erário ser ressarcido, pela primazia do interesse público sobre o privado. E, mais ainda, nas sábias palavras do Desembargador Newton Trisotto: "É firme a jurisprudência no sentido de que é desnecessária a prova da efetiva dilapidação patrimonial para o deferimento da medida, já que "salvo situações excepcionais, o agente público improbo tem contra si presunção de que procurará se furtar aos efeitos da condenação, desviando ou dilapidando o seu patrimônio [...]". (AC n. 2008.053901-7, de Pomerode, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, j. 1º-6-2010).

E ainda:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PEDIDO LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE CAUTELAR DE BENS INDEFERIDO - DESNECESSIDADE DE PROVA DA DILAPIDAÇÃO

PATRIMONIAL - RISCO PRESUMÍVEL POR LEI A PARTIR DA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS IMPROBOS - PRECEDENTES DO STJ - PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI JURIS VERIFICADOS - RECURSO PROVIDO

Segundo orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte, "o periculum in mora em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta impróbia lesiva ao erário é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial. Precedentes" (REsp n. 967.841/PA, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.9.2010) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.048823-9, de Içara, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 19-04-2012).

Segundo orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte, "o periculum in mora em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta impróbia lesiva ao erário é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial. Precedentes." (REsp n. 967.841/PA, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.9.2010) (Agravo de Instrumento n. 2011.048823-9, de Içara, rel. Des. Rodrigo Collaço).

Há, por isso, evidente necessidade de resguardar o interesse público, visando a assegurar a execução da sentença da presente, mediante a indisponibilidade dos bens de propriedade dos réus, igualmente divididos até o total de R\$ 651.750,00 (seiscentos e cinquenta e um mil, setecentos e cinquenta reais), correspondente ao dano causado e à multa possivelmente aplicada na condenação.

5 - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, e com o único objetivo de resguardar a moralidade administrativa, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**:

a) atuação da inicial juntamente com os documentos que a acompanham;
b) a concessão de liminar para tornar indisponíveis os bens dos réus FERNANDO MALLON, GILBERTO JOSÉ MUEHLBAUER, ALESSANDRO BUOZI MARTINS, JEAN CARLO LEUTPRECHT e SAMARA ABREU LEUTPRECHT, bem como da empresa MAIS PROJETOS ASSESSORIA LTDA, oficiando-se os Cartórios de Registro de Imóveis de São Bento do Sul/SC e de Jaraguá do Sul, e ao DETRAN/SC (Ciretran de SBS e Jaraguá do Sul), para indicarem bens, e procederem à indisponibilidade daqueles suficientes, no montante de R\$ 937.600,35 (novecentos e trinta e sete mil, seiscentos reais e trinta e cinco centavos) correspondente ao dano causado e à multa possivelmente aplicada na condenação (duas vezes o valor do dano), bem como, **preferencialmente, seja determinado o bloqueio de valores depositados em estabelecimentos bancários (BACEN-JUD) até o valor a ser ressarcido;**

c) a notificação preliminar dos réus Fernando Mallon (agente público) para apresentarem informações preliminares, conforme § 7º, art. 17, Lei nº 8.429/92;

d) o recebimento da petição inicial, com a citação de todos os réus para, querendo, contestarem o feito, sob pena de revelia;

e) a notificação do Município de São Bento do Sul para compor a lide na



condição de litisconsorte ativo, nos termos do art. 17, § 3º, da Lei n.º 8.429/92, bem como presente cópia de todo o procedimento de elaboração do projeto para o programa federal segundo tempo, supostamente feito nos anos de 2006, 2007 e 2008, assim como o valor recebido nesse período pela associação de handebol e para reforma da piscina municipal;

f) a produção de todas as provas admitidas em direito, especialmente a pericial, a testemunhal e a juntada de documentos novos, principalmente informações da forma de obtenção atual de valores junto a programas federais do Ministério dos Esportes, indicando servidor encarregado, e valor por esse servidor mensalmente recebido;

