

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5003197-41.2015.4.04.7100/RS

RELATOR : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA

APELANTE : GUILHERME FIRPO DAL PONTE

: MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN

: MARIO STEFFEN

: MARISA CARVALHO DA ROSA

ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN

APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELANTE : OBERDAN SCHIEFELBEIN

: PAULO SÉRGIO PANIZ

ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN

APELADO : INTERSUL ALIMENTOS LTDA

: MARCOS ANTÔNIO STEIL

ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN

APELADO : OS MESMOS

EMENTA

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMANDO MILITAR DO SUL. GESTÃO. ESQUEMA DE FRAUDES À LICITAÇÃO E PAGAMENTO ANTECIPADO DE PRODUTOS NÃO ENTREGUES. DIRECIONAMENTO. FRAUDE EM LAUDOS PERICIAIS QUANTO À QUALIDADE DE ALIMENTOS RECEBIDOS. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E DANO AO ERÁRIO. DOLO E MÁ-FÉ. CONFIGURADOS. SANÇÃO. PROPORCIONALIDADE. PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICITÁRIA.

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

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

3. Mediante exame de vasto conjunto probatório, reconheceu a Justiça Militar que a conduta imputada ao militar e ao civil importou na obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, proferindo condenação por crime de estelionato (art. 251 CPM).

4. O prejuízo ao erário é muito superior ao apurado, o que se deve em parte à destruição de documentos e provas, bem como à impossibilidade de

quantificar o dano de produtos recebidos em qualidade inferior ao contratado após o seu consumo, sendo, no entanto, limitado aos valores encontrados quando do Inventário de Gêneros e Laudo Pericial Contábil.

5. Nos termos do artigo 21 da Lei n. 8.429/1992, *"a aplicação das sanções" nela previstas "independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas"*.

6. O Tribunal de Contas da União profere juízo apenas sobre a regularidade das contas examinadas e não sobre a responsabilidade do seu exator ou pagador, não invadindo as outras esferas de jurisdição, tendo, no caso, reconhecido a irregularidade das contas, declarando a ausência de prejuízo apenas sobre parcela dos fatos apurados, o que não afasta o exame das demais inconformidades.

7. Nada impediria a entrega dos gêneros alimentícios de forma parcelada, desde que tal circunstância efetivamente constasse do contrato e o pagamento fosse de acordo com a ordem cronológica das entregas e suas datas de exigibilidade, nos termos do que permite a legislação (arts. 5º, 55, II e III, e 65, II, 'c', todos da Lei 8.666/93), o que não se admite é a antecipação do pagamento sem a efetiva entrega dos gêneros licitados.

8. Diante de todos os fatos relatados, cujas condutas ilícitas imputadas não se restringem unicamente aos atos invocados na presente ação de improbidade administrativa, tendo a gestão do militar sido alvo de inúmeras outras ações penais e tomadas de contas especiais, a demonstrar a reiteração da prática irregular, ficando ressaltado a objetivo de desviar o foco das investigações e impingir responsabilidades a outros militares, estando demonstrado o intencional descontrole de estoques e desorganização documental, inclusive com destruição de provas, tenho por plenamente comprovada a conduta dolosa e de má-fé do Ten Cel, que atuou no comando do esquema fraudulento, gerando um prejuízo milionário aos cofres públicos.

9. A absolvição na esfera penal, pela ausência de tipicidade penal da conduta, não impediu o Superior Tribunal Militar de atestar em diversas passagens o dano ao patrimônio público gerado pelos atos da chefe do Laboratório de Inspeção e Análise Bromatológica da 3ª Região do Comando Militar do Sul, a qual, embora ciente da inferior qualidade do produto entregue, formalizava o recebimento de acordo com a nota de empenho, o que oportunizou o auferimento de vantagem ilícita pela empresa vencedora do certame e prejuízo ao erário.

10. Quando se trata de ordens emanadas no meio castrense, a prática demonstra a imposição da obediência irrestrita ao comando superior, sob pena do militar, que ostenta patente inferior, ser submetido a sanções disciplinares, penais ou ter sua carreira militar prejudicada por conta da insubordinação. Merece ser considerada a rigidez da disciplina e hierarquia militares, bem como a aparente regularidade e aval do comandante superior, de modo que não seria razoável exigir comportamento diverso dos subordinados, os quais não detinham da experiência necessária nas funções atribuídas, exercendo juízo de confiança nas ordens superiores. Afastada a responsabilidade dos

subordinados, porquanto não atuaram com a culpa grave necessária para caracterização do ato de improbidade previsto no art. 10 da Lei n. 8.429/92.

11. Presente a má-fé dos demais réus (suficiente para a constatação do dolo genérico), viável a incidência do sancionamento previsto no art. 12, II, da Lei n. 8.429/1992, na forma da reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

12. Ainda que assim não fosse, não há como afastar a caracterização de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11, *caput*), porquanto os atos relatados importaram em violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade à instituição sobre a qual exerciam a gestão.

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

14. Condenação ao ressarcimento do prejuízo ao erário devidamente demonstrado nos autos.

15. Embora a pena de suspensão dos direitos políticos seja a sanção mais drástica prevista no art. 12 da Lei 8.429/92, porquanto impõe limitação a direito fundamental, o caso dos autos exige sua aplicação pelo prazo de cinco anos.

16. Multa civil fixada proporcionalmente de acordo com a gravidade das condutas, considerando os prejuízos causados, a destruição de provas, somado aos indícios de enriquecimento ilícito dos militares envolvidos.

17. Aplicada a pena de perda da função pública para o mentor e comandante do esquema fraudulento que proporcionou prejuízo ao erário, ante a grave violação aos deveres funcionais, independentemente de a mesma punição já ter sido aplicada em outra esfera, haja vista que incumbe ao Poder Judiciário a aplicação das penalidades previstas no artigo 12 da Lei n. 8.429/1992.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação de Paulo Sérgio Paniz e Guilherme Firpo Dal Ponte, dar parcial provimento à apelação do MPF e negar provimento às apelações de Oberdan Schiefelbein, Maria de Fátima Silva Schiefelbein e Mario Steffen e Mariza Carvalho da Rosa, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de setembro de 2015.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7717054v20** e, se solicitado, do código CRC **9511F634**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a):	FERNANDO QUADROS DA SILVA:53012780963
Nº de Série do Certificado:	581DE44528A71A2D
Data e Hora:	15/09/2015 17:51:05

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5003197-41.2015.4.04.7100/RS

RELATOR : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA

APELANTE : GUILHERME FIRPO DAL PONTE

: MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN

: MARIO STEFFEN

: MARISA CARVALHO DA ROSA

ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN

APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELANTE : OBERDAN SCHIEFELBEIN

: PAULO SÉRGIO PANIZ

ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN

APELADO : INTERSUL ALIMENTOS LTDA

: MARCOS ANTÔNIO STEIL

ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN

APELADO : OS MESMOS

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra **OBERDAN SCHIEFELBEIN, MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN, MARCOS ANTÔNIO STEIL, GUILHERME FIRPO DAL PONTE, PAULO SÉRGIO PANIZ, INTERSUL ALIMENTOS LTDA., MÁRIO STEFFEN e MARISA CARVALHO DA ROSA**, postulando a condenação dos réus às sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei n.º 8.429/1992, e ao ressarcimento integral do dano, pela prática de atos de improbidade administrativa, previstos nos artigos 10, I, VIII, XI, XII, e 11 da mesma Lei.

Narrou o MPF que a conduta dos réus causou prejuízo ao patrimônio público da União, porquanto era efetuada a liquidação antecipada de despesas relativas a produtos alimentícios adquiridos pela 3ª Região do Comando Militar do Sul, sem que o bem descrito na nota de empenho tivesse sido de fato entregue. Desse modo, parte dos produtos não eram entregues ou eram recebidos em quantidade menor ou qualidade inferior, inclusive mediante a emissão de laudos periciais falsos. Relata, ainda, fraude em diversos processos licitatórios, com favorecimento da empresa ré Intersul Alimentos Ltda..

Segundo descreve:

"(...) ficou claro o modus operandi das improbidades em apreciação: os réus Guilherme, Marcos Antônio e Oberdan atestavam, no verso das Notas Fiscais emitidas pela empresa

Intersul Alimentos Ltda., gerida pelos réus Mário e Marisa, o falso recebimento das mercadorias, ou porque essas não eram entregues na data atestada pelos réus-militares, ou porque eram entregues em quantidade e/ou qualidade diversa da que constava nos respectivos documentos. Esse procedimento só se tornou viável com a colaboração dos réus Maria de Fátima e Paulo Sérgio, os quais confeccionavam laudos fiscais enganosos no que diz respeito à qualidade dos produtos.

Com relação aos réus Mário e Marisa, valendo-se da qualidade de dirigentes da empresa Intersul Alimentos Ltda., participavam do esquema, pois determinaram: a) que não fosse remetida a quantidade de mercadorias que era lançada nas notas fiscais ou que foi objeto de compra pelo Exército Nacional (União); b) e/ou que não fosse remetida mercadorias na qualidade que era lançada nas notas fiscais ou que foi objeto de compra pelo Exército Nacional (União); c) e/ou que fosse encaminhado (total ou parcialmente) somente após o pagamento as mercadorias lançadas nas notas fiscais ou que foram objeto de compra pelo Exército Nacional (União). Com isso, concorreram diretamente para o desvio de dinheiro público, pois receberam os valores totais pelos quais as mercadorias eram empenhadas, sem entregá-las, entregando-as (no todo ou em parte) em data posterior ao recebimento dos valores correspondentes.

Por fim, o réu Oberdan também geriu de forma irresponsável a coisa pública, permitindo a prática de irregularidades em licitações ou praticando diretamente tais irregularidades. Além disso, participou diretamente da prática da maioria dos atos ímprobos descritos nos itens 1, 2 e 3 deste Título da peça vestibular (intitulado "Dos Fatos"), bem como criou uma verdadeira "rede de proteção para as irregularidades praticadas em conjunto com os demais réus." (fls. 42 e 43).

Recebida a inicial, a União manifestou-se, juntando documentos e regramentos acerca da matéria.

Contestado e instruído o feito, sobreveio sentença (Evento 2, SENT257, origem), julgando parcialmente procedentes os pedidos, em dispositivo assim redigido:

"(...)

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos deduzidos na presente ação civil pública de improbidade administrativa, resolvendo o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, para, reconhecendo a prática dos atos de improbidade administrativa mencionados na petição inicial, na forma do artigo 10, I, VIII, XI e XII e do artigo 11, da Lei n.º 8.424/1992:

III.1. condenar os réus, solidariamente, ao ressarcimento integral do dano, referente a entrega menor quantidade ou qualidade ou a não entrega de alimentos, nos termos do art. 12, II, da Lei n.º 8.429/1992, acrescido de juros e correção monetária, conforme o item II.2.4 da fundamentação;

III.2. condenar os réus, solidariamente, ao ressarcimento integral do dano, à exceção de INTERSUL ALIMENTOS LTDA. e seus sócios, em relação aos serviços não prestados, nos termos do art. 12, II, da Lei n.º 8.429/1992, acrescido de juros e correção monetária, conforme o item II.2.4 da fundamentação;

III.3. condenar os réus OBERDAN SCHIEFELBEIN, MARCOS ANTÔNIO STEIL, MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN, MÁRIO STEFFEN, MARISA CARVALHO DA ROSA e INTERSUL ALIMENTOS LTDA. ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), nos termos do art. 12, II, da Lei n.º 8.429/1992, acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar da sentença, permitido o parcelamento, nos termos do item II.2.5.2. da fundamentação;

III.4. condenar o réu GUILHERME FIRPO DAL PONTE ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), da Lei n.º 8.429/1992, acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar da sentença, permitido o parcelamento, nos termos do item II.2.5.2. da fundamentação;

III.5. condenar o réu PAULO SÉRGIO PANIZ ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 17.000,00 (dezesete mil reais), da Lei n.º 8.429/1992, acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar da sentença, permitido o parcelamento, nos termos do item II.2.5.2. da fundamentação;

III.6. proibir os réus OBERDAN SCHIEFELBEIN, MARCOS ANTÔNIO STEIL, MARIO STEFFEN, MARISA DA ROSA CARVALHO, GUILHERME FIRPO DAL PONTE, PAULO SÉRGIO PANIZ e INTERSUL ALIMENTOS LTDA. 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 sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 12, II, da Lei n.º 8.429/1992, conforme item II.2.5.4. da fundamentação;

III.7. condenar os réus MARIO STEFFEN, MARISA DA ROSA CARVALHO e INTERSUL ALIMENTOS LTDA. à perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, nos termos do art. 12, II, da Lei n.º 8.429/1992, conforme item II.2.5.5. da fundamentação.

Sem custas ou honorários advocatícios (REsp 1346571/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013).

(...)"

Os embargos de declaração opostos por Maria de Fátima Oberdan Schiefelbein foram julgados nos seguintes termos (Evento 2 - SENT263):

"(...)

Com base no exposto, (I) rejeito os embargos de declaração opostos por MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN e (II) acolho parcialmente os embargos declaratórios opostos por OBERDAN SCHIEFELBEIN, agregando-lhes parciais efeitos infringentes, para o fim de reconhecer como não comprovado o prejuízo ao erário, mantida a condenação dos réus pela prática de atos de improbidade administrativa, nos termos dos arts. 11 e 12, III, da Lei n.º 8.429/92, passando o dispositivo da sentença embargada a ter o seguinte teor:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos deduzidos na presente ação civil pública de improbidade administrativa, resolvendo o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, para, reconhecendo a prática dos atos de improbidade administrativa mencionados na petição inicial, na forma do artigo 11, da Lei n.º 8.424/1992:

III.1. condenar os réus OBERDAN SCHIEFELBEIN, MARCOS ANTÔNIO STEIL, MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN, MÁRIO STEFFEN, MARISA CARVALHO DA ROSA e INTERSUL ALIMENTOS LTDA. ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), nos termos do art. 12, III, da Lei n.º 8.429/1992, acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar da sentença, permitido o parcelamento, nos termos do item II.2.5.2. da fundamentação;

III.2. condenar o réu GUILHERME FIRPO DAL PONTE ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), da Lei n.º 8.429/1992, acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar da sentença, permitido o parcelamento, nos termos do item II.2.5.2. da fundamentação;

III.3. condenar o réu PAULO SÉRGIO PANIZ ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 17.000,00 (dezesete mil reais), da Lei n.º 8.429/1992, acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar da sentença, permitido o parcelamento, nos termos do item II.2.5.2. da fundamentação;

III.4. proibir os réus OBERDAN SCHIEFELBEIN, MARCOS ANTÔNIO STEIL, MARIO STEFFEN, MARISA DA ROSA CARVALHO, GUILHERME FIRPO DAL PONTE,

PAULO SÉRGIO PANIZ e INTERSUL ALIMENTOS LTDA. de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou créditos, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de três anos, nos termos do art. 12, III, da Lei n.º 8.429/1992, conforme item II.2.5.4. da fundamentação.

Os demais aspectos da sentença não referidos acima restam inalterados.
(...)"

Irresignados, os requeridos e o MPF apelam.

Eis a síntese das razões recursais, consoante parecer do MPF, da lavra do Procurador Regional da República Januário Paludo, anexado ao Evento 4:

"Alega o Ministério Público Federal inicialmente, a tempestividade da resposta aos Embargos de Declaração dos réus. Sustenta a incorreção da sentença ao afastar a caracterização do art. 10, da Lei 8429/92 e da não imposição da perda da função pública aos réus Oberdan Schiefelbein e Maria de Fátima Silva Schiefelbein, face à gravidade da conduta dos réus, comprovada tanto na ação penal quanto na presente ação civil pública, uma vez demonstrados seu enriquecimento ilícito e o dano provocado ao erário. Afirma que restou comprovado o dano ao erário, conforme se constata da explícita descrição das condutas irregulares na petição inicial, onde são detalhadas as Notas de Empenho, Notas Fiscais e Laudos Fiscais fraudados, as quais devem ser objeto de confronto pontual, tendo em vista posterior análise do TCU e posterior apresentação de documentos oriundos da esfera militar.

Os réus Mario Steffen e Mariza Carvalho da Rosa afirmam que a empresa INTERSUL ALIMENTOS LTDA. foi contratada de forma idônea e que entregou todas as mercadorias na qualidade e quantidade que foram contratadas, bem como que não restou comprovado prejuízo ou dano ao erário, de modo que deve ser julgada improcedente a ação civil pública.

A ré Maria de Fátima Silva Schiefelbein sustenta que a sentença foi omissa por não ter individualizado a conduta e esfera de atribuições da apelante e que atentou contra a coisa julgada material, sendo obscura e omissa em relação à análise de matéria de prova. Afirma que não restou fundamentada a ocorrência do dolo e que foi absolvida na esfera penal. Alega, ainda, onerosidade excessiva da multa aplicada.

O réu Oberdan Schiefelbein também sustenta que a sentença foi omissa por não ter individualizado a conduta e esfera de atribuições do apelante. Alega que o juízo de parcial procedência, alterado para o caput do art. 11 da LIA extrapolou os limites da lide, e a rejeição da capitulação dos fatos imputados na forma do art. 10 traz como consequência lógica o juízo de total improcedência da ação civil pública. Afirma que não restou comprovado o dolo e que não era o responsável pelas rotinas administrativas descritas na inicial, as quais são de responsabilidade exclusiva do comandante. Alega, ainda, inexistência de prova da divergência contábil no ano de 2001 e a onerosidade excessiva da multa imposta.

Ao seu turno, os réus Paulo Sérgio Paniz e Guilherme Firpo Dal Ponte sustentam carência de ação de de interesse processual uma vez que restou evidente a responsabilidade de escalões superiores as dos servidores apelantes. Afirmam que não causaram voluntariamente qualquer lesão ao erário, pois agiram sob o pálio do estrito cumprimento do dever legal. Comprovaram que nunca tiveram qualquer vantagem com os atos de improbidade mediante quebra voluntária de seus sigilos bancário e fiscal. Alegam, finalmente, que não havia possibilidade de ponderação ou questionamento das ordens que recebiam e onerosidade excessiva da multa imposta."

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal Regional Federal.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso do MPF e desprovimento dos recursos dos réus.

É o relatório.

Peço dia.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7717052v18** e, se solicitado, do código CRC **90DB818A**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a):	FERNANDO QUADROS DA SILVA:53012780963
Nº de Série do Certificado:	581DE44528A71A2D
Data e Hora:	15/09/2015 17:51:03

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5003197-41.2015.4.04.7100/RS

RELATOR : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA

APELANTE : GUILHERME FIRPO DAL PONTE

: MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN

: MARIO STEFFEN

: MARISA CARVALHO DA ROSA

ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN

APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APELANTE : OBERDAN SCHIEFELBEIN

: PAULO SÉRGIO PANIZ

ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN

APELADO : INTERSUL ALIMENTOS LTDA

: MARCOS ANTÔNIO STEIL

ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN

APELADO : OS MESMOS

VOTO

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

A princípio, importa destacar que se trata de feito complexo, em que o MPF relata a ocorrência de diversas condutas reputadas ilegais e ímprobas, contando o presente processo com mais de quatro mil páginas, além de outras milhares de páginas nos 87 anexos, o que demandou um profundo estudo do conjunto de provas colhidas ao longo da instrução, como se verá adiante.

Nesse passo, analiso primeiramente as preliminares levantadas. Na sequência, passo à análise conjunta do mérito das irresignações e individualização das condutas. Por fim, havendo necessidade, aprecio os pleitos subsidiários.

- Tempestividade da resposta aos Embargos de Declaração pelo MPF:

Embora mereça guarida o recurso do Ministério Público Federal, porquanto o prazo para resposta aos embargos de declaração dos réus teve início apenas no dia seguinte ao recebimento do processo, o entranhamento da peça excluída não terá o condão de alterar o resultado do julgamento, na medida em que não faz referência a qualquer fato que não fosse de conhecimento do juízo.

- Violação ao princípio da congruência:

Argumenta o réu Oberdan Schiefelbein que o Juízo *a quo* extrapolou os limites da lide, que versa questão exclusiva de natureza patrimonial (prejuízo), devendo a rejeição da capitulação dos fatos na forma do art. 10 importar na improcedência da demanda, sob pena de julgamento *ultra petita*.

Deixo para apreciar a presente preliminar em conjunto com o mérito, caso necessário.

- Carência de ação e de interesse processual:

Sustentam os apelantes Paulo Sérgio Paniz e Guilherme Firpo Dal Ponte que a responsabilidade pertence a escalões superiores, razão porque não deveriam compor o polo passivo da presente relação processual. Afirmam que não causaram voluntariamente qualquer lesão ao erário, eis que apenas agiram sob o pálio do estrito cumprimento do dever legal, sob os pilares da hierarquia e disciplina militar.

Não se trata de hipótese de carência de ação ou falta de interesse processual, no caso, a responsabilidade dos apelantes confunde-se essencialmente com o mérito e com ele será examinada.

- DO MÉRITO:

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

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

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

Por sua vez, o artigo 10 do destacado texto legal expressa que "*constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário*

qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei (...)."

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

Acrescenta-se, o Superior Tribunal de Justiça possui firme posicionamento no sentido de que *'a ilegalidade e a improbidade não são - em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, dest'arte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.'* (STJ, REsp 1416313/MT, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 12/12/2013).

Na origem, a configuração dos fatos narrados restou assim estabelecida:

"I.2.3. Configuração dos atos narrados como atos de improbidade administrativa

Relatados os fatos imputados aos réus, passo a analisar sua ocorrência e se configuram ato de improbidade administrativa. Inicialmente, destaco que os fatos descritos podem ser assim resumidos: a empresa Intersul Alimentos Ltda. teria sido beneficiada em processos licitatórios havidos no âmbito do 3º Batalhão de Suprimentos do Exército Brasileiro. A requerida ainda teria obtido pagamentos antecipados por parte da organização militar, o que possibilitou a não entrega de produtos ou a entrega em menor quantidade ou qualidade. A fim de ocultar as irregularidades, teriam sido produzidos laudos e notas fiscais que atestavam o recebimento de toda quantia de alimentos, quando da data de liquidação do débito, e na qualidade descrita nas notas de empenho. Outrossim, alguns serviços e obras contratados não teriam sido executados total ou parcialmente.

Pois bem. Os fatos aqui narrados coincidem, substancialmente, àqueles apurados pelo TCU e pela Justiça Militar da União. Coincidem, porque, em todos os casos, discute-se o favorecimento da referida empresa e práticas irregulares por parte da administração, ainda que algumas das diversas irregularidades apontadas no curso da lide não tenham sido de todo, uma a uma, confirmadas pelos diversos laudos produzidos no decorrer do Inquérito Policial Militar.

De início, cabe referir que a mesma denúncia que levou o Ministério Público Federal a investigar os fatos e ajuizar a presente ação de improbidade, levou o Ministério Público Militar a oferecer denúncia e o Tribunal de Contas da União a apurar os fatos aqui narrados, mediante inspeção no 3º B Sup. Os fatos vieram à tona mediante denúncia da Tenente Betina Worm, que explicou o ocorrido da seguinte forma (fls. 2.887/ 2.890):

"(...) Quando assumiu, não chegou a notar irregularidades no Liab devido a sua inexperiência em laboratório dessa natureza, razão pela qual procurou o Cab. Camacho para se inteirar do funcionamento do Liab e do fluxo no recebimento e alimentos. O Comandante determinou a depoente que procurasse aprender técnicas em análises em laboratório, o que acabou fazendo

no Laboratório do Ministério da Agricultura/Emater localizado na Avenida Farrapos em Porto Alegre. Os testes de mercadoria realizados com a ajuda do Cab Camacho e demais dois soldados que trabalhavam no Laboratório não objetivavam, inicialmente a elaboração de laudos, mas apenas testar a experiência da depoente. Na realização desses testes, passou a observar que os parâmetros constantes dos laudos de recebimento então existentes no Liab não batiam com os resultados obtidos pela depoente. Na realização desses testes, passou a observar que os parâmetros constantes dos laudos de recebimentos então existentes, razão pela qual levou esse fato a conhecimento de sua chefia. As maiores divergências foram verificadas em relação a amostras de arroz e feijão, com significativa divergência entre os testes e os laudos que serviam de parâmetro. Entregue neste ato pela depoente e juntada aos autos, cópia de normas referentes à classificação merceológica de alimentos. Esclarece a depoente, em relação à amostragem de lotes para análises, que há dois tipos de amostragem: a) amostragem representativa, que é realizada de acordo com a tipologia constantes das referidas normas; e b) amostragem indicativa, a qual é feita por meio de cortes longitudinais e verticais nos lotes, são coletadas amostras e subamostras, que por sua vez são misturadas entre si até que se obtenha três amostras finais, que então são lacradas e encaminhadas para análise. Após solicitação do comandante as amostras no Liab passaram a ser feitas na forma aqui descrita, mesmo sistema adotado pela Emater. Na análise do arroz inicialmente realizada pela depoente no próprio Liab, os grãos foram separados de acordo com o defeito. Foram também realizados testes de cocção (cozimento), mas essa modalidade de teste não indica o tipo do arroz. Os laudos elaborados pela depoente constataram que as pilhas armazenadas não eram do tipo 1. Esclarece que os laudos foram feitos de acordo com as pilhas e que quando a Emater recolheu as amostras não se recorda se o fez também por pilhas ou se recolheu de forma aleatória. Não houve mistura entre os lotes analisados pela depoente e todos se referiam a recebimentos ocorridos no final de 2001. Pelo que se recorda, os exames pela Emater classificaram o feijão como tipo 4 e o arroz como tipo 1. Em relação a sua afirmação constante do depoimento prestado perante a Auditoria Militar, no sentido de que não era possível a ocorrência de degradação do tipo 1 para o tipo 4, esclarece que em razão mesmo de sua inexperiência fez essa declaração a partir de informação do então Cap. Braga, o qual tinha muita prática nesse tipo de análise e que chegou a confirmar com a Emater essa impossibilidade. No Exército, além do Liab, também conta com médicos veterinários as unidades de Cães de Guerra, de Equinos e o Instituto Biológico. O Cap. Paniz também é médico veterinário. A atribuição de análise laboratorial a médico veterinário consta expressamente de Portaria interna, conforme cópia entregue neste ato pela depoente e juntada aos autos. No tocante a divergência entre técnicos da Emater, por terem muita prática nesse tipo de análise, muitas vezes arriscam, de olho, numa primeira impressão, a qualificar os grãos a serem analisados, e que no caso concreto, segundo lhe relatou um dos técnicos da Emater, salvo engano de nome Paulo Stanke, quase deu discussão ao final, após as análises de laboratório, que certas amostras de arroz se encontravam no limite de um tipo para outro e que no resultado médio entre elas o resultado ficou no tipo 1. Já em 2002, na análise pela depoente do feijão entregue pela empresa Intersul, ainda no caminhão, houve várias recusas de mercadoria por se tratar de tipo 2 e 3, quando deveria ser tipo 1, nos termos da licitação. Essas recusas eram referentes a mercadorias que estavam sendo trocadas por mercadorias que se encontravam armazenadas em razão das divergências de tipo então constatadas. Não se recorda de recusa em relação a outras empresas. Segundo lhe informou o Cab Camacho, o Tenente Coronel Oberdan determinava o recebimento de mercadorias mesmo diante desse tipo de divergência e quando passou a ocorrer recusa e substituição de mercadorias em 2002, ainda nos caminhões, a depoente passou a receber ligações e até mensagens em seu celular com ameaças de algum tipo de vingança, sem dizerem, contudo, o motivo. Ultimamente, não recebeu ameaças ou intimidações relativamente a esse fato. Certa vez, nesse período, quando chegou ao Liab, deparou-se com o Cab Camacho com diversas caixas de documentos espalhados sobre as mesmas, tendo ele dito que estava procurando determinado documento a pedido do Tenente Coronel Oberdan, o qual teria lhe telefonado no domingo solicitando o documento. A depoente então comunicou o fato ao seu superior, Coronel Kober, o que levou o Cabo Camacho a lhe alertar que o documento era para uma pessoa que podia fazer qualquer coisa. A depoente não gravou essa conversa e não sabe se

se tratava de alguma ameaça relacionada ao que falou ao Coronel Kober. A depoente atualmente está lotada no Comando da 3ª Região Militar em Porto Alegre, trabalhando na Seção de Suprimentos e Manutenção Classe 8, Remonte e Veterinária. A depoente formou-se na UFRGS em 1988, fez, em seguida, estágio especializado na USP, depois fez dois anos de residência clínica própria até ingressar no Exército. Nunca fez curso de Classificação de Produtos Vegetais. Não possui registro geral no Ministério da Agricultura. A classificação de produtos vegetais não faz parte do currículo de médico veterinário. O prazo de validade dos laudos de classificação de tipos é de 60 dias, salvo engano. Não se recorda da data exata do laudo elaborado pela depoente em 2002. Os artigos que se referem esse laudo foram recebidos em novembro e dezembro de 2001. Confirma o parecer e sua assinatura constante do laudo 020/2002 juntado por cópia neste ato pelo advogado do requerido Oberdan. Esclarece que o produto estava impróprio para consumo não porque foi classificado como tipo 2, mas porque estava parasitado. Por determinação do Comandante, era função do chefe de Laboratório de realizar expurgos de alimentos parasitados. No caso específico, já que havia discrepância em relação ao tipo, o Comandante determinou que não se fizesse o expurgo, para que se pudesse verificar a possibilidade de substituição dos grãos. Não realizou expurgos no período de 30 de janeiro a 9 de maio de 2002, porque, conforme já esclarecido, estava em curso análise de tipo e essa foi a determinação do Comandante. Quando assumiu a chefia do laboratório não havia equipamentos apropriados para aferimento da temperatura e umidade na unidade de estoque, mas assim que chegaram tais equipamentos, foi constatada a ocorrência de temperatura elevada. Sob temperaturas elevadas, mesmo em condições apropriadas de armazenamento, é possível o desenvolvimento de focos de contaminação por parasitas. O meio mais eficaz para o combate de parasitas é o expurgo, mas o mais recomendável é que não se recebam alimentos parasitados. O tempo médio de desenvolvimento de contaminação por fungos é de até 180 dias, podendo haver bastante variação dependendo das condições. Por parasitas o tempo médio é de 7 a 10 dias, podendo, pela mesma razão, haver bastante variação. Quando a depoente começou a trabalhar no Liab, não havia contraprova de recebimento dos produtos. Havia um livro-rascunho com folhas numeradas, e no qual constavam anotações relativas a mercadorias recebidas no final de 2001, mas estavam faltando as folhas iniciais. Artigos de origem vegetal armazenados por período superior a 180 dias ou mais podem sofrer alteração de classificação em razão das condições de armazenagem; Considerando, na tabela de tipos, valores próximos ao limite, pode ocorrer degradação no tipo seguinte, mas é bem difícil que se possa pular um ou mais tipos à frente. O Tenente Coronel Oberdan foi transferido do 3º Batalhão, salvo engano, em meados de 2001. No final desse ano já não estava mais lá. Antes de a depoente começar a trabalhar no Liab, o tenente Paniz acumulava as funções de chefe do Liab e da Seção de Cães de Guerra. Na medida do possível, ele colaborou com as investigações, já que não detinha conhecimentos técnicos na confecção de laudos. Nunca viu qualquer exigência escrita no sentido de que os laudos fossem assinados por duas pessoas, razão pela qual, durante muito tempo, sempre assinou como inspetora e chefe do Liab. Segundo lhe informou o Tenente Paniz, havia, no período anterior, a determinação que ele assinasse os laudos, embora não tivesse conhecimento técnico na análise de alimentos. Ainda segundo ele, quando não chegava ao laboratório os laudos já estavam prontos e era determinado que ele os assinasse." - grifei.

Os requeridos impugnaram os laudos produzidos pela Tenente Betina, uma vez ela que a testemunha em questão não era especializada em inspeção de alimentos. Contudo, restou provado que também foram realizadas análises pela Emater, empresa reconhecida na área. Assim, irregularidades foram demonstradas por duas pessoas diferentes: uma pessoa física, vinculada ao Exército, que a ela conferiu os poderes de realizar as referidas inspeções, demonstrando, assim, sua confiança nos laudos por ela produzidos; e outra pessoa jurídica de direito privado, empresa renomada e que sabidamente conta com ampla tecnologia para prestar o serviço de análise de alimentos. Dessa forma, não merece prover a alegação dos demandados.

O depoimento confirmou o alegado pelo réu Paulo Sérgio em sua defesa prévia e contestação, no que concerne ao fato de que assinava os laudos por determinação quando esses já estavam

elaborados, porque não era especializado na área. Relatou, inclusive, que o demandado auxiliou, na medida do possível, a realização de novas análises. Nada obstante o seu pouco conhecimento técnico, aquilo que sabia ainda serviu, de algum modo, para as segundas inspeções realizadas. Logo, se houvesse ao menos revisado os laudos produzidos pela requerida Maria de Fátima poderia ter evitado que as fraudes ocorressem ou seguissem ocorrendo. Ressalte-se que a revisão é o mínimo esperado daquele que firma documentos desse tipo. Portanto, pode-se afirmar que agiu de modo imperito e negligente o réu. No entanto, não se pode deixar de lado o fato de ter auxiliado, naquilo que pode, o curso das investigações, conforme referido pela Tenente Betina, o que será considerado na aplicação da pena.

Caso tenham ocorrido ameaças relatadas pela depoente, tudo leva a crer que as irregularidades de fato ocorreram e que havia receio por parte dos envolvidos da descoberta, haja vista que a Tenente Betina levou os fatos aos superiores e, ainda, os investigou. Ainda é relevante mencionar que os requeridos não referiram qualquer desafeto com a Sra. Betina que, ao que parece, não conhecia os réus antes do ocorrido, para que fosse desconsiderada a idoneidade de suas afirmações.

