


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **0020427-96.2005.8.26.0566**
Classe - Assunto: **Ação Civil Pública - Atos Administrativos**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Daniel Felipe Scherer Borborema

RELATÓRIO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO propôs ação civil pública de improbidade administrativa contra o MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS (ente público), ALBERTO LABADESSA (agente público), DIAGVERD COMERCIAL LTDA, ELITE COMERCIO E REPRESENTACAO DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA, POLAR FIX MATERIAL HOSPITALAR LTDA, DALISSOM BETEL COMERCIAL LTDA (pessoas jurídicas beneficiárias) e JOSÉ INÁCIO DE OLIVEIRA (sócio-gerente da beneficiária Dalissom Betel Comercial Ltda). A ação é movida com dois fundamentos. O primeiro: o réu Alberto Labadessa, então Secretário Municipal de Saúde e gestor do Fundo Municipal de Saúde, no dia 15/05/2000, fracionou indevidamente a aquisição de medicamentos padronizados, pela prefeitura municipal, autorizando a compra desmembrada, por dois convites (nº 005/2000; nº 006/2000), cujos valores estimados da contratação, somados, exigiriam a licitação por tomada de preços (art. 23, II, "b", Lei nº 8.666/93), caracterizando burla à modalidade licitatória e ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, VIII da Lei nº 8.429/92 ("frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente"). O pedido correspondente é de declaração de nulidade dos procedimentos licitatórios e contratos derivados deles e condenação dos réus nas sanções por ato de improbidade, inclusive ressarcimento ao erário, este de forma solidária. O segundo: na execução do contrato derivado do convite nº 005/2000, houve o pagamento de R\$ 3.024,00 à ré Polar Fix Material Hospitalar Ltda. O pedido correspondente é de condenação da ré ao ressarcimento ao erário.

Os réus foram notificados e a inicial foi recebida (fls. 416/420).

Alberto Labadessa contestou (fls. 438/441) ratificando a defesa preliminar de fls. 312/316, sustentando a ausência de nulidade no desmembramento, que se justifica (a) economicamente: fez-se a divisão por grupos farmacológicos, levando-se em conta que os fornecedores não operam com todas as linhas de produtos, o que evita o refaturamento que encarece o produto (b) tecnicamente: um dos lotes teve por objeto medicamentos mais caros e com menos fornecedores no mercado, a respeito dos quais, por suas características, não poderia haver a menor dúvida sobre a qualidade, enquanto que o outro lote teve por objeto medicamentos mais baratos e com mais fornecedores, com fatores tecnológicos menos relevantes. Subsidiariamente, alega a ausência do elemento subjetivo necessário para a caracterização do ato de improbidade. Subsidiariamente, alega a desproporcionalidade entre o ato de improbidade atribuído e as sanções postuladas. .

O Município de São Carlos pleiteou a sua inclusão no pólo ativo nos termos do art. 17, § 7º da Lei 8.429/92, não contestando.

Dalissom Betel Comercial Ltda e José Inácio de Oliveira contestaram (fls. 593/630) alegando, em preliminar, inépcia, pois da narração dos fatos não decorreria



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

os pedidos. No mérito, diz que não participou do ato de fracionamento e não agiu com dolo, assim como efetivamente forneceu os produtos adquiridos, inexistindo prejuízo ao erário ante a ausência, ademais, de superfaturamento.

Polar Fix Material Hospitalar Ltda contestou (fls. 447/448) alegando ausência de dolo, inclusive quanto ao pagamento recebido a maior, em relação ao qual propõe a devolução da quantia.

Diagverd Comercial Ltda contestou (fls. 529/533), alegando, em preliminar, inépcia da inicial. No mérito, sustenta a ausência de dolo e de ato de improbidade de sua parte.

O autor ofereceu réplica (fls. 636/638).

O processo foi saneado (fls. 650) com o desacolhimento das preliminares e determinação de produção de prova testemunhal, ouvindo-se, em audiência de instrução, duas testemunhas (fls. 681/683, 702/703).

O processo foi extinto em relação à ré Polar Fix Material Hospitalar, com quem foi celebrado acordo para a devolução do montante recebido a maior (fls. 700/701), que depositou judicialmente a quantia (fls. 730,739,750,752,754 e 760).