g) seja a final julgada procedente a presente Ação de Improbidade Administrativa, a fim de condenar os réus FERNANDO MALLON, ALESSANDRO BUOZI MARTINS, JEAN CARLO LEUTPRECHT, SAMARA ABREU LEUTPRECHT e MAIS PROJETOS ASSESSORIA LTDA às sanções pela prática dos atos de improbidade administrativa praticados, e o réu GILBERTO MUEHLBAUER ao ressarcimento dos danos causados ao erário, em razão da conduta impróbia praticada;

h) a condenação dos requeridos ao pagamento das custas processuais e verbas de sucumbência.

Dá-se à causa o valor de R\$ 937.600,35 (novecentos e trinta e sete mil, seiscentos reais e trinta e cinco centavos).

São Bento do Sul, 5 de dezembro de 2013.

ELAINE RIVA AUERBAUGH
Promotora de Justiça

ROL DE TESTEMUNHAS - ressalvando-se eventuais inclusões ou substituições no prazo legal para as partes indicarem testemunhas - art. 407, do Código de Processo Civil.

- 1 - Cláudia Moreira de Souza, com endereço profissional junto à Prefeitura Municipal de São Bento do Sul - Departamento de Contabilidade (fl. 742);
- 2 - Marcos Pollum, com endereço profissional junto à Prefeitura Municipal de São Bento do Sul - Secretaria de Finanças (fl. 744);
- 3 - Sylvio Roberto Munhoz, residente na Rua Germano Brand, 95, bairro Schramm, neste município (fl. 798);
- 4 - Milton Antonio Rodrigues, com endereço profissional na Rua Farmacêutico Alfredo Thomsen, 64, bairro Vila Nova, Blumenau - SC;
- 5 - Clarissa Isser, com endereço na Rua Vera Linhares de Andrade, 302, Córrego Grande, Florianópolis - SC (empresa Projeta) (fl. 918);
- 6 - Edmilson Benedito de Assis, com endereço na Rua Antonio Becket, 131, centro, neste Município.

SISJ/10482



PJ.S.BEN DO SUL 27/JUL/2011 13:52 001320

Ao Exmo Senhor Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de São Bento do Sul

058.11.003218-4

MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL, com sede à rua Jorge Lacerda, n. 75, Centro, inscrito no CNPJ/MF sob n. 86.051.398/0001-00, aqui representado por seu Prefeito Municipal que confere procuração específica ao patrono que esta subscreve (doc. 01), vem pela presente perante V.Exª apjuizar

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

contra:

FERNANDO MALLON, brasileiro, casado, advogado, inscrito no CPF sob n. 609.106.909.87, com domicílio em São Bento do Sul e endereço à rua Rua Erhard Bollmann, 37, Centro;

VANDERLEI DA SILVA, brasileiro, qualificação ignorada, inscrito no CPF N. 591.131.629-34 com domicílio em São Bento do Sul e endereço à Rua Carlos Goertler, 08, Serra Alta; e

A. MENDES TERRAPLANAGEM, LUNDIRIVAN L. MENEZES - MINERAIS LTDA, empresa com sede à Rod SC 438, Km 10, Pouso Alto, Gravatá, SC, CEP 88735-000, pelos motivos fáticos e jurídicos que passa a expor:

1. OS FATOS

Em 29/01/2008 o autor celebrou convênio de cooperação institucional com a Agência de Fomento do Estado de Santa Catarina (BADESC) com intuito de obter financiamento de R\$ 3,5 milhões do Programa Operacional do Fundo de Desenvolvimento Municipal -PRO-FDM para pavimentação de ruas (doc. 02 - fls 17/22).



Em 08/05/2008 o contrato de empréstimo referente ao convênio foi firmado com o BADESC (doc. 02 - fls 23/27).

Em 24/06/2008 o BADESC confirma, por ofício (doc. 02 - fl. 28), as ruas que seriam pavimentadas com recursos obtidos por meio do referido financiamento.