É de se transcrever ainda o depoimento da testemunha Marcelo Cantagalo dos Santos, que presidiu o Inquérito Policial Militar (fls. 2.536/2.540):

"O Ten Cel. Oberdan não era o oficial mais graduado do batalhão, era o chefe do Centro de Operação de Suprimento e tinha dentre as suas atribuições a aquisição de suprimentos para diversas unidades do RS. 3. Foi feito no IPM um levantamento detalhado da quantidade de mercadorias que foram pagas e não recebidas. Este levantamento foi feito a partir de confronto entre laudos fiscais e notas de empenho e está retratada nas planilhas citadas no relatório final do IPM, onde é constatada a diferença de aproximadamente um milhão e quinhentos mil quilos ou litros de gêneros alimentícios. 4. A estimativa do quantitativo necessário deveria ser feita pelo Chefe de Suprimentos Classe 1, mas o TC Oberdan avocava para si este cálculo era auxiliado por militares não oficiais, o que não é normal. 5. Seria até admissível variações no quantitativo de até 25% para mais ou para menos, mas restou comprovado que várias vezes houve duplicação e até triplicação para cima e para baixo. 6. As irregularidades não envolviam só a empresa Intersul, mas era esta que mais vencias as licitações. 7. Foi mencionado no IPM que o TC Oberdan era muito impositivo e autoritário, e ao ver do depoente, tinha a intenção de dificultar ou ocultar alguma coisa. Afirma isso porque ele não permitia a oficiais entrar em contato com o comandante, centralizava todas as atividades no depósito que gerenciava, presidia ele mesmo todas as licitações, o que facilitava a atuação dele na malversação dos recursos públicos. 8. O laboratório do Batalhão era responsável pela análise de qualidade dos gêneros alimentícios e ali atuava o Tenente Paniz e a requerida Maria de Fátima, então capitã e esposa do TC Oberdan. 9. Não havia controle patrimonial adequado e se houvesse essas irregularidades não teriam ocorrido. Não existia controle físico do estoque. Existia o sistema de controle de suprimento, mas este sistema não era alimentado corretamente, os dados não batiam, e ao sentir do depoente, de modo deliberado. Não sabe se isso ocorria por determinação superior, mas não teria ocorrido sem a colaboração de Maria de Fátima. 10. Quanto aos laudos emitidos atestando qualidade superior a dos produtos efetivamente existentes, recorda o depoente que, diante de reclamação de algumas unidades, a Ten. Betina, que sucedeu Maria de Fátima no laboratório, fez, por amostragem, a verificação de determinados lotes e constatou que os suprimentos alimentícios que estavam sendo distribuídos aos quartéis, especificamente arroz e feijão, não ostentavam a mesma qualidade que constava nas notas fiscais, fato comprovado por vistoria da EMATER e da Vigilância Sanitária de Pelotas, ou seja, a existência de tipo 2 ao invés de tipo 1. 11. O Tem. Dal Ponte e o Cap. Steil tinham relação funcional próxima com o TC Oberdan. Era o Cap Steil quem tinha que conferir se a quantidade comprada era efetivamente a recebida. 12. Ao que consta ao depoente, em relação aos produtos perecíveis, a licitação era feita pelo Batalhão de Suprimentos mas podiam ser entregues diretamente nas unidades consumidoras. 13. Foram constatadas diversas irregularidades nos procedimentos de licitação conduzidas pelo TC Oberdan, e cita as seguintes: as comissões eram, de costume, presididas por ele, o que não seria normal; restringia aos demais integrantes da comissão o acesso às representantes das licitantes; falta

de publicação do edital de licitação em jornal de grande circulação; licitantes com cadastro vencido no SICAF e aquisição de produtos por preço muito acima do mercado. 14. Recorda-se que em laudo grafotécnico da PF foram constatados a produção de propostas licitantes na mesma máquina de escrever, e inclusive, com os mesmos erros de grafia. 15. Em relação a execução parcial ou total de obras ou serviços, o depoente contou com o apoio de três engenheiros da Comissão Regional de Obras, e foram constatadas, dentre as irregularidades, a não existência de obras, serviços parcialmente executados e, em 74% dos casos, não foi possível verificar a execução dos serviços em razão de sua deficiente descrição na nota fiscal, como por exemplo, a mera menção a pinturas sem qualquer informação adicional. Ainda quanto a este aspecto, o TC Oberdan avocava para si, indevidamente, a manutenção do órgão provedor, talvez até deliberadamente, o que poderia perfeitamente ser feito por outro oficial. (...) 18. Conduziu o IPM com absoluta imparcialidade, não conhecia qualquer dos indiciados e não tinha nada contra qualquer deles. (...) 24. Quanto à afirmação do Cel. Nunes, constante do IPM, de que não havia verba para publicar os atos referentes às concorrências públicas, tem conhecimento desse fato, mas daí a não publicar todos os atos são outros quinhentos. (...) 36. Não tem informações se o Dal Ponte efetivamente recebia orientação do TC Oberdan, mas era natural que recebesse, embora não chegou a confirmar isso. Um oficial aspirante não estaria em condições de discutir ou resistir a ordens de um superior, mas por outro lado, é de se colocar em dúvida a persistência da obediência, durante 6 meses, quando em jogo há práticas irregulares. O nível de relação pessoal entre o TC Oberdan e o Dal Ponte era frio e distante. 37. Não analisou nem atribuiu irregularidades aos laudos emitidos isoladamente pelo Dal Ponte e pelo Paniz, tanto que não indiciou nenhum dos dois. A função do Paniz não era de laboratório e acredita que foi convocado pelo TC Oberdan para treinamento para ocasionais substituições da Maria de Fátima. (...) 39. Ao ver do depoente o depósito do Batalhão era adequado, embora não possa afirmar, do ponto de vista técnico, se atendia adequadamente a finalidade a que se destinava. 40. Se todo o volume que consta dos autos como comprado fosse colocado dentro do depósito acredita que não haveria espaço para armazenamento. Para o depoente, isso não justificaria o fracionamento da entrega, embora pudesse ser justificável para o responsável pela compra." - grifei.

O depoente retrata que a conduta de Oberdan, ao avocar para si as atividades principais do 3º Batalhão de Suprimentos, não era normal. De fato, em uma estrutura hierarquizada como a do Exército, por ser chefe, o esperado seria que incumbisse as tarefas aos seus subordinados, limitando-se a chefiá-los e exercer um controle geral. No entanto, não é o que ocorria naquela organização militar, o que indica que o requerido pretendia dificultar o acesso dos demais a certas informações.

O depoimento traz, novamente, os fatos já suscitados pela Tenente Betina Worm quanto à divergência de qualidade nos produtos. Nesse aspecto, salientou que a alimentação incorreta do sistema de controle de suprimentos não teria ocorrido sem a colaboração de Maria de Fátima.

Conforme disse, é plausível a alegação de que Guilherme Dal Ponte recebesse ordens de Oberdan que, em sua condição hierárquica, deveria obedecer. Todavia, muito bem colocou que a obediência de ordens incontestavelmente irregulares por seis meses não é aceitável. Quanto ao réu Marcos Antônio Steil, a testemunha ainda relatou que era o responsável pela verificação da quantidade de gêneros empenhada e de fato recebida, logo, deveria ter atestado a falta de produtos.

Relativamente ao favorecimento da empresa Intersul, é fato incontroverso nos autos que não ocorreram publicações dos editais em jornais de grande circulação, como se exige pelo art. 21, inciso III da Lei 8.666/93. Como referido pela testemunha Marcelo, a suposta falta de verbas para publicação não serve para justificar tal irregularidade em inúmeras licitações. Ademais, os laudos mecanográficos produzidos pela Polícia Federal levam a crer que ocorreram fraudes no processo, porque assim concluíram os peritos:

"(...) os Peritos concluem que as inscrições datilografados nos campos destinados ao preço/valor unitário dos artigos/itens (em algarismos e por extenso), das propostas de preços

das empresas COMERCIAL MILANO LTDA., FREIRE DOS SANTOS & CIA LTDA e INTERSUL ALIMENTOS LTDA., foram produzidas pela mesma máquina de escrever. (...). Os Peritos constataram ainda fortes semelhanças entre os textos datilografados nos documentos enviados a exame sugerindo que os mesmos foram redigidos pelo mesmo indivíduo." - grifei.

Desse modo, a empresa requerida participou do processo licitatório com uma "falsa concorrência".

No que diz respeito às apurações por parte do TCU, A 3ª Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, decidiu por acolher as defesas apresentadas pelos réus MARCOS ANTÔNIO STEIL e GUILHERME FIRPO DAL PONTE. Os demais requeridos não estavam inclusos naquela apuração.

Rejeitou, contudo, a defesa de OBERDAN SCHIEFELBEIN para considerar a irregularidade de suas contas e a afronta a dispositivos legais nos seguintes termos:

"Entretanto, em relação às audiências atinentes ao TC 011.071/2006-0, constatou-se que a administração do 3º B Sup firmou contrato informal com a empresa CBC. Em razão dessa informalidade contratual, deixava de recolher o valor do arrendamento dos paióis ao erário e os contabilizava em separado, sem recolher os valores ao Fundo do Exército, formando "caixa dois" no Batalhão. (...)

f) com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea b, 19, § único, da Lei 8.443/92 c/c os arts. 1º, inciso I, 209, inciso II, 210, §2º, do RI/TCU julgar irregulares as contas dos Srs. Oberdan Schiefelbein (CPF 569.291.887-20), chefe do Centro de Operações de Suprimentos (COS) do 3º B Sup, e Paulo Roberto Nunes (CPF 379.107.287-00), Comandante 3º B Sup, e Paulo César Alievi (CPF 734.110.197-00), chefe da Secção de Classe V do 3º B Sup, relativamente ao exercício de 2001, em razão de afronta aos seguintes dispositivos:

- artigos 60 e 61 da Lei 8.666/93, em face da assinatura de acordo informal entre o 3º B Sup e a empresa CBC;
- artigos 52, 91 e 97 da Lei 4.320/64. Em face da ausência de escrituração e contabilização das receitas oriundas do acordo firmado entre o 3º B Sup e a empresa CBC;
- artigo 53 das IR 50-12 c/c o art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei 1.310/74, pela não realização dos recursos auferidos com o arrendamento ao Fundo do Exército;"

Ao que importa nessa lide, as contas foram, portanto, julgadas irregulares pelo TCU, relativamente ao período em questão, em razão dos serviços de reforma nos paióis, irregularidades também apontadas na inicial. Deve-se lembrar que as apurações por parte do TCU ainda não foram encerradas com respeito a outras acusações da inicial.

Não bastasse, como já relatado, todos os réus foram denunciados criminalmente pelo Ministério Público Militar. É verdade que, nas sentenças proferidas nos processos n.º 10/03-8, 05/04-0 e 07/07-8 (fls. 2.797/2.810, 2.811/2.826, 3.395/3.403) foram os réus absolvidos, à exceção de Oberdan Schiefelbein, pela 1ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar.

Contudo, em nenhum dos casos a absolvição decorreu da constatação de inexistência dos fatos então narrados na denúncia, mas sim em decorrência da aplicação das alíneas "b", "d" e "e" do art. 439 do Código de Processo Penal Militar:

(...)

Ocorre que a sentença foi reformada. O Superior Tribunal Militar acolheu a preliminar de prescrição suscitada pela defesa quanto ao crime acima, nos termos do art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VI e §1º do Código Penal Militar. Todavia, no que concerne ao mérito, o Tribunal deu provimento parcial ao recurso interposto pelo Ministério Público Militar, para reformar a sentença e condenar Oberdan à pena de 05 anos, 10 meses e 16 dias de reclusão, por incursão no art. 251, §3º, c/c o art. 53, §2º, inciso II do CPM. Também condenou Mário Steffen à pena de 04 anos e 01 mês de reclusão, como incurso no mesmo art. 251.

Os dispositivos legais que se consideraram afrontados pelos réus assim dispõem:

(...)

Colaciono a ementa do referido decisum:

RECURSO DEFENSIVO. PREJUDICADO. DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. RECURSO MINISTERIAL. ESTELIONATO. PROVIMENTO PARCIAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

Os corréus empreenderam extensa atividade delituosa que redundou em vantagem ilícita e prejuízo aos cofres públicos, estando tais condutas subsumidas ao art. 251 do COM.

O prejuízo suportado pela Administração foi revertido em benefício próprio dos réus. A rotina burocrática desenvolvida pelos acusado militar em conluio com o civil dono da empresa fornecedora de alimentos, vencedor de praticamente todas as licitações em que o primeiro acusado esteve à frente do 3º Batalhão (1999/2001) deu azo à liquidação antecipada, gerando ordens de pagamento sem que os produtos tivessem sido realmente entregues

A farta prova carreada aos autos demonstrou a materialidade delitiva e a responsabilidade penal dos agentes, que induziram em erro a Administração castrense, mediante o emprego de meio fraudulento, não havendo como negar, em face da utilização de documentos inverídicos, o engodo e a obtenção de vantagem.

Preliminar suscitada pela Defesa de extinção de punibilidade quanto ao crime do art. 312 do CMP acolhida. Decisão Unânime.

Preliminares defensivas de: conexão e prevenção, bis in idem, crime continuado e unificação de penas, intempestividade de razões ministeriais, cerceamento de defesa pela mutatio libeli. Rejeitadas. Questão prejudicial de mérito para conversão do julgamento em diligência e sobrestamento do feito. Não acolhimento. Decisão unânime

Recurso ministerial provido parcialmente. Decisão majoritária.

Destarte, o Superior Tribunal Militar confirmou a ocorrência de irregularidades e também que os "corréus empreenderam extensa atividade delituosa que redundou em vantagem ilícita e prejuízo aos cofres públicos".

Ainda que absolvidos os demais réus por crime militar, o Ministério Público Militar se manifestou, no curso do IPM, a respeito da possibilidade de condenação por improbidade administrativa. O parquet militar assim se posicionou:

"Assim, também em relação a execução dessas obras e serviços, o que se verifica é a ocorrência de impropriedades administrativas, pelo que corretamente diga-se de passagem, na seara administrativa já está sendo eventual prejuízo causado pela negligência dos servidores militares envolvidos, com a recomposição de eventuais prejuízos causados ao erário público pela conduta omissiva dos mesmos. Nesse norte, por exemplo, a já citada Tomada de Contas Especial constante do anexo II a esses autos.

Se é verdade que para recebimento de denúncia, "não se exige prova plena nem um exame aprofundado e valorativo dos elementos contidos no inquérito policial ou peças de informação, sendo suficientes elementos que tornam verossímil a acusação", menos verdade não é que a demorada investigação, no presente caso, logrou carrear ao apuratório apenas elementos fragmentários que não tornam apta a apresentação de denúncia por crime militar não prescrito, notadamente o delito militar de peculato.

Os autos apontam que o prejuízo financeiro da Administração Militar, no presente caso, remonta muito mais a uma administração negligente e irresponsável do que o desvio doloso de verbas do erário público.

O que causa espécie, d'outra banda, é a impropriedade administrativa que cerca a existência de uma imensa gama obras e serviços que sequer pode ser verificada, uma vez que suas descrições em empenhos e notas fiscais eram extremamente sucintas, impedindo qualquer verificação de sua efetiva realização, sendo que os diversos laudos periciais não concluem pela ocorrência de prejuízo da administração militar, exatamente por não se poder definir a realização ou não da obra/serviço. Em virtude dessa insuficiência, proposital ou não, nada menos que 74,02% das obras e serviços empenhados, correspondente a 74 empenhos, não puderam ser verificados (informação de fls. 104 dos autos).

A Lei 8.429/92 define os atos de improbidade administrativa e esta ocorre quando se praticam atos que ensejam enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário ou atentam contra os princípios da administração, definidos no artigo 37 da citada lei, entre os quais está incluída a

moralidade, ao lado da legalidade, da impessoalidade e da publicidade, além de outros que, mesmo não apontados, explicitamente, no referido preceito, distribuídos por toda a Constituição, também se aplicam à condução dos negócios públicos.

Esses atos implicarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, de conformidade com a forma e a gradação prevista na lei.

A improbidade traduz a má qualidade de uma administração, pela prática de atos que implicam em prejuízo ao erário, ou ainda em violação aos princípios que orientam a pública administração e, desde que se comprove a ocorrência da lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão dolosa ou culposa do agente ou do terceiro, dar-se-á o total ressarcimento do dano. Nestes autos o Ministério Público Militar entende estar realçada exatamente a má qualidade da administração, não verificando, apesar de todas as investigações levadas a efeito na demorada tramitação do presente Inquérito Policial Militar nº 72/03, indícios suficientes da prática de delito militar ainda não prescrito, embora, ao nosso sentir, estejam retratadas nos autos condutas que podem ser consideradas impropriedades e irregularidades administrativas, bem como eventual ofensa ao disposto na Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93), especialmente quando se nota que pouquíssimas pessoas e empresas foram contempladas com volume substancial de obras e serviços, ao que parece com evidente direcionamento de recursos, o que é absolutamente lamentável no serviço público, atingindo inúmeros princípios constitucionais e legais que restaram olvidados pelos administradores da Unidade Militar."

Tendo em vista esses elementos de prova e os demais incluídos nos autos, evidenciaram o favorecimento da empresa Intersul em processos licitatórios, a liquidação antecipada de produtos, as divergências entre as qualidades e quantidades empenhadas com relação àquela efetivamente recebida de produtos e a elaboração de laudos fiscais - pelo LIAB - e notas fiscais - pelo COS - fraudulentos. No que tange a inexecução parcial ou total de serviços ou obras, como dito pelo MPM, a insuficiência de provas, proposital ou não, prejudicou a verificação de diversos serviços empenhados. Contudo, conforme acima relatado, o TCU confirmou irregularidades nas obras dos paióis.

Tenho por demonstrados, portanto, os fatos narrados na inicial. De acordo com a inicial, os atos praticados constituem atos de improbidade administrativa, na forma do art. 10, I, VIII, XI e XII da Lei n.º 8.429/1992, que assim 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:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

(...)

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

(...)

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;

Embora, como dito, no caso do art. 10, baste a prova da culpa, o dolo, conforme restou reconhecido até mesmo em ação penal, o dolo é evidente. Tão logo OBERDAN SCHIEFELBEIN assumiu a chefia, a empresa INTERSUL ALIMENTOS LTDA., administrada por MÁRIO STEFFEN e MARISA DA ROSA CARVALHO, passou a vencer quantidade significativa de certames, mediante mando direto de OBERDAN SCHIEFELBEIN. Todos os fatos contaram, ainda, com a participação decisiva de MARCOS ANTÔNIO STEIL e GUILHERME FIRPO DAL PONTE, que por vezes atuaram como autoridade licitatória e

também firmavam notas fiscais confirmando recebimento de mercadorias não recebidas, recebidas em menor quantidade ou qualidade. Nada seria possível sem a colaboração de MÁRIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN, esposa de OBERDAN SCHIEFELBEIN e chefe do Laboratório de Inspeção de Alimentos e Bromatologia (LIAB), que confeccionou e assinou laudos atestando qualidade superior à real de diversos produtos. O réu PAULO SÉRGIO PANIZ também assinou os referidos laudos, sendo também responsável pela veracidade do conteúdo dos documentos.

Além disso, é possível enquadrar todos os fatos como violação a princípios da Administração Pública, como legalidade, moralidade, isonomia, por não respeitar a igualdade de tratamento entre os licitantes, lealdade às instituições e, em especial, impessoalidade, o que já ensejaria a condenação com base no art. 11 (Art. 11. 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). Nesse sentido:

(...)

O princípio da impessoalidade, ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, traduz a "idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas", de modo que "nem favoritismo nem perseguições são toleráveis" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114). No caso, o evidente favorecimento de empresa constitui flagrante violação ao princípio da impessoalidade, previsto no art. 37 da Constituição e no art. 3º da Lei n.º 8.666/93.

Como dito, a condenação com base no art. 11 exige a existência de dolo. No caso, entendo como evidenciado o dolo dos réus OBERDAN SCHIEFELBEIN, MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN, MARCOS ANTÔNIO STEIL, INTESUL ALIMENTOS LTDA., MÁRIO STEFFEN e MARISA DA ROSA CARVALHO, pois conscientemente arquitetaram um esquema de favorecimento de empresa constituída para vencer licitações no âmbito 3º Batalhão de Suprimentos. Quanto aos demandados GUILHERME FIRPO DAL PONTE e PAULO SÉRGIO PANIZ é incontestável que eram militares de baixa patente e os depoimentos testemunhais levaram à conclusão que, de fato, cumpriram ordens e que tinham um relacionamento distante dos militares hierarquicamente superiores envolvidos no esquema. A testemunha Marcelo Cantagalo dos Santos referiu que, oficiais aspirantes não estariam em condições de discutir ou resistir a ordens de um superior. No entanto, pode-se dizer que agiram com culpa, tendo em vista que assinaram os laudos ou as notas fiscais, já produzidos pela chefia, e, de maneira negligente, não revisaram as informações neles contidas ou não trouxeram à tona a possibilidade de existirem irregularidades. Esses últimos, portanto, não devem ter sua conduta enquadrada no art. 11, em virtude da ausência de dolo.

Conclui-se, portanto, que a conduta perpetrada pelos réus se amolda no art. 10 e, a daqueles que agiram com dolo, no art. 11 da Lei de Improbidade. Registro, a propósito, que não há qualquer violação à ampla defesa em razão da condenação diferente da postulada na inicial, pois os réus se defendem dos fatos, e não da capitulação legal (REsp 1014161/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 20/09/2010). De qualquer forma, não há qualquer prejuízo à defesa, pois as sanções serão aplicadas com base no art. 12, II, da Lei n.º 8.429/1992, correspondentes aos atos de improbidade listados no art. 10. A referência ao art. 11 é feita para demonstrar mais ainda a convicção deste juízo sobre os atos de improbidade administrativa aqui discutidos.

Presente, ainda, o prejuízo ao erário, como será demonstrado."

Posteriormente, quando do exame dos Embargos de Declaração opostos pelos réus, o julgador entendeu por bem rever seu posicionamento para afastar a caracterização da conduta com base no art. 10 da Lei 8.429/92, mantendo apenas a responsabilização por ofensa aos princípios da Administração Pública, porquanto considerou que o relatório final do Tribunal de Contas da

União, relativo às TCs n.º 011.234/2002-4, 011.071/2006-0, 011.889/2004-1, TC 014.032/2006-5, não concluiu pela existência de efetivo prejuízo.

Afirmou, ainda, que haveria sérias dúvidas do efetivo prejuízo, mostrando-se genérica a sentença ao postergar a apuração do dano para a fase de liquidação, o que importaria, inclusive, em inversão do ônus da prova (Evento 2 - SENT263).

O dispositivo final passou a ter a seguinte redação:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos deduzidos na presente ação civil pública de improbidade administrativa, resolvendo o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, para, reconhecendo a prática dos atos de improbidade administrativa mencionados na petição inicial, na forma do artigo 11, da Lei n.º 8.424/1992:

III.1. condenar os réus OBERDAN SCHIEFELBEIN, MARCOS ANTÔNIO STEIL, MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN, MÁRIO STEFFEN, MARISA CARVALHO DA ROSA e INTERSUL ALIMENTOS LTDA. ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), nos termos do art. 12, III, da Lei n.º 8.429/1992, acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar da sentença, permitido o parcelamento, nos termos do item II.2.5.2. da fundamentação;

III.2. condenar o réu GUILHERME FIRPO DAL PONTE ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), da Lei n.º 8.429/1992, acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar da sentença, permitido o parcelamento, nos termos do item II.2.5.2. da fundamentação;

III.3. condenar o réu PAULO SÉRGIO PANIZ ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 17.000,00 (dezesete mil reais), da Lei n.º 8.429/1992, acrescida de correção monetária pelo INPC, a contar da sentença, permitido o parcelamento, nos termos do item II.2.5.2. da fundamentação;

III.4. proibir os réus OBERDAN SCHIEFELBEIN, MARCOS ANTÔNIO STEIL, MARIO STEFFEN, MARISA DA ROSA CARVALHO, GUILHERME FIRPO DAL PONTE, PAULO SÉRGIO PANIZ e INTERSUL ALIMENTOS LTDA. 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 sejam sócios majoritários, pelo prazo de três anos, nos termos do art. 12, III, da Lei n.º 8.429/1992, conforme item II.2.5.4. da fundamentação.

Não somente os fatos aqui relatados, mas outros relacionados à gestão do réu Oberdan na condução da 3ª Região do Comando Militar do Sul, bem como o envolvimento dos demais demandados, já foram objeto de exame tanto na esfera penal, pela Justiça Militar, quanto na esfera administrativa, através do Tribunal de Contas da União.

JUSTIÇA MILITAR

Essencialmente sobre os presentes fatos, a Justiça Militar em 2010, nos autos do Procedimento Ordinário n.º 2-73.2003.7.03.0103, inicialmente proferiu sentença absolvendo os réus pelo crime de peculato e estelionato. Pelo crime de falsidade ideológica restou condenado apenas o Ten. Cel. Oberdan Schiefelbein. Eis o dispositivo do julgado:

Sentença: em 14/05/2010, CESPECIAL DE J. EXÉRCITO RESOLVEU JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A DENÚNCIA PARA OS SEGUINTE FINES: A) POR UNANIMIDADE, ABSOLVER O TEN CEL OBERDAN SCHIEFELBEIN, O CAP MARCOS ANTONIO STEIL, O TEN GUILHERME FIRPO DAL PONTE, A CAP MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN, O TEN PAULO SÉRGIO PANIZ E O CIVIL MÁRIO STEFFEN DOS CRIMES DE PECULATO QUE LHE FORAM ATRIBUÍDOS NA DENÚNCIA, COM BASE NO ARTIGO 439, LETRA "B" DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR; B) POR UNANIMIDADE, ABSOLVER O TEN CEL OBERDAN SCHIEFELBEIN, O CAP MARCOS ANTONIO STEIL, O TEN GUILHERME FIRPO DAL PONTE, A CAP MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN E O CIVIL MÁRIO STEFFEN do crime de estelionato, com base no artigo "b" e "e" do código de Processo Penal Militar; C) por unanimidade, absolver o CAP MARCOS ANTONIO STEIL, O TEN GUILHERME FIRPO DAL PONTE, A CAP MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN, O TEN PAULO SÉRGIO PANIZ E O CIVIL MÁRIO STEFFEN do crime de falsidade ideológica que lhes foi atribuído na denúncia, com base no artigo 439, letras "d" e "e" do Código de Processo Penal Militar; D) POR MAIORIA, CONDENAR O TEN CEL OBERDAN SCHIEFELBEIN à pena de um ano e três meses de prisão, por infração ao artigo 312 do Código Penal Militar, assegurado o direito de apelar em liberdade e com o benefício do "sursis", nas condições especificadas, fixado o regime inicial aberto, em caso de cumprimento da pena, em estabelecimento civil.

Prosseguiu-se com o julgamento do recurso de apelação, tendo o Superior Tribunal Militar decidido em 2013, por unanimidade, decretar a prescrição com relação ao crime de falsidade ideológica e, por maioria, dando parcial provimento ao recurso do Ministério Público Militar, decidiu condenar os réus Oberdan Schiefelbein e Mário Steffen pelo delito de estelionato, *in verbis*:

Decisão: Em 05/03/2013, prosseguindo no julgamento interrompido na 90ª Sessão, em 18/10/2012, o Tribunal, por unanimidade, acolheu a preliminar suscitada pela Defesa, para declarar extinta a punibilidade do Ten Cel Ex OBERDAN SCHIEFELBEIN, tão somente quanto ao crime do art. 312 do CPM, com fundamento no art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VI e § 1º, ambos do Código Penal Militar, restando prejudicada a análise do mérito quanto ao mencionado delito; rejeitou, por unanimidade, a segunda preliminar defensiva, de alegação de conexão e prevenção; rejeitou, por unanimidade, a terceira preliminar defensiva, de alegação de "bis in idem"; rejeitou, por unanimidade, a quarta preliminar defensiva, de ocorrência de crime continuado e de unificação das penas; rejeitou, por unanimidade, a quinta preliminar defensiva, de intempestividade das razões recursais do Ministério Público Militar; e o Tribunal, por maioria, rejeitou a sexta preliminar defensiva, de cerceamento de defesa, em razão da "mutatio libelli", contra os votos dos Ministros CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES e JOSÉ COELHO FERREIRA, que não conheciam da matéria como preliminar. Na sequência, o Tribunal, por unanimidade, não acolheu as questões prejudiciais de mérito, arguidas pela Defesa, de conversão do processo em diligência e de sobrestamento do feito. No mérito, o Tribunal, por maioria, nos termos do voto da Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA (Relatora), deu provimento parcial ao Recurso Ministerial, para reformar a Sentença "a quo" e condenar o Ten Cel Ex OBERDAN SCHIEFELBEIN à pena de 05 anos, 10 meses e 16 dias de reclusão, por incursão no art. 251, § 3º, c/c o art. 53, § 2º, inciso II, ambos do CPM, e o Civil MARIO STEFFEN à pena de 04 anos e 01 mês de reclusão, como incurso no art. 251 do mesmo Diploma Legal, fixando para ambos os Réus o regime semiaberto para início de seus cumprimentos, "ex vi" do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal. Os Ministros LUIS CARLOS GOMES MATTOS (Revisor), OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES e o Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA, em seu voto de vista, negavam provimento ao Apelo ministerial. O Ministro LUIS CARLOS GOMES

MATTOS (Revisor) fará voto vencido. O Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA fará declaração de voto. O Ministro LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES não participou do julgamento.

Estabelecem os dispositivos do Código Penal Militar:

Estelionato

Art. 251. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de dois a sete anos.

(...)

Agravação de pena

3º A pena é agravada, se o crime é cometido em detrimento da administração militar.

c/c

Co-autoria

Art. 53. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

(...)

Agravação de pena

§ 2º A pena é agravada em relação ao agente que:

I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nêle participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Inconformados, os condenados interpuseram embargos de nulidade e infringentes, oportunidade em que o STM, por unanimidade, rejeitou a preliminar de nulidade e, por maioria, ratificou o resultado do julgamento do apelo, mantendo a condenação pelo crime de estelionato:

Decisão: Em 16/12/2014, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou a preliminar de nulidade arguida pelos Embargantes. No mérito, por maioria, rejeitou os Embargos opostos pela Defesa, para manter irretocável o Acórdão recorrido. O Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR (Revisor) acolhia os Embargos, para reformar o Acórdão e fazer prevalecer o voto vencido da lavra do Ministro LUIS CARLOS GOMES MATTOS, proferido na Apelação nº 2-73.2003.7.03.0103. O Ministro Revisor fará voto vencido. O Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA não participou do julgamento.

Nesse compasso, reconheceu a Justiça Militar que a conduta imputada aos réus importou na obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, entendimento do qual, já adianto, compartilho.

PREJUÍZO AO ERÁRIO: comprovação

Mostra-se correta, assim, a conclusão exposta pela Ministra Relatora quando do julgamento dos recursos de apelação na esfera penal militar ao proferir a condenação dos réus pelo crime de estelionato, reformando a sentença inicial, *in verbis*:

"Ao atestar falsamente o recebimento de gêneros alimentícios, recebidos a posteriori ou não recebidos, o denunciado causou sim lesão à Administração Militar, da ordem de pelo menos R\$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos), já que o inventário, iniciado em 2001 e concluído em 2003, culminou com a Nota de Lançamento nº 2003NL001576, de 30/5/2003, tendo tal quantia sido lançada no SIAFI como inconsistência (prejuízo).

Cumpre salientar que o déficit de R\$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos) foi alcançado após todos os ajustes contábeis disponíveis, embasado, inclusive, pelo Tribunal de Contas da União.

Inicialmente, a diferença dos valores referidos na Denúncia que somaram a importância de aproximadamente R\$ 1.100.000,00. Esse montante traduz o efetivo prejuízo sofrido pela Administração, seja por não ter havido recebimento integral dos gêneros alimentícios, seja pela entrega parcelada ou a menor, seja, ainda, pelo fornecimento de produtos de categoria inferior ao contratado. A defasagem entre o estoque físico e contábil, nos termos do aludido inventário, decorreu da impossibilidade de ajuste, uma vez que muitos documentos foram destruídos e extraviados, consoante depoimentos de fls. 3434/3440 e 4208/4230.

Clarifica a transcrição da Parte datada de 5/10/2001, à fl. 107, firmada pelo 1º Ten Guilherme Dal Ponte, Chefe da Seção de Suprimento de Classe 1, encaminhada ao Chefe do COS, Maj Kober, referente ao inventário de gêneros frigoríficos: Diz ela: '...informo-vos ainda, que os controles existentes na Sec Sup Cl 1, desapareceram, bem como os controles de recebimento de carne que haviam no AV/20'.

Noutras palavras, a defasagem de **apenas** R\$ 211.445,16 (duzentos e onze mil quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos) refere-se à parte da lesão financeira. A não adequação no SIAFI e no Sistema de Gerenciamento de Suprimentos (SGS) decorreu da ausência dos necessários documentos a justificar as "baixas" nos estoques. A diferença indicada não pode ser lançada, sob pena de constituir ilegalidade, em virtude da falta de amparo documental para tal ação. Efetivamente, o déficit foi muito superior.

Tal como colocado, entendo plenamente demonstrada a materialidade do crime de estelionato, conforme descrito na exordial, vislumbrando-se um arcabouço probatório consistente e apto a embasar um decreto condenatório. Não há falar em atipicidade da conduta ou ausência de dolo. Não estão presentes quaisquer causas excludentes de culpabilidade, **pelo que merece reforma o decisum hostilizado.**"

Logo, o prejuízo ao erário é muito superior ao apurado, o que se deve em parte à destruição de documentos pelo réu Oberdan (o que se verá adiante), bem como à impossibilidade de quantificar o dano de produtos recebidos em qualidade inferior ao contratado após o seu consumo, sendo, no entanto, limitado aos valores encontrados quando do Inventário de Gêneros e Laudo Pericial Contábil, anexado nesse feito ao Evento 2 - PET166, fls. 25/95.

Tal entendimento acabou por ser ratificado no julgamento dos Embargos Infringentes, oportunidade em que o Ministro Relator expressamente consignou:

"Não resta dúvida de terem o Cel OBERDAN e o Civil MÁRIO STEFFEN causado um prejuízo de R\$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos), conforme restou apurado no Laudo Pericial Contábil (vol. 23 - fl. 5.090), Nota de Lançamento 2003NL001576, atestando inveridicamente o recebimento de mercadorias que sequer entravam nos depósitos do 3º B Sup, além de receberem mercadorias em quantidade e qualidade inferiores ao efetivamente lícito."

Portanto, é a quantia de R\$ 211.445,16 que deve ser ressarcida aos cofres públicos pelos acusados, de acordo com suas respectivas responsabilidades.

Importa registrar que o laudo pericial adotado foi devidamente submetido ao contraditório perante a Justiça Militar, tendo sido homologado, porquanto atendidas as formalidades legais necessárias.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Inicialmente, imperioso referir que, nos termos do artigo 21 da Lei n. 8.429/1992, "*a aplicação das sanções*" nela previstas "*independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas*", sendo certo, ademais, que os rigores legislativos pertinentes ao combate aos atos ímprobos alcançam, sobretudo, os agentes públicos, vale dizer: todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em entidades públicas, que percebam verbas públicas (artigo 2º da Lei n. 8.429/1992).

Conforme já se disse, as condutas praticadas na administração da unidade militar foram detalhadamente examinadas pelas diferentes esferas, tendo o Tribunal de Contas da União, cujo exame restringe-se ao aspecto econômico/contábil das contas, entendido pela sua irregularidade, embora sem quantificar o prejuízo ao erário, o que não exclui a apreciação da questão pelo Poder Judiciário.

Sobre as Tomadas de Contas levadas em consideração quando do julgamento dos embargos de declaração na origem (011.234/2002-4, 011.071/2006-0, 011.889/2004-1, TC 014.032/2006-5), reproduzo os seguintes trechos extraídos da decisão final tomada em plenário no julgamento do recurso de revisão em 26/02/2014, *in verbis*:

"12. Especificamente quanto às falhas decorrentes da representação que motivou o presente recurso de revisão, relacionadas à alienação de cartuchos vazios de munição ao arripio da legislação aplicável, verifico que a unidade instrutiva foi precisa ao concluir sobre a ilegalidade dos atos praticados pelos gestores.

13. Não obstante isso, pondero que a fundamentação ora utilizada pela Secretaria de Recursos difere daquela contida nos autos do processo nº TC 007.217/2001-9, a qual considero escoreita. Naqueles autos concluiu-se que a alienação impugnada ia de encontro ao disposto no Decreto 2.998, de 23 de março de 1999, que trata da Fiscalização de Produtos Controlados.

*14. É relevante, contudo, a conclusão a que chegou a unidade técnica especializada. Tanto nestes autos quanto no processo TC 007.217/2001-9, concluiu-se que as ações levadas a efeito pelos responsáveis denotam **desrespeito às normas que regem a administração pública, eis que a venda dos cartuchos inservíveis não observou as normas aplicáveis e os valores auferidos***

com a venda dos materiais militares não foram destinados aos cofres da organização militar. Compuseram o "caixa 2" daquele batalhão.

15. Tal prática é, conforme consignei nos autos do processo nº TC 007.217/2001-9, grave e denota inobservância à legislação relacionada à execução financeira-orçamentária da União. Dificulta a gestão dos recursos públicos e o controle a ser exercido pelos órgãos competentes.

16. Dessa maneira, entendo que deve prosperar a proposta de encaminhamento suscitada pela unidade técnica, no sentido de as contas daqueles que praticaram os atos inquinados sejam consideradas irregulares, sem imputação de débito.

(...)

21. Passando aos problemas avaliados no âmbito do processo nº TC 011.071/2006-0, que versa sobre acordo informal celebrado entre o 3º BSup e a Companhia Brasileira de Cartuchos, os exames constantes nos autos, os quais adoto como razões de decidir, são uníssomos no sentido de que as falhas identificadas possuem o condão de apor máculas às contas daqueles que se envolveram no procedimento.

22. Com efeito, as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis não elidiram as falhas relacionadas à "ausência da formalização de instrumento contratual, inexistência de registros contábeis, não escrituração das despesas executadas, inexistência de lançamento no SIAFI, não realização de depósitos no Fundo do Exército e ausência de prestação de contas das despesas realizada".

23. Entendo que tais impropriedades muito se aproximam daquelas relacionadas à representação que ensejou a reabertura das presentes contas, eis que naqueles autos também restou evidenciada a inobservância às normas que regem a administração financeira orçamentária da União. Ademais, de forma análoga, não há documentos hábeis a comprovar que os recursos auferidos foram aplicados em prol da organização militar. **Haveria, a meu ver, débito a ser quantificado pelo Tribunal.**

24. Não obstante, considerando o lapso transcorrido entre a presente manifestação e a data provável da ocorrência, superior a 12 (doze) anos, entendo que, neste caso concreto, por medida de racionalidade administrativa, deve ser dispensada a persecução do débito decorrente da contratação impugnada nos autos do processo nº TC 011.071/2006-0." (grifei)

Eis o Sumário da decisão:

TOMADA DE CONTAS SIMPLIFICADA. REGULARIDADE DAS CONTAS. RECURSO DE REVISÃO INTERPOSTO PELO MP/TCU EM FACE DE INFORMAÇÕES CONSTANTES EM REPRESENTAÇÃO. CONHECIMENTO. REABERTURA DAS CONTAS. AVALIADOS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES CONSTANTES DE REPRESENTAÇÃO E DE OUTROS PROCESSOS QUE SE REFERIAM AO PERÍODO DE GESTÃO. PROVIMENTO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTAS

Observa-se que não foi afastado o caráter ilícito das condutas, ao contrário, as contas foram ao final julgadas irregulares, tendo a decisão feito diversas menções à ocorrência de lesão ao erário, embora sem quantificar o dano.

Sobre o TC 014.032/2006-5, em que a Corte de Contas declarou a inexistência de prejuízo ao erário, após o exame detalhado do caso relacionado ao a) desvio de carne bovina dos estoques do Depósito de Suprimentos Cl I da

Seção de Suprimento Cl I; b) inexecução das obras constantes das notas de empenho 2001NE900008, 2001NE900500, 2001NE900566, 2001NE900578; c) execução parcial das obras constantes da nota de empenho 2001NE900164; e d) aquisição de pão francês por preços superiores aos praticados no mercado, o Superior Tribunal Militar no julgamento dos Embargos Infringentes em 16/12/2014, manifestou-se mantendo a caracterização do crime de estelionato, nos termos que seguem:

"É de se notar que o Acórdão do Tribunal de Contas da União apenas acolheu os argumentos defensivos com base na presunção de ausência de prejuízo ao erário, considerada a entrega da mercadoria em data posterior à tomada de contas. É importante frisar ter o TCU isentado o Cel OBERDAN, apenas em relação à quantidade de seis toneladas de carne que teria sido posteriormente entregue no 3º Dep Sup, deixando de apreciar os demais itens alimentícios que não deram entrada nessa OM, tanto que lhe impôs a multa pelas irregularidades administrativas. Assim, a conclusão lançada no Acórdão da Corte de Contas não afasta, em definitivo, a hipótese de ausência de prejuízo ao Erário em relação aos outros itens alimentícios adquiridos da empresa INTERSUL. Ademais, a conclusão da Corte de Contas não vincula esta Justiça Criminal Especializada, em face do princípio da independência das instâncias. Nesse sentido, trago à colação o julgado in verbis:

"EMENTA: AÇÃO PENAL. CRIMES DE FRAUDE A LICITAÇÃO E DE QUADRILHA. CONCURSO DE PESSOAS. QUESTÃO DE ORDEM: SOBRESTAMENTO DA AÇÃO ATÉ DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINARES: ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAMENTO DE RÉUS SEM PRERROGATIVA DE FORO: DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. ALEGAÇÕES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE NULIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NULIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL AUTORIZADA PELO STJ, VÍCIO NA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL E AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PUNIBILIDADE E DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. PRELIMINARES REJEITADAS. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADA. AÇÃO PENAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. *Decisão do Tribunal de Contas da União não constitui condição de procedibilidade de crimes de fraude à licitação e quadrilha. Pelo princípio da independência das instâncias, é possível que a existência do fato alegadamente delituoso e identificação da respectiva autoria se definam na esfera penal sem vinculação com a instância de controle exercida pelos Tribunais de Contas. Questão de ordem resolvida no sentido de não condicionar a procedibilidade dos delitos imputados aos Réus a futura decisão do Tribunal de Contas da União. (...) 7. A circunstância de o Tribunal de Contas aprovar contas a ele submetidas não obsta a persecução penal promovida pelo Ministério Público e a responsabilização penal dos agentes envolvidos em delitos de malversação de dinheiro público. Admitir-se o contrário, importaria em subtrair à jurisdição do Poder Judiciário o julgamento de crimes, ficando essa atribuição afeta a órgãos que apenas detêm competência político-administrativa. (...) 12. Ação penal julgada parcialmente procedente."*

(AP 565, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 22-05-2014 PUBLIC 23-05-2014)

Não resta dúvida de terem o Cel OBERDAN e o Civil MÁRIO STEFFEN causado um prejuízo de R\$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos), conforme restou apurado no Laudo Pericial Contábil (vol. 23 - fl. 5.090), Nota de Lançamento 2003NL001576, atestando inveridicamente o recebimento de mercadorias que sequer entravam nos depósitos do 3º B Sup, além de receberem mercadorias em quantidade e qualidade inferiores ao efetivamente licitado."

Logo, o TCU ao apreciar o efetivo recebimento de seis toneladas de carnes relacionadas à NE900063 restringiu seu exame a esse ponto, não tendo feito menção aos demais gêneros alimentícios adquiridos na mesma nota de empenho, num valor total de R\$ 1.618.860,80, consoante descrição contida na inicial (Evento 2 - INIC2).

Outrossim, além das inconformidades com relação à Nota de Empenho 900063, a inicial também relata problemas em outras contratações, a afastar, por si só, a tese defensiva de inexistência de prejuízo com base na conclusão do TCU.

Confira-se julgado da Turma que bem retrata o papel da Corte de Contas frente à identificação das irregularidades, a qual, todavia, não exerce o papel de atribuir responsabilidades ao gestor, *verbis*:

*ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATOS ADMINISTRATIVOS QUE ENVOLVERAM A CONTRATAÇÃO DO SENAC. DECISÃO FINAL DO TCU. AFASTAMENTO DAS IRREGULARIDADES. PROJEÇÃO DAS DECISÕES DO TCU NO JUÍZO CIVIL. PRECEDENTES DO STF. INTELIGÊNCIA DO ART. 21, II, DA LEI Nº 8.429/92. 1) A Egrégia Corte de Contas, em decisão proferida no acórdão 527/2010, afastou o caráter ilícito dos fatos noticiados na peça vestibular à medida em que pronunciou-se pela inexistência de irregularidade, o que, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, impede o seu reexame na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou terna de ilegalidade manifesta, o que não se verifica no caso em exame (RE nº 55.821-PR, Rel. Ministro Victor Nunes Leal, in RTJ 43/151; REsp nº 8.970-SP, rel. Ministro Gomes de Barros, in RJSTJ 30/378, respectivamente). 2) **Consabido que a jurisdição de contas é o juízo constitucional das contas, ou seja, o juízo da Corte de Contas compreende apenas a conta, isto é, a Corte profere decisão sobre a regularidade da conta e não sobre a responsabilidade do seu exator ou pagador, não invadindo nem a jurisdição civil, nem a penal. Não obstante, tratando das decisões do Tribunal de Contas, já dizia o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, Ministro Castro Nunes: "O julgado da jurisdição de contas, restrito, como já ficou explicado, ao elemento material do delito, será uma prejudicial no juízo penal"** (Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, edição Revista Forense, 1943, p. 31). 3) Afastadas, assim, pela Corte de Contas, as irregularidades ou liberado o responsável pelas irregularidades encontradas, sendo-lhe reconhecida, como no caso, a boa-fé, possível a projeção de tal julgado no juízo civil. 4) A inteligência do art. 21, II, da Lei nº 8.429/92, o qual estabelece que a aplicação das sanções previstas na lei de improbidade independem da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas, não há de fazer tabula rasa dos artigos da Carta Magna, que definem o perfil constitucional das Cortes de Contas e lhes outorga funções insubstituíveis, vale dizer, insusceptíveis de serem repassadas a outros órgãos, sejam administrativos ou sejam mesmo jurisdicionais. 5) Hipótese em que não se verifica a ocorrência de elementos de convicção hábeis ao prosseguimento ação de improbidade administrativa, anotando que a ação teve por lastro as irregularidades inicialmente apontadas pelo TCU, ao final, afastadas. 6) Apelações e remessa oficial desprovidas. (TRF4, APELREEX 5026615-76.2013.404.7100, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 03/04/2014) (grifei)*

- Individualização das condutas dos apelantes:

*** OBERDAN SCHIEFELBEIN**

O dolo do apelante é visível, tendo o mesmo, após descoberta do esquema, providenciado as elevadas quantias destinadas à reposição de carne não entregue na corporação, eis os depoimentos de testemunhas citados na esfera penal militar:

"(...) quando se constatou a falta de aproximadamente 14 toneladas de carne bovina de 1ª qualidade; (...) que, na residência do Ten Cel Oberdan, o interrogando presenciou quando a Cap. Fátima disse ao Ten Cel Oberdan 'desta vez você vai ter que pagar', que o Ten Cel Oberdan fez então, na presença do interrogando, uma ligação telefônica para o Sr. Jair da Firma Intersul, para que a carne faltante fosse entregue no 3º B Sup, que depois da ligação o Ten Cel Oberdan comentou que a entrega dessa carne, num valor aproximado de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), era equivalente a um carro zero Km; que poucos dias depois, a carne foi entregue (...)"

"(...) que nesse inventário geral, foi detectado pelo Tentente DAL PONTE, a falta de cerca de 16 ton de carne bovina; que o Cel. OBERDAN já havia sido transferido do Batalhão e estava na 3.ª RM em Porto Alegre, onde soube do fato e, em cerca de 15 dias, a carne foi repostada (...)"

"(...) que a falta de carne suína foi detectada no ano de 2002, quando os estoques baixaram; que faltavam 7.500 kg de carne suína; que falta dessa carne também foi participada ao Comandante, sendo determinado que se fizesse o contato com o Ten Cel Oberdan para providenciar a reposição, o que foi feito; que o contato com o mencionado acusado foi realizado através do Cb Jaime; que a reposição foi efetuada logo em seguida (...)"

O próprio réu, em depoimento prestado, responsabilizou-se pela falta da carne bovina, segundo ele, em torno de 10 toneladas, tendo acertado a reposição dessa carga com o fornecedor, passando um cheque de R\$ 18.000,00, cujos recursos eram oriundos, em parte da sua transferência para o Rio de Janeiro e o restante eram recursos próprios.

Com base no exposto, entendeu o Juízo penal que "o pronto pagamento da diferença relacionada à carne bovina e suína, apenas reforça a autoria do delito, ainda mais em se tratando de vultosa quantia, cujo total é de, aproximadamente, R\$ 45.000,00".

Consta, ainda, que o apelante destruiu documentos aptos a servirem de prova sobre as irregularidades cometidas em sua gestão, veja-se:

"que o Batalhão estava sem documentação, não possuía dados guardados e, segundo testemunhas, o Cel OBERDAN havia posto fogo nessa documentação; que o sistema de gerenciamento de suprimentos, que fazia o levantamento físico do material existente, cuidadosamente, não abrangia a classe de alimentação, que depois, por sugestão da 3ª Inspeção de Finanças do Exército, que corresponde ao controle interno regional, foi criada uma comissão para realizar esse inventário (...)"

Destaca-se também a declaração do soldado Alex Sandro Behrend, o qual afirmou que o apelante, quando de sua saída da OM, determinou "que

destruísse os documentos do COS, que ainda restavam sobre a mesa dele" e mais:

"O Ten Dal Ponte, à Fl 0129, atestou que 'foram efetivamente queimados pelo Sd Diehl documento da Sec Sup Cl I e do Av 20'; disse ainda que foram destruídas as fichas de estoque do AV 20, os controles paralelos dos depósitos, particularmente os referentes aos empenhos cujas NF foram liquidadas e os gêneros ainda não haviam sido totalmente entregues. A Ten Betina, à Fl 01432, relatou que foram rasgadas folhas do livro rascunho de laudos. O Ten Alexandre e o Sgt Albuquerque, às Fl 0385 e 0467, respectivamente, afirmam, que ao receberem, as funções, não existiam as fichas-estoque, fichas de pilha e o produto de entrada de gêneros; o oficial atestou que memória do Dep Cl I era 'zero'."

Confira-se do voto-condutor do julgamento dos embargos infringentes na esfera penal militar:

"Por evidente, a prática delituosa possui responsáveis diretos e identificados, o Ten Cel OBERDAN SCHIEFELBEIN que, em conluio com MÁRIO STEFFEN, proprietário da INTERSUL Alimentos, forjaram um sistema fraudulento que onerou a Administração Federal em R\$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis centavos), baixado do SIAFI, conforme Nota de Lançamento nº 2003NL001576, de 30/5/2003. Valeu-se o oficial da desorganização da Unidade Militar onde servia, concentrando em suas mãos o efetivo controle do pagamento e do recebimento dos gêneros alimentícios, tendo, inclusive, destruído documentos para não deixar vestígios."

"Causou-me estranheza, portanto, a desconsideração do decisum de 1º grau da entrega parcelada das mercadorias, cuja fundamentação limitou-se a enfatizar terem sido elas apresentadas no 3º B Sup a posteriori, como se recebimento fracionado não constituísse ilegalidade - porquanto não previsto - e mormente por terem sido liquidadas previamente. Olvidou, por igual, em atentar para a qualidade dos gêneros depositados, muito aquém do objeto efetivamente contratado pela Administração. Por óbvio, a aquisição de produtos de primeira qualidade impõe o pagamento de valor correspondente. Daí, o recebimento de bem infinitamente inferior, pressupõe vultoso prejuízo a uma parte e locupletamento à outra"

Outrossim, alega o apelante que a adoção do procedimento de entregas parceladas deu-se em benefício da administração, tendo em conta as grandes quantidades adquiridas versus a capacidade de armazenamento e prazo de validade dos referidos artigos perecíveis.

Sobre a limitação do espaço, eis o depoimento do Maj. Airton Kober na esfera penal:

"(...) que o depoente soube que a limitação de espaço físico para armazenagem dos gêneros era usada para justificar a quitação antecipada de notas fiscais, mas tal problema poderia ser facilmente resolvido mediante a adoção de entregas programadas constantes em edital e em contrato, como passou a ocorrer a partir de 2002 (...)"

No caso, nada impediria a entrega dos gêneros alimentícios de forma parcelada, desde que tal circunstância efetivamente constasse do contrato e o pagamento fosse de acordo com a ordem cronológica das entregas e suas datas de exigibilidade, nos termos do que permite a legislação (arts. 5º, 55, II e III, e

65, II, 'c', todos da Lei 8.666/93), o que não se admite é a antecipação do pagamento na forma como realizada.

Da alegada delimitação de responsabilidades e subordinação ao Comandante do 3º B.Sup., após o exame dos regramentos pertinentes, tendo concluído pela possibilidade de delegação de competências da função de ordenador de despesas, o Tribunal de Contas da União, decidiu:

"19. É fato incontroverso que a condução da atividade operacional e administrativa da OM recaí inicialmente sobre o seu Comandante (Cmt). Com efeito, reza o Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (RISG):

Art. 20. O Cmt U exerce sua ação de comando em todos os setores da unidade, usando-a com a iniciativa necessária e sob sua inteira responsabilidade.

Parágrafo único. A ação de comando de que trata o caput deste artigo é caracterizada, principalmente, pelos atos de planejar, orientar, coordenar, acompanhar, controlar, fiscalizar e apurar responsabilidades.

20. Nesse diapasão, o R3 preconiza em seu art. 23 que "Ao comandante compete a condução de todas as atividades desenvolvidas pela Organização Militar".

21. Não obstante, cabe ao Subcomandante (S Cmt) da OM secundar o Cmt em todas as suas atribuições. A propósito, prevê o art. 22 do RISG que o "S Cmt U é o principal auxiliar e substituto imediato do Cmt U, seu intermediário na expedição de todas as ordens relativas à disciplina, à instrução e aos serviços gerais, cuja execução cumpre-lhe fiscalizar". Nos termos do § 1º, o S Cmt U é o Chefe do Estado-Maior da Unidade e o responsável pela coordenação dos seus elementos. Essa autoridade, de acordo com o § 2º do precitado art. 22, pode, ainda, acumular suas funções com outros encargos previstos no Quadro de Cargos Previstos (QCP).

22. Além dessas atribuições subsidiárias, o RISG prevê importantes atribuições ao S Cmt, de índole específica, cabendo destacar:

Art. 23. Incumbe ao S Cmt U, além das atribuições e dos deveres estabelecidos em outros regulamentos, o seguinte:

(...)

II - levar ao conhecimento do Cmt U, verbalmente ou por escrito, depois de convenientemente apuradas, todas as ocorrências que não lhe caiba resolver;

III - dar conhecimento ao Cmt U das ocorrências e dos fatos a respeito dos quais haja providenciado por iniciativa própria;

(...)

X - exercer rigorosa supervisão das normas de controle do armamento, da munição e do explosivo adotadas pela unidade, introduzindo as modificações para o constante aperfeiçoamento da verificação e do acompanhamento desse material bélico, além de realizar inspeções inopinadas.

*23. Por outro lado, **mesmo as atividades inerentes ao OD podem ser objeto de delegação**, nos termos do § 3º do art. 23 do R-3:*

§ 3º A delegação de competência da função de Ordenador de Despesas será regulada por legislação específica.

24. Regulamentando o dispositivo supra, a Portaria Ministerial Nr 148, de 12 de março de 1999, do Comando do Exército, prescreve:

Art 3º O Comandante, Chefe ou Diretor da UA que possuir Base Administrativa poderá delegar as funções de Ordenador de Despesas ao Oficial Superior nomeado para exercer o comando desta Base.

Art 4º Nas demais UA que não possuem Base Administrativa, o Comandante, Chefe ou Diretor, em face de particularidades e complexibilidades de sua Organização Militar (OM), se julgar conveniente, poderá propor, observados os canais de comando, a delegação de competência a função de OD, com todas as atribuições e responsabilidades a um Oficial Superior, desde que não haja incompatibilidade hierárquica com outros agentes da administração que lhe devam ser subordinados.

Parágrafo único. Caberá ao Ministro de Estado do Exército, por meio de Portaria, de acordo com parecer da Secretaria de Economia e Finanças e ouvido o Estado-Maior de Exército, autorizar a delegação de competência de que trata o "caput" deste artigo.

Art 5º Em qualquer caso, a delegação de competência para a função de OD deverá ser publicada em Boletim Interno da UA, bem como as diretrizes que deverão orientar o ocupante da função, em particular quanto ao atendimento da legislação e normas que regem o emprego de recursos sob sua gestão.

Art 6º Os casos omissos serão submetidos à apreciação da autoridade delegante, para fins de decisão.

Art 7º Quando o OD receber ordem da autoridade delegante, que, no seu entender, contrarie a legislação e normas em vigor, deve registrar o fato, por escrito, ficando a execução da ordem na dependência de confirmação formal, também por escrito, por aquela autoridade. Nesse caso, caberá à autoridade delegante a total responsabilidade pelo ato administrativo decorrente.

Art 8º A autoridade que delegar a função de Ordenador de Despesas deverá exercer controle de chefia, para certificar-se da eficiência do exercício dessa função e do cumprimento de suas diretrizes (letra "a" do Art 13 do Decreto-Lei Nr 200, de 25 de fevereiro de 1967).

25. Parece-me, todavia, que não houve, formalmente, a delegação de competência da função de OD no período em que o Cel NUNES comandava o 3º B Sup. Com efeito, no rol de responsáveis não há qualquer indicação nesse sentido (TC-011.234/2002-4, v. p., fls. 1/6).

26. Sem embargo, há vários indícios de que, efetivamente, o Cel OBERDAN desempenhava por delegação várias das atribuições próprias de OD, sem observância, todavia, das formalidades exigidas pelas normas pertinentes. Isso decorreu, conforme conjunto probatório examinado, pela natureza complexa e abrangente da unidade militar em questão, assentada sobre uma área de 500 ha, com várias instalações dispersas, conforme atestam as fotografias juntadas pelos contestantes. Nesse sentido são as declarações prestadas pelo Cel NUNES, no âmbito das apurações levadas a efeito pela 3ª RM, juntadas aos autos do TC-007.217/2001-9 pelo Cel OBERDAN (anexo 1, fls. 160, 163 e 168).

27. Dado o elevado conceito granjeado pelo então Maj OBERDAN junto a seus superiores hierárquicos, ao assumir o Comando do 3º B Sup, o Cel NUNES, ao que parece, confiou cegamente em seu subordinado imediato, que exercia o Comando da OM interinamente. A partir daí, ambos os oficiais praticamente exerciam, simultaneamente, as atribuições de Comando. Prova essa assertiva pergunta desferida pela defesa do Cel OBERDAN dirigida ao Cel NUNES, por ocasião de seu interrogatório: "prefiro não responder a pergunta que me foi formulada, pela defesa do Ten. Cel. Oberdan, qual seja, se durante o período que esteve no 3º B Sup, não existia Comando, só Subcomando?" (grifo nosso) (TC-007.217/2001-9, anexo 1, v. 1, fl. 352).

28. A respeito da confiança depositada pelo Cel NUNES no Cel OBERDAN, insta transcrever o seguinte excerto de testemunho do primeiro:

"Gostaria de acrescentar que, quando fui nomeado Cmt do 3º B Sup, em Out/98, procurei me informar a respeito das atividades do Btl e da sua situação em relação ao material e ao pessoal. Nessa busca de informações, em contatos telefônicos com elementos do Cmdo da 3ª RM, recebi várias referências muito boas a respeito do então Maj Oberdan, Cmt interino do Batalhão. Fiquei sabendo, na ocasião, que ele havia sido o primeiro colocado na EsAO e, portanto, tinha matrícula assegurada na ECEME e que estava fazendo um excelente trabalho à frente da Unidade.

Ao assumir o Cmdo, em 26 Jan 99, mesmo sem conhecê-lo pessoalmente, já havia, de minha parte, um conceito pré-concebido do Maj Oberdan fruto das informações recebidas.

Com o passar do tempo, aquele conceito foi se consolidando pela conduta exemplar, pela dedicação à Unidade, pelos excelentes conhecimentos profissionais demonstrados e por sua lealdade. Em nenhum momento, durante o período que comande o Batalhão, o TC Oberdan demonstrou ou deixou transparecer qualquer desvio de conduta que permitisse duvidar de sua lisura profissional.

Ao passar o cargo, em 26 Jan 2001, ainda mantinha, em mais alto grau, o conceito do TC Oberdan, justificando a confiança que nele depusitei durante o meu comando" (TC-007.217/2001-9, anexo 1, fls. 165/166).

29. Aponta o Cel NUNES como razões para as irregularidades constantes destes autos, além do descontrole patrimonial, a delegação de competência, in verbis:

"(...) outro fator que pode ter contribuído para venda de cartuchos, sem meu conhecimento, é o fato do 3º B Sup ser uma Unidade bastante complexa, com área de aproximadamente 500 ht e que atende a mais de uma centena de unidades; em uma OM com essas proporções é imperiosa a descentralização das ações, através de delegação de competência; caso essa delegação venha recair sobre algum militar que não seja leal, fica propiciada a oportunidade de práticas, sem o conhecimento do Comandante; no caso concreto, eu acho que isso ocorreu; eu diria que o responsável por essas práticas seria o Ten. Cel. Oberdan; essa conclusão que eu chego foi elaborada com base nas conclusões da denúncia; na minha opinião o Ten. Cel. Oberdan tenta se esquivar de uma responsabilidade que é dele; confirmo a assertiva da denúncia, que o Ten. Cel. Oberdan ocupava cargos chaves no 3º B Sup e detinha poderes sobre a classe 5; (...) o Maj Alievi era um cumpridor de tarefas que eram transmitidas pelo chefe do COS (Centro de Operações de Suprimentos), que era o Ten. Cel. Oberdan; eu já prestei depoimento, na qualidade de testemunha, em processos envolvendo o Ten. Cel. Oberdan; a impressão que tive, nesses processos, foi a de que os outros militares que restaram envolvidos, eram executores de ordens diretas do Ten. Cel. Oberdan; dependendo dos assuntos, às vezes, era o Ten. Cel. Oberdan, na qualidade de Subcomandante, que traçava as diretrizes, sem mesmo chegar ao Comando; não havia nenhuma diretriz traçada pelo Comando da Região para regular o que deveria ser feito com o material, depois de extinto o centro de recarga; tampouco foi solicitado alguma orientação nesse sentido" (TC-007.217/2001-9, anexo 1, v. 1, fls. 351/352, grifos nossos).

30. Nesse diapasão, o Cel NUNES afirmou que "a organização criminosa instalada na OM, encabeçada pelo Ten Cel OBERDAN, utilizou e abusou de minha confiança para auferir seus objetivos. Como Comandante da OM, tinha a missão final a ser realizada e a ela estava focado, utilizando do instrumento da delegação de poder para que as atividades fossem realizadas, dentro da total legalidade" (TC-020.931/2006-2, v. p., fl. 30, grifo nosso).

30.1. De fato, compulsando os autos do TC-014.032/2006-5, verificou-se que era praxe na OM o Cel OBERDAN officiar como OD, inclusive assinando despachos de competência dessa autoridade, dando início a procedimentos licitatórios, nos quais ele próprio era designado presidente da comissão (anexo 1, fls. 137 e 141).

31. Insta consignar, por derradeiro, o registro da instrução precedente, baseada na denúncia do Ministério Público Militar, que aponta para a responsabilização do Cel OBERDAN:

"23. Quanto à participação do Ten Cel Oberdan no esquema delituoso, assim se pronunciou o Ministério Público Militar (fls. 5/6):

"É de ser citado que, segundo o 3º denunciado Ten Cel Alievi, Chefe da Classe V à época dos fatos e, portanto, responsável pela guarda e destino dos estojos desviados, nenhuma iniciativa na Classe era tomada sem o consentimento do 2º denunciado Ten Cel Oberdan, então Chefe do COS, e que era desse as ordens que recebia para liberar o transporte dos estojos de munição vazios para estabelecimentos comerciais, salientando que nada ocorria no 3º Batalhão de Suprimentos sem que o referido Oficial Superior tivesse conhecimento [fls. 26/27]. Saliente-se que o 2º denunciado Ten Cel Oberdan, à época do desvio, ocupava cargos-chave na estrutura organizacional do 3º B Sup e, como Sub-comandante da Unidade e Chefe do Centro de Operações de Suprimentos, efetivamente detinha poder de mando sobre a Classe V.

Ainda em relação ao 2º denunciado Ten Cel Oberdan, informa o 3º denunciado Ten Cel Alievi, que esse [Ten Cel OBERDAN] teria assegurado em uma oportunidade que recebera o pagamento da venda de estojos em cheque e que pessoalmente providenciara junto a um fornecedor o desconto da citada cártula [fl. 26], supondo o Ten Cel Alievi que o citado fornecedor seria o "Sr. Jair", representante da empresa Intersul e que mantinha estreitos contatos com o Ten Cel Oberdan. Nesse norte, a dar colorido de veracidade ao declarado e apontando para a efetiva participação do Ten Cel Oberdan, temos que um dos cheques recebidos pela ilegal venda do material desviado do patrimônio público sob Administração Castrense restou descontado por Jair Arides Hernandez da Rosa, que se trata de civil representante da empresa Intersul Ltda., envolvida em irregularidades no fornecimento de suprimentos de Classe I (alimentos) ao 3º Batalhão de Suprimentos. objeto da Ação Penal nº 05/03-4, em tramitação nessa 1ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar".

32. Diante dessas ponderações, quanto ao tópico sob exame, propõe-se o não-acatamento das contrarrazões ofertadas pelo Cel OBERDAN, uma vez que a circunstância de não ter recebido formalmente, mediante delegação de competência, as atribuições de ordenador de despesas, não o impediu, como Chefe do COS e S Cmt da OM de influir, decisamente, na perpetuação dos ilícitos denunciados pelo Ministério Público Militar." (grifei)

Concluindo:

"37. As circunstâncias e fatos abaixo arrolados induzem ao convencimento da responsabilidade delituosa do ora contestante:

a) o Cel OBERDAN usufruía da confiança irrestrita do Cmt U, à época, Cel NUNES, que lhe delegou, embora informalmente, parcela considerável de responsabilidade na condução da OM;

b) o Cel OBERDAN acumulava as funções de S Cmt U e Ch COS, tendo, por conseguinte, ascendência funcional e hierárquica sobre os oficiais e praças de toda a OM, à exceção do Cmt U, e, de maneira especial, sobre os integrantes da Sec Ctr Sup Cl V, então chefiada pelo Ten Cel ALIEVI, e da 2ª Cia Sup (anexo 1, fl. 130);"

Nesses termos, observa-se que o Ten Cel Oberdan exercia a gestão de fato da OM mediante a delegação de atribuições recebida, ainda que

informalmente, tendo em vista a relação de confiança estabelecida com o comandante, não havendo dúvidas que as irregularidades eram ordenadas pelo réu, o qual acumulava funções, inclusive na presidência de comissões de licitação, de modo a impedir a interferência de terceiros, o que restou amplamente comprovado nestes autos e também na esfera penal.

Em reforço, passagem do voto-condutor dos embargos infringentes julgados pelo STM:

"A tese defensiva de que o Cel Reginaldo Trindade Lisboa sabia da entrega parcelada dos suprimentos licitados e da liquidação antecipada dos empenhos não restou demonstrada nos autos, pois, como bem aponta o Acórdão, é crível que esse Oficial tenha sido induzido a erro pelo Embargante, em face da expressão contida no verso das notas, no sentido de que o valor nelas contidos "deve ser recebido". Mesmo admitidos os argumentos defensivos, a circunstância mencionada não elide a responsabilidade dos embargantes, mas apenas acrescentaria ao polo passivo da relação processual o Cel Lisboa e outros mais que soubessem dos fatos narrados na inicial. Ademais, o argumento no sentido de que o Cel Lisboa mentiu em seu depoimento, já que sabia da mencionada entrega parcelada de alimentos, é plenamente refutável diante da existência de provas nos autos de ter esse oficial procedido à instauração das investigações pertinentes às diferenças de estoque com o saldo existente na Sistema SIAFI (depoimento do Maj Kober - vol. 18 - fls. 3.689/3.699), logo que chegou ao seu conhecimento, levando os fatos, inclusive, ao conhecimento do Serviço de Inteligência do Exército, conforme restou consignado no Acórdão ora hostilizado. É plausível a afirmação desse Oficial quanto à possibilidade de ter sido induzido a erro pelo Ten Cel OBERDAN, no momento em que afirma que autorizar "pagamentos devidamente liquidados pela Comissão que assim o atestava (...) não quer dizer corroborar, aquiescer com possíveis antecipações de pagamentos" ou irregularidades levadas a efeito por esse embargante."

Ainda:

"o Ten Cel OBERDAN, como Chefe do COS e Subcomandante da OM, restringia o acesso dos oficiais ao Comando da OM, restringia a aproximação de seus subordinados, particularmente de Oficiais, em função de sua personalidade instável e fechada, desestimulava que seus oficiais se aprofundassem em questões funcionais, de forma a não externar opiniões abalizadas sobre divergências e de possíveis irregularidades internas. Ademais, centralizava a gerência das aquisições de suprimento das diversas classes, da manutenção das câmaras frigoríficas, da chefiaquase permanente das Comissões de Licitação, aliadas à chefia do COS, a função de Sub Cmt e, até mesmo, com a de Comandante da Unidade Militar. Imprimia uma gestão caracterizada pela aversão à formalização de atos administrativos, tais como partes, relatórios, controles, etc., de forma a não deixar pistas, vestígios ou provas de sua atividade. Finalmente, incorria em permanente quebra da cadeia de comando, assessorando e sendo assessorado diretamente pelos auxiliares das repartições subordinadas, alijando seus chefes (oficiais) do exercício cabal de suas funções."

De mais, eventual responsabilidade subsidiária ou concorrente por atos de improbidade administrativa dos Comandantes do 3º B Sup não é objeto de apuração neste feito, na medida em que os comandantes não foram relacionados entre os réus.

Importa acrescentar que há evidentes indícios de variação patrimonial incompatível com os rendimentos auferidos pelos réus Oberdan e

Maria de Fátima, conforme ressaltado pelo Ministério Público Federal, com base nas constatações do Inquérito Policial Militar n.º 05/03:

"nos documentos que revelam a variação patrimonial dos acusados OBERDAN e MARIA DE FÁTIMA, esta esposa daquele, incompatível com os rendimentos auferidos por ambos, consubstanciados em: b.1) declarações de ajustes anuais do réu OBERDAN SCHIEFELBEIN no período compreendido entre os anos de 1995 e 2000 (fls. 270/297, vol. II, IPM 05/03); b.2) certidões de registro de imóveis no município de Capão da Canoa/RS, onde fonna localizados cinco matrículas de imóveis em nome do acusado OBERDAN (fls. 1917/1924 - Volume X, IPM 05/03); imóveis localizados no município de Porto Alegre, em número de cinco matrículas (fls. 752/753 e 903 - Volume V; fls. 1347/1349 - Volume VII, IPM 05/03); duas matrícula de imóveis na cidade de Balneário Camburiú/SC (fls. 1370/1372 - Volume VII, IPM 05/03); um imóvel na cidade de Lorena/SP (fls. 1373/1375 - Volume VII, IPM 05/03); um imóvel na cidade de Gramado/RS (fls. 1723/1726 ~ Volume IX, IPM 05/03); um imóvel na cidade de Canela/RS (fl. 1727 z Volume IX, IPM 05/03) tendo estes dois últimos imóveis sido objeto de diligências por parte do encarregado do IPM (fls. 1903/1907, Volume X, IPM 05/03); sentença de separação judicial, relativa ao primeiro matrimônio de OBERDAN, onde ficou estabelecido a partilha dos bens imóveis do casal (fls. 1377/1379, Volume VII, IPM 05/03); e dois imóveis em nome de MARIA DE FÁTIMA, localizados no município do Rio de Janeiro/RJ (fls. 191 I/1912, Volume X, IPM 05/03); e, b.3) fichas financeiras de ambos os acusados, no período compreendido entre os anos de 1998/2001, que dão conta dos reais rendimentos auferidos (fls. 2255/2262 ~ Volume XII, IPM 05/03); b.4) Relatório do IPM, que no item 8.b - "Indícios de Enriquecimento Ilícito" (fls. 2313/2314, Volume XII, IPM 05/03), apurou que o rendimento líquido percebido pelos acusados OBERDAN e MARIA DE FÁTIMA, na corporação, em quatro anos, atingiu o montante de R\$ 306.355,00 (trezentos e seis mil, trezentos e cinquenta e cinco reais), porem, remanesceria ao casal, em temos de imóvel, um patrimônio que atinge a quantia de R\$ 770.000,00 (setecentos e setenta mil reais), consolidado o fato de que o patrimônio palpável dos réus é totalmente incompatível com seus ganhos líquidos."

Diante de todos os fatos relatados, cujas condutas ilícitas imputadas ao apelante não se restringem unicamente aos atos invocados na presente ação de improbidade administrativa, tendo a gestão do militar sido alvo de inúmeras outras ações penais e tomadas de contas especiais, a demonstrar a reiteração da prática irregular, ficando ressaltado a objetivo de desviar o foco das investigações e impingir responsabilidades a outros militares, estando demonstrado o intencional descontrole de estoques e desorganização documental, inclusive com destruição de provas, tenho por plenamente comprovada a conduta dolosa e de má-fé do réu Oberdan, que atuou no comando do esquema fraudulento, gerando um prejuízo milionário aos cofres públicos.

*** MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN**

O fato de sua conduta não ter configurado crime na esfera penal não a isenta da caracterização de ato de improbidade administrativa.

A ré é acusada de, em conluio com o marido, líder do esquema de fraudes, emitir laudos falsos atestando a qualidade de gêneros alimentícios adquiridos pela 3ª Região do Comando Militar do Sul.

Conforme consignado na sentença, restou comprovado nos autos que a apelante, chefe do Laboratório de Inspeção e Análise Bromatológica, elaborava análises técnicas em desacordo com a classificação merceológica de alimentos, facilitando o recebimento de produtos de menor qualidade da contratada, gerando enriquecimento ilícito para a empresa Intersul e prejuízo ao erário.

Não há provas, contudo, que participasse da atuação criminosa do marido para fins especificamente de atestar o recebimento de produtos em menor quantidade da efetivamente entregue, razão porque não é o caso de condenação solidária à reparação do dano apurado na esfera penal.

Embora sua conduta tenha contribuído para gerar efetivo prejuízo ao erário, no que resta condenada com base no art. 10 da Lei 8.429/92, porquanto incontestável o dano decorrente do consumo de feijão ou arroz de inferior qualidade, adquirido com preço superior, deve ser considerada a troca de 53 toneladas de arroz e 28 toneladas de feijão, após a descoberta do esquema, de modo a reparar parcela dos prejuízos identificados.

A intenção de fraudar o erário era clara, tanto que descobertas as inconformidades, a própria apelante providenciou a troca dos produtos. Eis o depoimento citado na esfera penal militar:

"(...) que a Cap. FÁTIMA não mais se encontrava à frente do laboratório quando esta inspeção ocorreu, mas foi chamada ao Batalhão e rapidamente entrou em contato com a INTERSUL, que substituiu o material; que o Maj KOBER apresentou à Cap FÁTIMA os laudos da reinspeção perguntando se tinha algo a esclarecer e ela nada disse (...)"

A esse respeito, confira-se o depoimento do Maj. Airton Kober, também na esfera penal:

"(...) que, embora o depoente nada tivesse recebido por escrito, ouviu reclamações das OMs apoiadas, e de próprios integrantes do Batalhão sobre a má qualidade dos gêneros alimentícios, principalmente feijão e arroz (...) determinou que fosse chamada a Cap Fátima para verificar os laudos da Ten Betina, tendo a mesma comparecido e dito não haver necessidade de tal verificação porque a firma Intersul faria a troca da mercadoria, o que se efetivou em seguida nas quantidades verificadas nos laudos de fls. 136/137"

Em reforço, consigno que o dano restou comprovado, tanto que foi efetivada a superveniente reparação mediante troca da mercadoria entregue em desacordo com a nota de empenho. Nesse aspecto, ainda que a reparação não tenha sido integral, pois consta dos autos depoimentos de militares que reclamavam da qualidade do arroz e feijão que era consumido na corporação, a denotar que a conduta vinha repetindo-se ao longo do tempo, não sendo possível avaliar a qualidade do produto já consumido ou quantificar essa espécie de dano, merece ser afastada a pena de ressarcimento ao erário com relação à apelante.

Ainda que assim não fosse, caso a posterior reparação parcial do prejuízo fosse apta a afastar o dano ao erário, viável a condenação por ofensa aos princípios da Administração Pública, pedido implícito da exordial, a teor do recente precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INEXISTÊNCIA.

1. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, "o pedido não é apenas o que foi requerido em um capítulo específico ao final da petição inicial, mas, sim, o que se pretende com a instauração da demanda, sendo extraído de interpretação lógico-sistemática da inicial como um todo" (AgRg no REsp 1.284.020/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 6/3/2014).

2. Não há falar em julgamento extra ou ultra petita, uma vez que, consoante o aresto recorrido, o pleito de condenação do agravante ao ressarcimento de danos causados ao erário, em decorrência da prática de atos de improbidade administrativa, encontra-se implícito na petição exordial.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1324787/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 09/04/2015) (grifei)

Em reforço, a absolvição na esfera penal, pela ausência de tipicidade penal da conduta, não impediu o Superior Tribunal Militar de atestar em diversas passagens o dano ao patrimônio público gerado pelos atos da apelante, a qual, embora ciente da inferior qualidade do produto entregue, formalizava o recebimento de acordo com a nota de empenho, o que oportunizou o auferimento de vantagem ilícita pela ré Intersul. Tenho, assim, por caracterizado o dolo.

*** MÁRIO STEFFEN e MARISA CARVALHO DA ROSA**

Os apelantes, proprietários da empresa **INTERSUL ALIMENTOS LTDA.**, limitam-se a alegarem a ausência de prejuízo ao erário com base na conclusão extraída da TC014.032/2006-5. Argumentam que restou demonstrado ter a empresa Intersul entregue todas as mercadorias na qualidade e na quantidade contratadas.

A tese ora levantada já restou devidamente afastada quando do exame das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União.

Outrossim, importa fazer menção às conclusões exposta na esfera penal militar:

"A participação do Civil MÁRIO STEFFEN, proprietário da INTERSUL Alimentos, restou plenamente confirmada nos autos, o qual se beneficiou da entrega de quantidade, a menor, dos produtos licitados ou em qualidade inferior, impondo à Administração a necessidade de compatibilizar o saldo constante no registro do SIAFI com a quantidade existente em estoque, tendo, para tanto, de lançar a Nota de Lançamento 2003NL001576, de 30 de maio de 2003, no valor de R\$ 211.445,16 (duzentos e onze mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e dezesseis

centavos), valor esse que retrata o prejuízo à época e que fora baixado do próprio SIAFI (Anexo 8 - fl. 2.253)."

"Com relação ao Civil MÁRIO STEFFEN, além dos argumentos exaustivamente apresentados neste julgado, a sua participação restou reconhecida até mesmo pela Sentença proferida pelo Juízo da 1ª Auditoria da 3ª CJM, cujo dolo de fraudar a Administração Militar restou comprovado nos autos. Conforme se apurou, esse Embargante consentiu em apor nas notas fiscais descritas informações acerca da quantidade dos itens entregues no Depósito de Suprimentos, as quais não condiziam com a realidade, pois eram entregues em quantidade ou qualidade inferiores às efetivamente licitadas e contratadas pela Administração. É importante frisar que o êxito da conduta perpetrada pelo Cel OBERDAN deveu-se em sua integralidade à valiosa colaboração do representante da INTERSUL, senhor MÁRIO STEFFEN, cuja responsabilidade pela prática do delito de estelionato salta aos olhos deste julgado."

Do exposto, não há dúvidas da ocorrência de prejuízo ao erário, em flagrante conluio entre os denunciados, motivo porque, a fim de evitar tautologia, remeto à conclusão exposta na esfera penal militar, cujos julgados abordaram a exaustão as ilicitudes cometidas na condução da gerência da empresa Intersul.

*** GUILHERME FIRPO DAL PONTE e PAULO SÉRGIO PANIZ**

Sobre as condutas dos apelantes a sentença de primeiro grau concluiu pela ausência de dolo:

"Quanto aos demandados GUILHERME FIRPO DAL PONTE e PAULO SÉRGIO PANIZ é incontestável que eram militares de baixa patente e os depoimentos testemunhais levaram à conclusão que, de fato, cumpriram ordens e que tinham um relacionamento distante dos militares hierarquicamente superiores envolvidos no esquema. A testemunha Marcelo Cantagalo dos Santos referiu que, oficiais aspirantes não estariam em condições de discutir ou resistir a ordens de um superior. No entanto, pode-se dizer que agiram com culpa, tendo em vista que assinaram os laudos ou as notas fiscais, já produzidos pela chefia, e, de maneira negligente, não revisaram as informações neles contidas ou não trouxeram à tona a possibilidade de existirem irregularidades. Esses últimos, portanto, não devem ter sua conduta enquadrada no art. 11, em virtude da ausência de dolo."

Não sendo o caso de responsabilização por ofensa aos princípios da administração pública, ante a ausência de dolo, resta saber se estaria configurada a culpa apta a ensejar condenação com base no art. 10 da Lei 8.429/92.

No ponto, a situação apresenta uma peculiaridade, embora fosse exigível de qualquer servidor civil o exame acurado das ordens recebidas, de modo a avaliar eventual ilegalidade capaz de gerar prejuízo ao erário, quando se trata de ordens emanadas no meio castrense, a prática demonstra a imposição da obediência irrestrita ao comando superior, sob pena do militar, que ostenta patente inferior, ser submetido a sanções disciplinares, penais ou ter sua carreira militar prejudicada por conta da insubordinação.

Além disso, a prova colacionada aos autos demonstra que o Ten Cel Oberdan centralizava para si todas as tomadas de decisões, contando com

experiência, prestígio e confiança na unidade militar, o que certamente induziu a erro muitos de seus subordinados, que acreditavam cabalmente na licitude das ordens recebidas.

Merece ser considerada a rigidez da disciplina e hierarquia militares, bem como a aparente regularidade e aval do comandante superior, de modo que não seria razoável exigir comportamento diverso dos apelantes, os quais não detinham da experiência necessária nas funções atribuídas, exercendo juízo de confiança nas ordens superiores.

A responsabilidade dos subordinados restou afastada também na esfera penal militar, na qual restou consignado que o Ten Cel Oberdan *"restringia a aproximação de seus subordinados, particularmente de Oficiais, em função de sua personalidade instável e fechada, desestimulava que seus oficiais se aprofundassem em questões funcionais, de forma a não externar opiniões abalizadas sobre divergências e de possíveis irregularidades internas"*.

Destaco os seguintes trechos do voto-condutor dos Embargos Infringentes na esfera penal:

"Outra conduta grave cometida pelo Ten Cel OBERDAN, cujo escopo era assegurar o sucesso de sua empreitada na dissimulação do recebimento indevido das mercadorias da Intersul, consistiu na restrição de atribuições de oficiais para essa atividade, conferindo-a a cabos e soldados, os quais, inclusive, atestavam o recebimento nas notas fiscais emitidas pela mencionada empresa. Nesse sentido, registram as declarações do 1º Ten Ex Guilherme Firpo Dal Ponte (vol. 17 - fl. 3.438), in verbis:

"(...) porque o Ten Cel Oberdan era muito enfático na orientação de que o interrogando não precisava estar presente no recebimento das mercadorias, o que era feito pelos auxiliares da Seção, que lhe apresentavam as notas de remessa já por eles assinadas como conferidas (...) que o interrogando relatou ao Comandante, Cel Lisboa, verbalmente, sobre a sua insatisfação no tocante aos limites que lhe estavam sendo impostos na Chefia da Seção de Suprimentos Classe I, quanto ao controle das entradas e saídas de mercadorias e pelo fato de que o Laboratório estava a cargo de um superior hierárquico (...)"

O Ten Cel OBERDAN valia-se da sua condição de Oficial Superior para coagir os demais a agirem de forma à consecução de seus interesses. O depoimento do então veterinário, à época auxiliar do Laboratório de Inspeção de Alimentos e Bromatologia (LIAB), é categórico nessa afirmação (vol. 17 - fls. 3.445/3.446), in verbis:

"(...) não participava das atividades de recebimento das mercadorias e foi somente por ocasião do afastamento do Ten Cel Oberdan que se alertou para a possibilidade de estar havendo alguma irregularidade; que o interrogando levou, então, ao conhecimento do Cel Lisboa o fato de ter assinado laudos fiscais a mando do Ten Cel Oberdan, sem ter realizado pessoalmente os exames laboratoriais, o que fez verbalmente quando o mesmo Lisboa relatou sobre o que estava ocorrendo na Unidade; (...) que o interrogando mantinha com o Ten Cel Oberdan apenas relacionamento funcional; que o referido Ten Cel tratava o interrogando com distanciamento e rispidez; que, ao receber o convite para atuar junto ao laboratório o interrogando aceitou e depois se viu constrangido diante das ordens do Ten Cel Oberdan para que assinasse os laudos fiscais já preenchidos e o fato de estarem tais laudos já assinados pela Cap Fátima, sua Superior e profissional com larga experiência, não tendo o interrogando nenhum motivo para duvidar da veracidade das informações (...)""

Ademais, os apelantes contribuíram para apuração do ilícito, inclusive mediante quebra voluntária de seus sigilos bancários e fiscal, juntando extratos que demonstram não terem auferido vantagens financeiras.

Entendimento diverso, segundo entendo, redundaria em prestígio à responsabilidade objetiva, independente de dolo ou culpa, na contramão da jurisprudência pátria - que exige a prova do dolo de enriquecimento ilícito ou de ofensa aos princípios da Administração Pública e o dolo ou a culpa nos atos causadores de dano ao erário.

Nesse sentido, colaciono precedente desta Terceira Turma:

AGRAVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO DEMONSTRADO. IMPROCEDÊNCIA. 1. A Lei nº 8.429/92 não admite a responsabilização objetiva por atos de improbidade administrativa, sendo pressuposto para a punição do agente público a presença do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo - no caso dos art. 9º e 11 - ou, ao menos, na culpa grave - para o art. 10 da lei. Em qualquer dos casos, é absolutamente imprescindível a caracterização da má-fé do agente, não bastando a constatação da simples ilegalidade do ato, uma vez que a mens legis é justamente coibir a atuação maculada pela inobservância dos padrões de honestidade, moralidade e lealdade que se espera do agente público. 2. Hipótese em que se verifica não ter restado comprovada a materialidade do ato ímprobo. (TRF4, AC 5005906-21.2012.404.7208, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 25/04/2013)

Também o Superior Tribunal de Justiça tem homenageado o entendimento ora esposado, conforme arestos cujas sínteses transcrevo:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS REPASSADOS PELO EXTINTO INAMPS AO MUNICÍPIO DE CAXIAS/MA. ARTIGOS 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPRESCINDIBILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA A CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA ENQUANTO ATO IMPROBO ENQUANTO ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Este Sodalício entende pela necessidade de demonstração de elemento subjetivo ainda que a conduta esteja listada na categoria de atentatória aos princípios da administração pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92). Precedentes, dentre os quais se menciona: AgRg nos EREsp 1312945/MG, PRIMEIRA SEÇÃO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 12/12/2012, DJe 01/02/2013.

2. No caso em concreto, o Tribunal Regional Federal a quo entendeu, com base nos elementos instrutórios constantes dos autos, pela inexistência do elemento subjetivo exigido para a configuração da conduta enquanto ato de improbidade administrativa tipificável no art. 11 da Lei nº 8.429/92. Portanto, ausentes os requisitos exigidos para a tipificação do ato investigado, não há, portanto, que se falar na aplicação da Lei nº 8.429/92 ao caso em concreto.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1310868/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROFESSORA DA REDE ESTADUAL DE ENSINO DESIGNADA PARA ATUAR, PROVISORIAMENTE, COMO OFICIAL JURAMENTADA DE REGISTRO CIVIL. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA

ADMINISTRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Para que seja configurado o ato de improbidade de que trata a Lei 8.429/99, "é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10" (REsp 1.261.994/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13/4/12).

2. "Em sede de ação de improbidade administrativa da qual exsurtem severas sanções o dolo não se presume" (REsp 939.118/SP, Rel. Min.

LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 1º/3/11).

3. Caso em que o Tribunal de origem, presumindo a presença do dolo na conduta da recorrente, desconsiderou as seguintes premissas adotadas pela sentença para afastar a prática de ato ímprobo: (a) a recorrente já ocupava o cargo de professora quando designada para a função de oficial juramentada; (b) a designação foi dada em caráter precário, formalizada pelo juízo local e referendada pelo Conselho da Magistratura; (c) o cartório em questão tem baixo número de atos realizados anualmente e movimentação financeira inexpressiva, fato comprovado pela falta de interesse dos candidatos aprovados nos dois concursos públicos já realizados; e (d) pequeno número de atos diários realizados (de um e três atos) demonstra que a ausência da recorrente no cartório durante o horário de expediente em nada prejudicou a prestação do serviço ou sua eficiência.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1364529/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 11/03/2013)

Conclui-se aqui pelo provimento do apelo, restando afastada a condenação imposta aos réus Paulo Sérgio Paniz e Guilherme Firpo Dal Ponte, porquanto não caracterizada a culpa grave necessária para configuração da conduta descrita no art. 10 da Lei 8.429/92.

- Da aplicação das penas:

Em casos como o narrado nos autos (ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário), tenho que a penalidade aplicada deva guardar estrita observância ao princípio da proporcionalidade, sobretudo em seu viés de proibição de proteção deficitária (proibição de insuficiência).

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

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

As penas fixadas devem ser adequadas (compatíveis com o fim visado, qual seja, reprimenda a uma atuação administrativa desleal), necessárias (inexistência de meio menos gravoso para atingir o objetivo legal, que é a busca do respeito incondicional aos princípios da Administração Pública e a recomposição ao erário) e proporcionais em sentido estrito (aptidão para garantir

a exemplaridade da punição, observando paralelismo com o montante do dano causado), na esteira do entendimento do STJ, consoante ementa que colaciono:

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

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

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

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

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

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

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

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

8. As penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.). Precedentes do STJ.

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

10. Recurso Especial parcialmente provido.

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

Como visto no precedente à epígrafe, as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 não são cumulativas, cabendo ao julgador avaliar o caso concreto de acordo com a gravidade da conduta e suas consequências.

Ao que se via, as condutas dos réus revestem-se de extrema gravidade, a ensejar a adequada sanção.

Apurou-se, à exaustão, que a conduta dos réus gerou um prejuízo ao erário superior a um milhão de reais, entretanto, por conta da destruição de provas e condução arbitrária da administração militar, em gestão pautada pelo desprezo às formalidades, o montante efetivamente apurado restou limitado a apenas R\$ 211.445,16, devendo os réus (Oberdan Schiefelbein, Mario Steffen, Mariza Carvalho da Rosa e Intersul Alimentos) serem condenados solidariamente ao ressarcimento ao erário deste valor.

De outra parte, embora a pena de suspensão dos direitos políticos seja a sanção mais drástica prevista no art. 12 da Lei 8.429/92, porquanto impõe limitação a direito fundamental, o caso dos autos exige sua aplicação pelo prazo de cinco anos para os réus Oberdan Schiefelbein, Mario Steffen e Mariza Carvalho da Rosa.

Deixo de condenar a ré Maria de Fátima Silva Schiefelbein na pena de suspensão dos direitos políticos, por conta de sua menor participação na ocorrência dos fatos relatados, que se restringiram à emissão de laudos falsos, sem a quantificação dos prejuízos, conforme já consignado no capítulo pertinente.

Condeno os réus Oberdan Schiefelbein, Maria de Fátima Silva Schiefelbein, Mario Steffen, Mariza Carvalho da Rosa e Intersul Alimentos à pena de 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, considerando a prática de atos diretamente relacionados com fraudes em procedimentos licitatórios.

Sobre a multa civil, autoriza o art. 12, II, da Lei 8.429/92 sua aplicação até duas vezes o valor do dano.

Nesse aspecto, diante de todos os fatos relatados, que não se resumem unicamente aos apurados nesses autos, estando demonstradas diversas irregularidades na administração da OM que teriam gerado um prejuízo superior a um milhão de reais, o que somente não foi comprovado por conta da destruição de provas, havendo indícios, inclusive, de enriquecimento ilícito por parte do réu Oberdan, condeno o réu à pena de multa no valor de R\$ 105.722,58, equivalente à metade do valor do prejuízo demonstrado.

Por sua vez, condeno Mario Steffen, Mariza Carvalho da Rosa e Intersul Alimentos, solidariamente, à pena de multa de R\$ 105.722,58.

Para Maria de Fátima Silva Schiefelbein mantenho o valor arbitrado na sentença (R\$ 30.000,00), porquanto adequado à responsabilidade apurada nestes autos, havendo indícios de que tenha beneficiado-se do esquema, ante a variação patrimonial apresentada no patrimônio conjugal.

Por fim, entendo ser o caso, ainda, de aplicar a pena de perda da função pública para o mentor e comandante do esquema Oberdan Schiefelbein. Sendo importante destacar que o fato de o agente público já ter sido sancionado em âmbito administrativo não inviabiliza a apuração, pela mesma conduta, de eventual configuração de atos ímprobos - que igualmente encontram mandamento expresso de penalização em âmbito constitucional (artigo 37, §4º, CRFB).

Nesse sentido:

*IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. PROCESSO CRIMINAL. PROCESSAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INICIAL FORMALMENTE APTA. RECEBIMENTO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. 1. O artigo 12, caput, da Lei n. 8.429/1992 é expresso ao determinar a incidência das penas nele discriminadas sempre que apurada a prática de atos caracterizadores de improbidade administrativa, independentemente das sanções penais, civis e administrativas. 2. O simples fato de o agente ter sido agraciado com a suspensão condicional do processo em âmbito criminal **e já ter sido sancionado em âmbito administrativo não inviabiliza a apuração, pelo mesmo fato, de eventual configuração de atos ímprobos - que igualmente encontram mandamento expresso de penalização em âmbito constitucional (artigo 37, §4º, CRFB).** 3. Narrada devidamente uma conduta em tese configuradora de ato ímprobo e existentes elementos indiciários da prática ofensiva aos princípios da Administração Pública, mostra-se de rigor o regular processamento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com a viabilização, à parte autora, da produção da prova necessária ao acolhimento de sua pretensão. 4. Apelação provida. (TRF4, AC 5008763-55.2012.404.7009, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, D.E. 12/07/2013)*

*ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SUCUMBÊNCIA. 1. O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública de improbidade administrativa, conforme estabelece o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 2. **O fato de ter o réu sido penalizado com a perda do cargo na esfera administrativa não afasta o objeto da ação de improbidade. A esfera administrativa não retira a repercussão de eventual ato que possa ser caracterizado como ímprobo. As esferas de responsabilização são distintas e não se excluem.** 3. Mantida a condenação do requerido em face da prática de ato ímprobo, com ofensa aos princípios da Administração Pública. Sanções aplicadas com respeito ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. 4. A condenação da parte vencida em custas e honorários é consequência da procedência da demanda ajuizada e do princípio da causalidade. Em se tratando de órgão público, os honorários advocatícios oriundos de ações judiciais reverterem para o patrimônio da entidade e não para o procurador que participou na causa. (TRF4, AC 0001430-25.2007.404.7200, Quarta Turma, Relator Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E. 03/06/2013) (Grifei).*

E mais:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. ARTIGO 11, DA LEI 8.429/92. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA - PEDIDO NÃO CONTEMPLADO NA INICIAL - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE APLICA A SANÇÃO - AUSÊNCIA DE NULIDADE - MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. PRINCÍPIO IURA NOVIT CURIA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA E INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA - AFASTAMENTO. RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO COM MANUTENÇÃO DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA - GRAVE VIOLAÇÃO AOS DEVERES FUNCIONAIS E AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS - PENALIDADE QUE SE DESTINA AOS ATOS DE MAIOR GRAVIDADE. 1. Em se tratando de ação de improbidade administrativa, o princípio da congruência resta mitigado, não se evidenciando nulidade da sentença que, ao concluir pela presença de ato de improbidade, aplica dentre as sanções previstas na lei, aquela que entende proporcional e razoável, ainda que não postulada na inicial. 2. Vigê na ação de improbidade o princípio geral iura novit curia, não ficando o Juiz adstrito à qualificação jurídica dada na inicial. De aí, considerando que as sanções decorrentes de cada um dos tipos de atos ímprobos (artigos 9º, 10 e 11), diferenciam-se, inclusive, em face da gravidade do ato praticado, em sendo factível a capitulação diversa da inicial por parte do Julgador, acarretando, inclusive imposição de penalidade mais severa da pretendida inicialmente, muito mais o é, a aplicação de penalidade de idêntica capitulação e decorrente de lei, ainda que o autor, na inicial, tenha informado pela sua desnecessidade em face da perda do objeto (demissão já ocorrida na seara administrativa). 3. As sanções previstas na Lei de Improbidade não são passíveis de disposição pelo autor da ação, cabendo ao Judiciário aplicar ao agente ímprobo aquela que reputar cabível. 4. Considerando que o réu era auditor fiscal do trabalho e ocupava cargo em comissão de Delegado na época dos fatos ora apurados, é aplicável o inciso II do referido artigo de Lei. 5. Dispõe o art. 142, §§ 1º e 3º, da Lei 8.112/90 que o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição até a decisão final proferida pela autoridade administrativa. 6. Preliminares de cerceamento de defesa e ausência de fundamentação afastadas. Contraditório e ampla defesa respeitados. Sentença que fundamenta a conclusão estabelecida, sendo a insurgência do réu matéria de mérito recursal. 7. A participação no ato de constituição de cooperativa, que ao depois tenha sido condenada por fornecer mão de obra sem vínculo empregatício em ofensa à legislação trabalhista, não enseja o reconhecimento de prática de ato de improbidade por parte do agente, mas conduta irregular e censurável em face de sua condição funcional, ausente comprovação de que à época da constituição cooperativa já se evidenciava o propósito ilegal. 8. Comprovado o ato ímprobo do agente público que atua na direção de holding, ofendendo os princípios da administração pública, por praticar ato incompatível com o serviço público. Prova testemunhal e documental que demonstram a participação nas deliberações da empresa. 9. **A grave violação aos deveres funcionais e aos princípios da administração pública remetem à perda da função pública, independentemente de a mesma punição já ter sido aplicada administrativamente, haja vista a independência entre as esferas.** (TRF4, AC 5002242-52.2011.404.7002, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 01/10/2013) (grifei)*

No mesmo sentido, aliás, segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para quem, embora possam se originar do mesmo fato ilícito, a aplicação de penalidade de demissão por meio de Processo Administrativo Disciplina decorre da incidência estatutária da Lei n. 8.112/1990 - o que, de forma alguma, se confunde com a ação de improbidade administrativa, processada perante o Poder Judiciário, a quem incumbe a aplicação das penalidades previstas no artigo 12 da Lei n. 8.429/1992.

Colaciono ementa:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL.

1. Pacificou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual a esfera administrativa só se subordina à penal na hipótese de sentença criminal absolutória que reconheça a não-ocorrência do fato ou negue a sua autoria, o que não é o caso dos autos, em que a absolvição veio lastreada no inciso VII do art.

386 do Código de Processo Penal, ou seja, por insuficiência de provas.

2. Impõe-se considerar que, na esfera administrativa, restou devidamente comprovada a existência de prática dolosa de infração administrativa, consistente no validamento do cargo para lograr interesse pessoal e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, pois o impetrante propiciou proveito à empresa Navegação Mansur S/A, ao deixar de constituir regularmente créditos relativos a contribuições previdenciárias devidas, bem como de emitir Representação Fiscal para fins penais por indícios de crime contra a Previdência Social.

*3. **Embora possam se originar a partir do mesmo fato ilícito, a aplicação de penalidade de demissão realizada no Processo Administrativo Disciplina decorreu da aplicação da Lei 8.112/90 (arts. 116, II, e 117, IX), e, de forma alguma, confunde-se com a ação de improbidade administrativa, processada perante o Poder Judiciário, a quem incumbe a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.***

4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(MS 17.873/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 02/10/2012)"

Outrossim, consigno que, diferente do exposto na origem, a falta de condenação acessória na esfera penal não impede a aplicação da pena com base na lei de improbidade, sendo importante mencionar que o Superior Tribunal Militar em julgamento do recurso de apelação e nos termos do art. 100 do CPM, estabeleceu que o réu Oberdan, independente da pena imposta, estará sujeito à declaração de indignidade para o oficialato, o que representará a perda do posto e respectiva patente, após o trânsito em julgado na esfera militar.

Derradeiramente, considerando os mais recentes precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados, e a fim de evitar que, eventualmente, não sejam admitidos os recursos dirigidos às instâncias superiores, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pelas partes.

Em conclusão, voto por: a) dar provimento ao apelo dos réus Paulo Sérgio Paniz e Guilherme Firpo Dal Ponte, porquanto não caracterizada a culpa grave necessária para configuração da conduta descrita no art. 10 da Lei 8.429/92 e afastado o dolo necessário para a responsabilização por ofensa aos princípios da administração; b) dar parcial provimento à apelação do MPF para reconhecer a caracterização de atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, consoante disposto no art. 10 da Lei 8.429/92, aplicando-se a pena de perda da função pública apenas ao mentor e comandante do esquema Oberdan

Schiefelbein, afastada a pena em relação à ré Maria de Fátima Silva Schiefelbein, por conta de sua menor participação na ocorrência dos fatos relatados, que se restringiram à emissão de laudos falsos, sem a quantificação dos prejuízos; e c) negar provimento às apelações de Oberdan Schiefelbein, Maria de Fátima Silva Schiefelbein e Mario Steffen e Mariza Carvalho da Rosa, nos termos da fundamentação.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento à apelação de Paulo Sérgio Paniz e Guilherme Firpo Dal Ponte, dar parcial provimento à apelação do MPF e negar provimento às apelações de Oberdan Schiefelbein, Maria de Fátima Silva Schiefelbein e Mario Steffen e Mariza Carvalho da Rosa.

Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7717053v132** e, se solicitado, do código CRC **6FA19250**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a):	FERNANDO QUADROS DA SILVA:53012780963
Nº de Série do Certificado:	581DE44528A71A2D
Data e Hora:	15/09/2015 17:51:04

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 09/09/2015
APELAÇÃO CÍVEL Nº 5003197-41.2015.4.04.7100/RS
ORIGEM: RS 50031974120154047100

RELATOR : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
PRESIDENTE : Marga Inge Barth Tessler
PROCURADOR : Dr(a) Eduardo Lurtz Lorenzoni
SUSTENTAÇÃO ORAL : Adv. MAURÍCIO MICHAELSEN pelo apelante GUILHERME FIRPO DAL PONTE e pelo Ministério Público o Dr. Eduardo Kurtz Lorenzoni.
APELANTE : GUILHERME FIRPO DAL PONTE
: MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN
: MARIO STEFFEN
: MARISA CARVALHO DA ROSA
ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELANTE : OBERDAN SCHIEFELBEIN
: PAULO SÉRGIO PANIZ
ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN
APELADO : INTERSUL ALIMENTOS LTDA
: MARCOS ANTÔNIO STEIL
ADVOGADO : MAURÍCIO MICHAELSEN
APELADO : OS MESMOS

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 09/09/2015, na seqüência 412, disponibilizada no DE de 26/08/2015, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 3ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DE PAULO SÉRGIO PANIZ E GUILHERME FIRPO DAL PONTE, DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO MPF E NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES DE OBERDAN SCHIEFELBEIN, MARIA DE FÁTIMA SILVA SCHIEFELBEIN E MARIO STEFFEN E MARIZA CARVALHO DA ROSA.

RELATOR ACÓRDÃO : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
VOTANTE(S) : Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA
: Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
: Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA

José Oli Ferraz Oliveira
Secretário de Turma

Documento eletrônico assinado por **José Oli Ferraz Oliveira, Secretário de Turma**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7824146v1** e, se solicitado, do código CRC **EF3C7805**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): José Oli Ferraz Oliveira

Data e Hora: 09/09/2015 18:34