FUNDAMENTAÇÃO

O julgamento tem como objeto apenas a questão do fracionamento na aquisição de medicamentos com burla a modalidade licitatória, vez que a questão alusiva ao pagamento a maior, feito a Polar Fix Material Hospitalar, foi solucionado pelo acordo celebrado em audiência (fls. 700/701).

A ação é parcialmente procedente.

O réu Alberto Labadessa, então Secretário Municipal de Saúde e gestor do Fundo Municipal de Saúde, na mesma data, 15/05/2000, autorizou a abertura de dois procedimentos licitatórios, simultaneamente processados, para a aquisição de medicamentos padronizados.

A necessidade pública que se apresentava, qual seja, adquirir os medicamentos padronizados para o seu fornecimento por intermédio da rede pública de saúde - lembrando que todos os medicamentos constavam de um mesmo e único memorando encaminhado pela Fundação para o Remédio Popular – FURP, conforme mencionado pela testemunha José Roberto Campos Alvarez, fls. 681/683 -, não poderia ser inteiramente satisfeita por cada um dos contratos, isoladamente considerados. As duas aquisições, simultaneamente, é que a satisfaziam.

Houve fracionamento de despesa, procedimento ilegal pelo qual se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa.

Quanto ao caso, houve fuga da tomada de preços, exigível considerado todo o objeto, procedendo-se a duas licitações indevidamente executadas pela modalidade carta-convite.

O parcelamento do objeto, em si, pode ser lícito, e a lei inclusive o recomenda, desde que no intuito de melhor aproveitar os recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade sem perda de economia de escala, nos termos do art. 23, § 1º da Lei nº 8.666/93.

O problema não está, em si, na divisão, e sim na fuga à modalidade licitatória, que deve ser identificada com base no valor da somatória das contratações fruto


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

do parcelamento.

Na hipótese em exame, aliás, não há qualquer dúvida de que houve o indevido fracionamento de despesa, inclusive pelo depoimento da Leda Maria Cardinal de Aquino, que trabalhava no departamento de compras da Secretaria da Saúde e declarou que o réu Alberto Labadessa e o então Diretor Municipal de Saúde (ouvido às fls. 681/683) "optaram pela modalidade carta-convite pois as experiências anteriores [com a tomada de preços] foram desastrosas, uma vez que as empresas [na tomada de preços] eram desconhecidas e os medicamentos não tinham a qualidade esperada", acrescentando depois outras razões pelas quais, no intuito de se afastar a tomada de preços, "optou-se pela carta-convite separando-se por lotes e tipos de medicamentos".

Todo o depoimento da testemunha em questão mostra-nos que de fato o objetivo central do fracionamento não foi qualquer dos contemplados em lei, como "melhor aproveitar os recursos disponíveis no mercado", ou "a ampliação da competitividade sem perda de economia de escala", se não, verdadeiramente, a fuga à tomada de preços, reputada subjetivamente indesejável, em nítido desvio de finalidade.

"A atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas consequências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar conseqüências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as consequências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática" (SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 8ª Ed. Forense. Rio de Janeiro: 2010. pp. 87).

O procedimento é ilegal e, por exemplo, é repellido pelo TCU (Decisão: Plenário: 197/1997, 202/1996; os Acórdãos: Plenário: 3373/2006, 1386/2005, 82/2005, 165/2000; Primeira Câmara: 409/2009, 2337/2008, 1768/2008, 1208/2008, 2948/2006, 2057/2006, 176/2006, 107/2006, 47/2006, 3157/2004, 2528/2003; Segunda Câmara: 1046/2009, 51/2008, 211/2007, 2220/2006) e pelo TCE (tanto que no presente caso a investigação iniciou-se a partir de provocação do TCE).

A doutrina também adverte a esse respeito: FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª Ed. Dialética. São Paulo: 2005. pp. 207.

Na realidade, a violação é à letra da lei, ante o disposto na parte final do § 2º do art. 23: "na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior [parcelamento do objeto], a cada etapa ou conjunto da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação".

Quanto ao elemento subjetivo do ato de improbidade, está bem comprovado o dolo, por um conjunto de circunstâncias, quais sejam (a) o depoimento Leda Maria Cardinal de Aquino, mostrando claramente que o principal objetivo do fracionamento foi realmente a fuga à tomada de preços (b) a violação a disposição literal da lei (c) a existência de entendimento dos tribunais de contas que foi solenemente desprezado.