Em 15/07/2008, após procedimento licitatório - Edital de Concorrência Pública de nº 113/2208, o Município contratou a terceira ré para a pavimentação de 11 ruas da área urbana, pelo valor de R\$ 5.004.107,51, destes R\$ 4.134.887,86 para os materiais e R\$ 869.219,65 para a mão de obra. O prazo de execução consistia em 180 dias e mais 30 dias de vigência contratual (Contrato nº 197/2008 - doc 02 - fls. 29/34).

Em 01/09/2008 a terceira ré remeteu ofício ao autor, instruído com memorial justificativo e planilha de acréscimo (doc 02 - fls. 35/46), solicitando a lavratura de termo aditivo para, entre acréscimos e supressões de objeto, aumentar em R\$ 668.497,17 o valor do contrato de obra pública.

Ocorre que em 10/11/2008, sem parecer do Departamento de Projetos, sem a ovidia do agente financiador e na ausência de engenheiro fiscal da obra, foi acatada tal solicitação pelo primeiro réu e lavrado o Termo Aditivo nº 272/08 (doc 02 - fls. 47/48), que vai assinado pelos três réus, acrescendo R\$ 668.497,17 ao valor do Contrato Administrativo nº 197/08.

Quanto à ausência do engenheiro fiscal da obra, registre-se que no momento em que foi deferido o aditivo contratual o mencionado profissional estava de férias e que em 19/11/2008 foi solicitada pelo servidor-engenheiro a baixa da ART (Anotação de Responsabilidade Técnica) de Fiscalização junto ao CREA (doc 02 - fls. 08/09 e 12), donde o funcionário fez constar que "A obra encontra-se executada em aproximadamente 14% do total dos serviços".

Em 28/11/2008 foi então emitida a Nota de Empenho da referida despesa irregular (doc. 03). O valor da NE é de R\$ 953.981,68, todavia, consta do corpo da mesma NE - como consta igualmente do aditivo contratual - que apesar desta adição de novecentos e tantos mil, foram supridos outros R\$ 258.484,48, redundando num acréscimo do valor em questão, ou seja, do valor de R\$ 668.497,17.

Em 01/12/2008 a terceira ré apresentou uma nota fiscal no valor do aditivo (doc. 02 - fl. 49), donde consta que foi prestado o serviço de pavimentação asfáltica com CBUQ (concreto betuminoso usinado a quente).

Em 04/12/2008, três dias após, o segundo réu, na qualidade de Secretário Municipal de Planejamento e Urbanismo em exercício, liquidou a despesa atestando falsamente que "Declaro que os materiais/serviços foram entregues/prestados", como consta do carimbo sobre a referida nota fiscal (doc. 02 - fl. 49).





Esta declaração possibilitou o pagamento da despesa irregular, o que foi autorizado no dia seguinte, 05/12/2008, e pago em 12/12/2008, tudo conforme a Ordem de Pagamento n. 11321/08 (doc. 04).

Encerrado o ano de 2008 e o mandato do primeiro réu, foi dado início à nova gestão, em 01/01/2009.

Os atuais administradores ignoravam o que havia acontecido em relação ao contrato em questão, sendo que o primeiro contato da atual gestão com o caso se deu em 27/02/2009, quando a construtora protocolizou uma prorrogação de 180 dias no prazo contratual (doc. 02 - fl. 02). Este pedido deu início a um processo administrativo (n. 1028/2009) que vai juntado de fls. 01/71 e é o documento nº 02, acostado à presente, ao qual aqui se fazem inúmeras remissões.

Em 03/03/2009 foi negado o pedido de prorrogação contratual e determinado o início do procedimento de apuração de falta por inexecução contratual, já que encerrado o prazo do contrato o resultado era aquele declinado pelo engenheiro fiscal da obra, ou seja, apenas 14% de execução do escopo (doc. 02 - fls. 03/04).

Em 27/03/2009 a terceira ré se manifestou nos autos (doc. 02 - fl. 05/06) alegando que a falta de engenheiro fiscal da obra impunha a suspensão da fluência do prazo contratual, pelo que o mesmo restava suspenso, argumento este que foi acatado em decisão de 03/04/2009, com a revogação da ordem para apurar a falta de inexecução contratual (doc. 02 - fls. 10/11) e a emissão de nova Ordem de Serviço (doc. 02 - fl. 14), para retomada das obras pelo restante do prazo, ou seja, por mais 57 dias).

Não se diga que com isto foram esquecidas as medidas de responsabilização, pois em 13/04/2009 o atual Secretário de Planejamento e Urbanismo relatou as irregularidades, comunicando-as ao Prefeito Municipal através de memorando interno (doc. 02 - fls. 15/16) acostado a inúmeros documentos que o instruíam (doc. 02 - fls. 17/69), inclusive um relatório elaborado por três engenheiros civis detentores de cargo efetivo, que concluíram, em relatório de 19 laudas (doc. 02 - fls. 51/69), que 12% do que foi pago havia efetivamente sido executado, ou seja, foi pago indevidamente o valor de R\$ 587.758,34 à construtora contratada, a terceira ré.

Não obstante a empresa tivesse recebido quase R\$ 600 mil indevidamente - o que foi relatado pelo secretário no memorando referido - é fato que ela tinha um crédito de R\$ 359.227,14 decorrente de outro contrato de obra pública e, ademais, havia recolhido indevidamente, no final de 2008, todo o ISS incidente sobre a obra, ou seja, fora executado apenas 14% da obra, mas a empresa havia recolhido 100% do ISS, sem a ocorrência do fato gerador, o que significava que mui possivelmente a empresa poderia vir a ser credora, pela via da restituição, do importe de R\$ 193 mil.

Compensado o valor recebido a maior pela construtora, com o que a ela era devido e com o que poderia ser devido a título de ISS recolhido antecipadamente, o fato é que ainda restava, em favor do Município, o importe



aproximado de R\$ 35 mil, conforme declinado pelo secretário no referido memorando:

Assim, sugerimos que seja convocado o representante legal da empresa para tratar da pactuação de um eventual termo aditivo que, além de prorrogar o prazo contratual e de execução, também reduza o saldo de acréscimos/deduções previsto no TA 272/08 aos valores até aqui executados (R\$ 80.738,83), combinando-se a compensação da diferença (R\$ 587.758,34) com os valores até aqui devidos à empresa - 2ª medição desta obra no importe de R\$ 359.227,14 e recolhimento de ISS sobre fato gerador ainda não ocorrido (R\$ 193 mil) - o que poderia redundar num débito por parte de empresa de aproximadamente R\$ 35 mil, que poderia ainda ser compensado com créditos futuros decorrentes da execução da mesma obra.

A sugestão do Secretário foi acatada pelo Prefeito Municipal, que em 13/05/2009 enviou o Ofício n. 186 (doc. 02 - fls. 70/71) ao representante da construtora contratada, convocando-o a comparecer à Administração para, querendo, pactuar um novo aditivo contratual que permitisse a execução das parcelas restantes da obra, de forma que o que era devido à Administração na forma de pagamento antecipado fosse devidamente compensado.

O aditivo contratual referido (n. 161/2009 - doc. 05) foi pactuado em 09/06/2009 e consta do mesmo a revogação do aditivo irregular firmado em 2008, com a expressa menção de que o valor pago (R\$ 668.497,17) foi irregular e, portanto, seria entendido como antecipação de pagamento, devendo ser compensada com créditos futuros:

Cláusula Segunda - Fica revogado por iniciativa da contratante e assentimento da contratada, o Termo Aditivo 272/2008.

Cláusula Quarta - Considerando a revogação prevista na cláusula segunda e considerando que dos serviços previstos no termo ora revogado o valor de R\$ 590.874,34 (quinhentos e noventa mil, oitocentos e setenta e quatro reais e trinta e quatro centavos) não foi efetivamente prestado, não obstante tenha a despesa sido liquidada e paga, resolvem as partes que a importância acima referida passa a ser considerada antecipação de pagamento, devendo a importância ser compensada com créditos futuros da contratada, decorrentes ou não da obra objeto do contrato ora aditivado, sendo vedado o pagamento de valores enquanto não ocorrer a integral compensação destes valores.

¹ A antecipação de pagamentos é vedada pela alínea "c" do inciso II do art. 65 da Lei 8.666/93, todavia, tais antecipações, se ocorrerem, devem ser descontadas, tanto que o critério de desconto deverá constar no edital, conforme inciso XIV do art. 40 da mesma lei.



Portanto, a própria empresa (terceira ré) acabou por admitir expressamente que o recebimento fora irregular, comprometendo-se a executar as obras relacionadas no valor referido.

Considerando que a empresa havia se responsabilizado espontaneamente pelo ressarcimento devido, desaparecia, naquele momento, a obrigação de a Administração Municipal buscar, nos órgãos de controle administrativo e judicial (TCE, Judiciário, MP/SC), a responsabilização patrimonial, todavia, ainda persistia a obrigação de representar aos órgãos competentes para a devida responsabilização criminal (DI 2011/67, art. 1º, V³), administrativa (RI/TCE/SC, art. 109, II⁴) e, ademais, pelo cometimento do ato de improbidade, segundo fundamento jurídico abaixo.

A representação administrativa foi protocolizada no Tribunal de Contas de Santa Catarina, como se vê da cópia anexa (doc. 06), para o fim de apurar se é devida multa de até 5 mil reais pelo cometimento de "ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional" (art. 109, II, do RI/TCE/SC).

A representação criminal e a representação referida na Lei de Improbidade Administrativa foram protocolizadas no órgão do Ministério Público nesta comarca, como se vê da cópia anexa (doc. 07), e até onde se sabe os procedimentos não redundaram em ação penal e ação civil pública por ato de improbidade, motivo pelo qual ora seajuza a presente ação.

2. O DIREITO

2.1 As Ilícitudes Cometidas

Assim, encerrada a narrativa acima, onde são pontuadas inúmeras ofensas aos textos legais, parece certo que os requeridos cometeram as seguintes ilícitudes:

1. Deixaram de averiguar a efetiva necessidade dos serviços e volumes apresentados na planilha de acréscimo e supressão apresentada pela empresa contratada, tendo sido redigido o termo aditivo na exata maneira postulada por esta:

² Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:
V - Ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes.

³ Art. 109. O Tribunal poderá aplicar multa de até cinco mil reais, observada a gradação abaixo, aos responsáveis por:
II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, no valor compreendido entre oitenta por cento e oitenta por cento do montante referido no caput deste artigo;

II. Declararam que o Termo Aditivo 272/2008 foi executado em sua integralidade, tendo aposto carimbo e assinatura, os quais habilitaram a nota fiscal e planilha referida à quitação da avença, contudo, sem qualquer parecer técnico;

III. Permitiram que o pagamento fosse efetuado a "toque de caixa", eis que entre a emissão do primeiro termo aditivo (10.11.2008), a emissão da nota fiscal (01.12.2008), a declaração de que os serviços foram executados (04.12.2008) e ainda o pagamento integral realizado (12.12.2008), chega-se ao tempo de 32 dias, totalmente incompatível para uma obra de tal magnitude;

IV. Acatarem em sua totalidade a planilha de supressões e acréscimos exibida pela empresa contratada, que perfazia um crédito a mesma de R\$ 1.438.240,00, não realizando a devida averiguação quanto ao recebimento destes, os quais não restaram executados - fato este incontestável - em total afronta aos dispositivos legais;

Quanto ao referido acima, diga-se, ademais, que é certo que não houve qualquer levantamento quanto à necessidade de aditivo contratual e o mesmo foi elaborado sem parecer técnico do Departamento de Projetos da Secretaria Municipal de Planejamento e Urbanismo acerca de acréscimos e supressões requeridos.

Ademais, a autoridade administrativa que liquidou a despesa (segundo réu) não poderia tê-lo feito, já que está a atividade própria do fiscal da obra, que necessariamente é um membro habilitado do CREA. Neste sentido, registre-se que o engenheiro responsável pela fiscal das referidas obras estava de férias e que já havia baixado a ART de fiscalização junto ao CREA.

Desta forma, a liquidação da despesa se deu de forma irregular em ofensa à legislação e ao contrato, em especial o art. 62º da Lei 4.320/64 (regular liquidação) e a cláusula quinta do Contrato Administrativo nº 197/08 (doc. 02 - fl. 31), além de violar expressamente o item 6 da cláusula sexta do Contrato de Financiamento nº 1203/2008-3 (doc. 02 - fl. 19) firmado entre o Município de São Bento do Sul e o BADESC.

A liquidação da despesa, que "consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito", deveria ser feita pelo "representante da Administração

⁴ Art. 62 - O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

⁵ Art. 63 - A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:





especialmente designado⁶ para acompanhar, junto ao preposto da empreiteira⁷, a execução da obra pública.

Como se vê do prejulgado abaixo, emitido pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina e que, segundo o §3º do art. 1º da Lei Complementar Estadual nº 202/2000, tem caráter normativo para os Municípios catarinenses, a liquidação requer a aferição da efetiva execução do objeto do contrato, bem como dos serviços que teriam sido suprimidos e acrescidos ao pacto original:

Prejulgado TCE nº 1822/2006: 1. Constituem requisitos para pagamento de despesa a sua legitimidade, caracterizada pelo atendimento ao interesse público e à observância da lei em todas as fases de constituição e quitação, e a sua regular liquidação, consistente na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito (arts. 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/64, 57 a 61 da Resolução nº TC-16/94 e 47, II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas).

2. Recomenda-se que a aferição da legitimidade das despesas de exercícios anteriores sem empenhamento ou liquidação, em especial as deixadas por administrador antecessor, seja realizada em processo administrativo específico, conduzida por comissão designada pelo chefe do Poder, que promoverá a verificação da regularidade da constituição da despesa, considerando os seguintes aspectos:

a) interesse público atendido pela despesa;

- I - a origem e o objeto do que se deve pagar;
 - II - a importância exata a pagar;
 - III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.
- § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:
- I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
 - II - a nota de empenho;
 - III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

⁶ Lei 8.666/93 - Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das falhas ou defeitos observados.

⁷ Lei 8.666/93 - Art. 68. O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para apresentá-lo na execução do contrato.

⁸ LC 202/2000: Art. 1º (...) § 3º As decisões do Tribunal de Contas em processo de consulta, tomadas por no mínimo dois terços dos Conselheiros que o compõem, têm caráter normativo e constituem prejulgamento da tese.



b) cumprimento das normas legais para instituição ou contratação, inclusive licitação, quando exigível;

c) existência de dotação orçamentária para a despesa e conformação com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e com o Plano Plurianual;

d) regular liquidação, incluindo a comprovação da efetiva execução do objeto do contrato em conformidade com as quantidades e características estabelecidas no instrumento contratual (credor tenha cumprido as obrigações a seu encargo estipuladas no contrato), o recebimento das mercadorias, bens, serviços e obras pela Administração e a existência de comprovantes hábeis do crédito, como nota fiscal, recibo, ordem de tráfego, bilhete de passagem, entre outros, que deverão ser fornecidos pelo vendedor, prestador de serviços, empreiteiro e outros contratados.

3. Os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente, assim consideradas as obrigações de pagamento criadas em virtude de lei, mas somente reconhecido o direito do reclamante após o encerramento do exercício correspondente, poderão ser pagos à conta de dotação destinada a atender despesas de exercícios anteriores, respeitada a categoria econômica própria, conforme previsto pelo art. 37 da Lei Federal nº 4.320/64 combinado com o art. 22, §§ 1º e 2º, "c" do Decreto Federal nº 93.872, de 23/12/1986.

O caráter normativo dos prejulgados do TCE/SC é regulamentar, ou seja, deixar de cumprir o que consta do prejulgado é o mesmo que deixar de cumprir a regulamentação de uma lei.

2.2 A Tipificação como Ato de Improbidade

Os ilícitos acima referidos se enquadram nos tipos da Lei de Improbidade Administrativa, como se verá adiante.

O pagamento do valor de R\$ 668.497,17 feito por ordem do Ordenador da Despesa no dia 12/12/2008 em desobediência aos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64 e em afronta aos arts. 67, § 1º e 68 da Lei 8.666/93, como demonstrado acima, caracteriza a "realização de despesa não autorizada em lei", a "liberação de verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes", a "aplicação irregular" das mesmas verbas públicas, além de coarctar para que a construtora enriquecesse ilícitamente, causando com isto





perda patrimonial ao erário e tipificando o contido no caput e nos incisos IX, XI e XII do art. 10º da Lei 8.429/92.

Não se diga que o dano acabou não ocorrendo e que por isso não há ato de improbidade, pois é verdade que o dano patrimonial não ocorreu, mas isso porque a atual gestão despendeu todos os esforços para, ao longo do ano de 2008, conseguir que a construtora executasse obras em contraprestação ao que já havia recebido, todavia, segundo o art. 21º I, da Lei 8.429/92, a aplicação das sanções independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento.

Ou seja, não fosse a atual gestão ir "buscar" os recursos desviados por dolo ou culpa da gestão anterior, agora a pena devida pelos atos de improbidade poderiam inclusive incluir o ressarcimento.

A pena decorrente do ilícito cometido é a que vai descrita no inciso II do art. 12º, aplicável ao caso concreto, ou seja, 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

Os responsáveis são os envolvidos na execução da despesa, que se inicia na confecção do aditivo irregular, até o seu pagamento. Assim, o ex-Prefeito Municipal, o ex-Secretário Municipal de Planejamento e Urbanismo e a construtora A.Mendes.

3. PEDIDO

9 Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal barateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no Art. 1º desta Lei, e notadamente:

- IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
- XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
- XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
- 10 Art. 21 - A aplicação das sanções previstas nesta Lei independe:
 - I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;
 - 11 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:
- 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;

Isto posto, requer seja a inicial recebida e autuada e sejam notificados os requeridos, para, querendo, oferecer manifestação por escrito no prazo legal, conforme §7º do art. 17 da Lei 8.429/92. Após a manifestação requer seja recebida a ação e determinada a citação dos réus.

Por fim, pede seja julgada procedente a presente ação para, na medida da culpabilidade de cada qual, condenar (i) os dois primeiros réus à pena de suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, (ii) os três réus à multa civil individual de até duas vezes o valor atualizado do dano (R\$ 590.874,34), (iii) o terceiro réu à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo prazo de cinco anos, tudo aquilato prudentemente pelo Juízo.

Protesta pelos idôneos meios de prova que especificará oportunamente, mediante intimação e, desde já, pela oitiva de testemunhas cujo rol a seu tempo será arrolado e o depoimento pessoal dos réus.

Dá à presente ação o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

São Bento do Sul, 02 de julho de 2010.

CESAR GODOY
Procurador Jurídico

Documentos Anexos

- Doc. 01 – Portaria de Nomeação do Procurador
- Doc. 02 – Autos do PA n. 1028/2009 (fls. 01/171)
- Doc. 03 – Nota de Empenho n. 7364
- Doc. 04 – Ordem de Pagamento 11321
- Doc. 05 – Termo Aditivo 161/2009
- Doc. 06 – Representação Administrativa no TCE/SC
- Doc. 07 – Representação Criminal e Representação por Ato de Improbidade no MP/SC