Está comprovado, pois, o ato de improbidade administrativa, com a ofensa aos deveres de lealdade às instituições e legalidade (art. 11, caput, Lei nº 8.429/92) e desvio de finalidade (art. 11, I).

Não é caso, porém, de ato de improbidade administrativa que causa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

prejuízo ao erário, pois não demonstrou o Ministério Público que a fuga à tomada de preços objetivamente implicou a aquisição dos medicamentos em valor inferior ao de mercado ou ao que seria alcançado com o emprego da modalidade licitatória prevista legalmente.

O uso de modalidade licitatória inferior à prevista na lei não significa, automaticamente, que foi praticado ato de improbidade administrativa causador de prejuízo ao erário. O fato de a fuga à modalidade licitatória enquadrar-se em um dos incisos do art. 10 não exime o Ministério Público do ônus de evidenciar o dano ao erário. O dano concreto – não hipotético – é elemento constitutivo de qualquer ato de improbidade previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/92.

Impõe-se, nessa linha de raciocínio, o acolhimento parcial do pedido em relação a Alberto Labadessa.

A declaração de nulidade das contratações não será acolhida pela razão de que os contratos já foram inteiramente executados e sua eficácia não será alcançada pela presente sentença.

Quanto aos demais réus, não é caso de reconhecimento de ato de improbidade, eis que ausente o indispensável elemento subjetivo.

Evidentemente que a situação do Administrador Público que adquire bens de modo ilegal não é a mesma das empresas e fornecedores interessados e que ao final vendem os bens. Enquanto o Administrador Público está assujeitado a uma série de princípios e regras cogentes, de observância obrigatória (como consequência inclusive da indisponibilidade do interesse público e de gestor da coisa alheia - princípio democrático) no que tange a tais aquisições - os quais, se não respeitados, podem sim dar ensejo à responsabilização por improbidade administrativa -, a situação é distinta para o particular.

O particular interessado em vender não tem a obrigação legal de verificar e fiscalizar a legalidade do procedimento que antecedeu a celebração do contrato. De fato, na ótica do particular, prepondera a regra da presunção de veracidade e legalidade do ato administrativo. Assim, se o Poder Público demonstra interesse em adquirir determinado produto do particular, não possui este qualquer obrigação de solicitar à repartição competente toda a documentação administrativa pertinente àquela compra, nem de examiná-la, e muito menos de estudar a lei, a doutrina e a jurisprudência administrativa.

Pode o particular, perfeitamente, presumir a legalidade do contrato, a não ser que haja uma situação de manifesta suspeição perceptível ao leigo envolvido no negócio. Não é o caso dos autos.

Ingressa-se na questão da dosimetria.

O art. 12, III autoriza a aplicação das seguintes sanções (a) ressarcimento integral do dano (b) perda da função pública (c) suspensão dos direitos políticos (d) multa civil (e) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

O ressarcimento do dano deve ser afastado pois que não se comprovou qualquer prejuízo ao erário no caso específico, já que os bens foram fornecidos. Na hipótese de ausência de sobrepreço, a ordem de devolução implicaria enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública. Nesse sentido: REsp 963.578/RO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ªT, j. 17/03/2009; REsp 269.683/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Min. PAULO MEDINA, 2ªT, j. 06/08/2002; REsp 1238466/SP, Rel. Min.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ªT, j. 06/09/2011; REsp 728.341/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ªT, j. 06/03/2008.

A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, in casu, seriam desproporcionais, considerada a gravidade da infração.

Cabíveis, pois adequadas, necessárias e proporcionais, as sanções de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A multa é fixada em 02 vezes o valor da remuneração percebida pelo réu no 15/05/2000; a proibição, pelo prazo de 03 anos (rigidamente previsto na lei).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação para CONDENAR o réu ALBERTO LABADESSA como incurso no art. 11, caput e inciso I da Lei nº 8.429/92, aplicando-lhe, em consequência, as penas de (a) multa civil, no valor correspondente a 02 vezes o valor da remuneração bruta percebida pelo réu no mês de maio/2000, com atualização pela tabela do TJSP desde maio/2000, e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação (b) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de 03 anos.

Ao Município de São Carlos, que ocupa o pólo ativo, desde já determina-se a apresentação do holerite do réu no mês de maio de 2000.

P.R.I.

São Carlos, 14 de maio de 2015.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA