



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº: **0045527-93.2012.8.26.0053 - Ação Civil de Improbidade Administrativa**
 Requerente: **Ministério Público do Estado de São Paulo**
 Requerido: **Jose Bernardo Ortiz e outros**

CONCLUSÃO

Em 29 de setembro de 2012, faço estes autos conclusos ao MM.(ª) Juiz(a) de Direito Dr.(ª).
 Randolpho Ferraz de Campos.

Vistos.

I

A ação civil pública ora em exame **quanto ao requerimento de liminar por meio dela feito** concerne à **licitação** do tipo **pregão eletrônico** realizada pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE) com edital n. 36/00499/11/05 para fins de **registro de preços** visando à **aquisição de material escolar (mochila escolar)** segundo o critério de **menor preço**.

Segundo o edital suso indigitado (fls. 65, anexo I, item 1.5) – divulgado inicialmente por meio de aviso de sua acessibilidade por internet em publicação em diário oficial de 19 de julho de 2011 (fls. 51) e republicado o aviso em 21 de julho de 2011 (fls. 94) com erratas em 22 de julho de 2011 a apontar, aqui, que a sessão de processamento do pregão se daria em 4 de agosto de 2011 (fls. 96) e em 23 de julho de 2011 (fls. 98) além de aviso de 4 de agosto de 2011 de suspensão do certame por determinação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (fls. 100) -, o registro de preços far-se-ia em **três lotes** visando à aquisição **anual** de mochilas escolares para os ensinos **médio** (lote **1**), **fundamental II** (lote **2**) e **fundamental I** (lote **3**) nas **quantidades, respectivamente**, de 1.600.000 unidades (mínimo) **a** 2.100.000 unidades (máximo), 1.800.000 (mínimo) **a** 2.400.000 (máximo) e 700.000 (mínimo) **a** 1.200.000 (máximo).

Fixou-se, ainda, no edital a **aceitabilidade** do preço a ser ofertado pelas licitantes segundo valor **referencial de mercado** apurado "*mediante pesquisa realizada pela FDE*", ficando ele arbitrado, então, em R\$ 24.507.000,00, R\$ 28.008.000,00 e R\$ 12.960.000,00 (lotes 1, 2 e 3, respectivamente; fls. 57/58, item 6.15.1 do edital), **ou seja, R\$ 11,67 por mochila para os lotes 1 e 2 e R\$ 10,80 para o lote 3.**

O preço de referência empregado no edital, portanto, para os lotes **1** e **2** fixado foi em **8,08%** a mais do que o arbitrado para o lote **3**.

A **diferença** (**não** superior a **10%**) do preço de referência das mochilas dos lotes 1 e 2 em **comparação** com o preço de referência das mochilas do lote 3 permite ilação de que as especificações técnicas a elas atinentes (anexo II do edital; fls. 71 *usque*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333/2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

85) **igualmente** ostentam **distinções** ou **diferenças pequenas**, visto que, fossem mais **acentuadas**, a tendência, **presumivelmente** e conforme a experiência normal dos fatos, seria ostentarem igualmente preços **também entre si mais distintos um do outro**.

A licitação **consumada** foi (observado aqui que dela participaram doze licitantes para os lotes 1 e 2 e quinze para o lote 3; fls. 213) com homologação de seu resultado e a adjudicação de seu objeto de modo a se sagrarem nela vencedoras a corrê Capricórnio S/A para os lotes 1 e 2 (**preço unitário**, respectivamente, de **R\$ 9,50** e **R\$ 11,39**) e a empresa Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda. para o lote 3 (**preço unitário de R\$ 6,50**), conforme se vê a fls. 118, *in fine* (publicação da imprensa oficial de **5 de abril de 2012**).

Percebe-se, pois, que os preços para os lote 1 e 2 ficaram **46,15%** e **75,23%** **superiores** ao preço **estabelecido** para o lote **3** e **mesmo** o preço do lote **2** ficou **19,89%** **superior** ao preço estabelecido para o lote **1** muito embora estes mesmos lotes (1 e 2) concernentes sejam à **mesma mochila escolar** (tanto que o preço referencial – R\$ 11,67 por unidade - e a especificação técnica pertinente a ambas – fls. 76/85 - **são os mesmos**) e seja a **fornecedora** para ambos os lotes a **mesma empresa** – a corrê Capricórnio S/A.

Constata-se, portanto, ter ocorrido **descompasso** entre os preços vencedores no certame e o preço referencial fixado para os lotes em questão (diferença **aqui** de **8,08%** entre os preços referenciais dos lotes 1 e 2 com o do lote 3, mas diferença dos preços vencedores de **46,15%** e **75,23%**, respectivamente, dos lotes 1 e 2 em comparação com o preço vencedor do lote 3) **além do próprio descompasso** entre a diferença de preços alcançados no certame para os lotes 1 e 2 e a diferença de preços referenciais para tais lotes em comparação com o lote 3 embora lá se cuide dos mesmíssimos fornecedor e mochila (lá, **19,89%**; cá, **8,08%**).

Ou seja, mesmo mochila mais simples teve preço referencial **menos distinto** do preço referencial de mochila mais incrementada em termos de material necessário à sua confecção do que o preço alcançado no certame para a **mesma** mochila a ser adquirida por lotes **diferentes**, mas do **mesmo** fornecedor.

Este **segundo** descompasso, **contudo**, **acabou** por ser **superado** mediante negociação **complementar** levada a efeito entre a FDE e a corrê Capricórnio S/A, seja pela **adoção** de preço **único** para ambos os lotes, seja até por **redução** de tal preço que chegou a **R\$ 9,30 por unidade** (fls. 214, 2.149 e 2.151).

Ainda assim, o **preço final** ajustado para os lotes 1 e 2 ficou **43,05%** acima do preço da mochila do lote 3, **persistindo**, portanto, o **primeiro descompasso** apontado anteriormente entre os preços vencedores no certame e o preço referencial fixado para os lotes em questão (diferença **aqui** de **8,08%** entre os preços referenciais dos lotes 1 e 2 com o do lote 3, mas diferença dos preços vencedores de **43,05%** dos lotes 1 e 2 em comparação com o preço vencedor do lote 3).

II

O edital n. 36/00499/11/05 do pregão eletrônico realizada pela Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE), **repise-se**, fixou a aceitabilidade do preço a ser ofertado pelas licitantes segundo valor referencial de mercado apurado "*mediante pesquisa realizada pela FDE*", ficando ele arbitrado, então, em R\$ 24.507.000,00, R\$ 28.008.000,00 e R\$ 12.960.000,00 (lotes 1, 2 e 3, respectivamente; fls. 57/58, item 6.15.1 do edital), ou seja, R\$ 11,67 por mochila para os lotes 1 (ensino médio) e 2 (ensino



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

fundamental II) e R\$ 10,80 para o lote 3 (ensino fundamental I).

A "*pesquisa realizada pela FDE*" foi providenciada em obediência ao Decreto Estadual n. 34.350/91 que dispõe, por seu art. 1º, *caput* e § 1º, o seguinte:

"Art. 1º - As compras dos órgãos da administração pública direta, das autarquias, das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, das empresas em cujo capital o Estado tenha participação majoritária, bem como das entidades direta ou indiretamente controladas pelo Estado, serão precedidas de pesquisa de preços, em pelo menos 3 (três) estabelecimentos, cadastrados ou não, que comercializam os bens objeto da licitação.

§ 1.º - Os resultados da pesquisa de preços de que trata este artigo, subscrito pelo servidor por ela responsável, deverão ser juntados ao processo de compra anteriormente à data designada para julgamento da licitação".

No caso em exame, as três empresas contatadas à guisa de "*pesquisa de preços*" foram as aqui corrés Capricórnio S/A (indicou o valores de R\$ 15,90 e R\$ 14,90 - ensinos médio e fundamental II para o primeiro valor e ensino fundamental I para o segundo) e Mercosul Comercial e Indústria Ltda. (apontou os valor de R\$ 9,10 e R\$ 8,50 - ensinos médio e fundamental II para o primeiro valor e ensino fundamental I para o segundo) além da empresa Brink Mobil (apontou os montantes de R\$ 10,00 e R\$ 9,00- ensinos médio e fundamental II para o primeiro valor e ensino fundamental I para o segundo), restando a média de preço em R\$ 11,67 e R\$ 10,80 para, lá, os ensinos médio e fundamental II e, cá, ensino fundamental I (fls. 801, 813/814, 815/816, 817/825, 826 e 852).

III

Em **3 de agosto de 2011, reconhecida** foi por semelhança (ato do 39º Cartório de Registro Civil do Município de São Paulo) **assinatura** atribuída a José Eduardo Bello Visentin, advogado, lançada em documento com a **mesma data**.

Por este documento, declara o precitado advogado, referentemente à mesma licitação referida no tópico I deste *decisum* (pregão eletrônico da FDE com edital n. 36/00499/11/05), haver por parte de seu subscritor **suspeita** de "*que haverá formação de cartel entre empresas do ramo para que os licitantes Capricórnio S/A, Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda. e Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio se saquem vencedores, dividindo de alguma forma os três lotes do certame*", vindo, ainda, a ocorrer "*valor de venda ... superfaturado para que todas as empresas participantes do estratagema tenham uma lucratividade maior ...*" (fls. 124).

Referido documento foi encaminhado pelo próprio subscritor dele ao senhor Presidente da FDE, o aqui corréu José Bernardo Ortiz, **mediante petição** recebida em **16 de fevereiro de 2012** pela senhora Chefe de Gabinete da Presidência da FDE (Gladiwa de Almeida Ribeiro), petição esta em que **reitera** a suspeita manifestada anteriormente (fls. 123) e narra, por acréscimo, ter-se confirmado esta mesma suspeita ante irregularidades ocorridas concretamente com relação ao certame em exame, especialmente no sentido de que a empresa e aqui corré Capricórnio S/A se ajustou com a empresa e aqui corré Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio de modo a obstar qualquer concorrência para os lotes 1 e 2 (itens 5 e 6 a fls. 121), já que, para eles, a segunda sequer fez oferta



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

capaz de bater preços ofertados pela segunda embora para o lote 3 se tenha disposto fazer lance abaixo de R\$ 7,00.

E a considerar o teor do documento de fls. 147/149, **houve nova manifestação escrita** de aludido advogado, José Eduardo Bello Visentin, ao senhor Presidente da FDE, o aqui corréu José Bernardo Ortiz, em **14 de março de 2012** (protocolo que se vê a fls. 147, parte inferior, subscrição de recebimento por Angélica de Sá Ficher, "*Coord. do Depto. Expediente*"), **reiterando** a necessidade de **providências** a serem tomadas ante as irregulares que tinha já apontado e que seriam **agora** corroboradas **até mesmo** por cópias de mensagens eletrônicas trocadas entre o aqui corréu José Bernardo Monteiro Ortiz Júnior (**filho** do Presidente da FDE e também corréu José Bernardo Ortiz) e Djalma da Silva Santos, este então diretor comercial da empresa e aqui corré Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio (documentos de fls. 130/139), mensagens estas em que se cuidaram de "*tratativas preparatórias para a participação principalmente da empresa Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio ... nas licitações do FDE*" (fls. 147, item 3), inclusive para fins de alteração de "*especificações ... dos materiais escolares para que o resultado fosse direcionado aos produtos específicos de um fornecedor da Diana Paolucci*" (fls. 148, item 6), e também com intuito de fomentar "*negociações entre outras gigantes do mercado para que todas elas pudessem ter sua parte sem uma efetiva disputa no certame, ou seja, sem a necessária competitividade bem como a evidente e constante preocupação do filho do Senhor Presidente do FDE para saber se os acordos estavam sendo bem costurados*" (fls. 148, item 7).

Ocorre que, a despeito dos dois expedientes **protocolizados** em 16 de **fevereiro** de 2012 (e **entregue** no Gabinete da **Presidência** da FDE já no dia 17 de **fevereiro** de 2012 a considerar o teor do depoimento de Gladiwa de Almeida Ribeiro de fls. 510/517, especialmente a fls. 514) e em 14 de **março** de 2012 (encaminhado também no Gabinete da Presidência da FDE já no dia 15 de **março** de 2012; fls. 125 e 519), a própria FDE, por expediente encaminhado diretamente ao autor com data de 17 de **agosto** de 2012 (fls. 212/216), **nada** explanou no sentido de ter **tomado** alguma atitude no sentido de **investigar** as irregularidades supostamente ocorridas, inclusive por **instauração formal de procedimento administrativo apto a tanto**.

Ou seja, a despeito da **gravidade** do alegado e documentado por **dois** expedientes **distintos**, um a **complementar** outro, ambos ofertados em menos de trinta dias, **nada** teria sido feito.

IV

O edital n. 36/00499/11/05 previu, quanto à qualificação técnica do licitante, que este deveria exibir atestado (fornecido por pessoa de direito público ou privado) a comprovar, "*para cada lote, a capacidade de fornecimento mínimo de 50% ... da quantidade mínima anual de mochilas num prazo máximo de 12 meses*" (item 5.1.4.a; fls. 55/56).

Este item editalício objeto foi de impugnação perante o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que se manifestou no sentido de não visualizar nele ilegal restrição à competitividade almejada pela licitação (fls. 103/110, especialmente fls. 107).

Ocorre que, a considerar o depoimento feito em 19 de julho de 2012 por Djalma da Silva Santos (onde teria laborado como ex-diretor comercial da corré Diana



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333/2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

Paolucci S/A Indústria e Comércio "sem registro formal" a partir do segundo semestre de 2010 diretamente ao Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio de seu Grupo Especial de Delitos Econômicos (GEDEC; fls. 423/429), referida cláusula incluída foi no edital mediante convite que para tanto recebeu do corréu José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior no sentido de intermediar "o contato dele com os empresários fornecedores de material escolar e mochila, a fim de que ajustassem os vencedores das licitações e assim pudesse auferir uma porcentagem em seu próprio proveito ('comissão')" (fls. 426).

E acrescentou fatos indicadores de formação de cartel para manipulação de resultados em licitações:

"O depoente aceitou a missão proposta por Júnior e tem consigo diversos documentos que podem comprovar os contatos e as tratativas realizadas a partir de então com Abelardo (Diana Paolucci), Márcio (Excel 3000 – empresa sediada no Rio de Janeiro), Geraldo (Gimba – é compadre de Márcio, relacionado à Excel 3000). Como resultado do trabalho realizado pelo depoente em cumprimento à tarefa recebida de Júnior, pode citar a licitação de número 36/00499/11/05, realizada no ano de 2011 para o fornecimento de mochila escoar às escolas públicas estaduais. O depoente auxiliou na elaboração do edital dessa licitação, tendo tido o cuidado de fazer constar, conforme o combinado com Júnior e Abelardo, cláusula restritiva consubstanciada na exigência de atestado de capacidade técnica comprobatória de fornecimento anterior de mochila em quantidade elevada. Na mesma cláusula fazia-se constar a exigência do fornecimento dessa elevada quantidade dentro do período máximo de um ano. O depoente frequentava a FDE, em sua sede, onde tinha acesso aos documentos para elaborar o projeto do edital. Esse auxílio do depoente visava a favorecer a empresa Diana Paolucci. O depoente tratou pessoalmente com os representantes da Diana Paolucci, na pessoa de ABELARDO, e Excel 3000, na pessoa de Márcio, indo ao Rio de Janeiro para que houvesse uma atuação concertada entre os concorrentes. Abelardo cuidou de conversar e buscar um alinhamento com Júlio, representante da empresa Capricórnio. Abelardo contou para o depoente que Júlio comprometeu-se a vencer ao menos dois dos principais lotes da licitação e dividi-los com Abelardo, da Diana Paolucci, e Borelli, da Mercosul. O esquema entre as empresas variava da seguinte forma: ora alguma delas sagrava-se vencedora do certame, ora concorria para dar cobertura à vencedora e posteriormente fornecer-lhe o material licitado. Nesse caso, a Diana e a Mercosul 'concorreram' com a Capricórnio e depois, embora vencidas, conforme previamente acertado, forneceram à vencedora 1/3 das mochilas entregues à FDE, cada uma ... Atuaram nesse certame mediante prévio ajuste os representantes da Diana Paolucci, da Capricórnio e da Mercosul, isto é, Abelardo, Júlio e Borelli. A Capricórnio sagrou-se vencedora em dois lotes, enquanto o outro lote foi vencido pela Brink Mobil. Existem pelo menos cem empresas que teriam condições de participar dessa licitação para fornecer mochilas às escolas públicas estaduais, caso não houvesse o direcionamento do certame por meio das cláusulas restritivas" (fls. 427/428).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

E já agora fazendo alusão a uma conversação que teria mantido via eletrônica com "Mickael" ("filho do dono da Diana Paolucci") no ano de 2011 (segundo semestre), Djalma da Silva Santos, em um segundo depoimento prestado em 25 de julho de 2012 ao Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio de seu Grupo Especial de Delitos Econômicos (GEDEC; fls. 430/432), fez observar o seguinte:

"O declarante ressalta para Mickael a publicação do edital conforme previra. Evidencia, ainda, trecho da conversa relacionada ao certame referente ao fornecimento de mochilas, em que o declarante pede a Mickael que interceda junto ao seu pai, Abelardo (dono da Diana Paolucci), para que este provoque Júlio (dono da Capricórnio) a interceder junto a Valdemar, dono da Brinkmobil, a fim de que ele não concorra no certame. É preciso esclarecer que a Capricórnio ganhou os dois primeiros lotes da licitação e a Brinkmobil o terceiro. As empresas mancomunadas, Mercosul, Capricórnio e Diana Paolucci, já previam a possibilidade da Brinkmobil vencer o menor lote da licitação, furando, assim, o esquema que haviam montado. Daí a necessidade de procurar Valdemar para convencê-lo a não participar do certame. Cumpre lembrar que o lote três deveria ser vencido pela Diana Paolucci" (fls. 431).

E especificamente quanto ao corréu José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior, Djalma da Silva Santos declarou o seguinte:

"O declarante esclarece que tratou pessoalmente com Júnior a elaboração do edital do pregão para fornecimento de mochila. As tratativas visavam a favorecer as três empresas já mencionadas (Mercosul, Diana e Capricórnio). Em muitas dessas ocasiões, Júnior comunicava-se com o setor da FDE responsável pelas licitações. Pelo que sabe, Júnior receberia 5% do valor do contrato relativo ao fornecimento de mochilas. Após entregar as mochilas e receber do Estado o valor previsto em contrato, a Capricórnio, por intermédio de Júlio, repassaria a parte cabível às outras duas empresas e os 5% ao devidos a Júnior. A parte de Júnior seria paga em dinheiro. A parte devida às empresas foi paga por meio de desconto de duplicata cuja emissão está vinculada ao faturamento das mochilas feitas pela Mercosul e Diana Paolucci à Capricórnio" (fls. 431/432).

V

Como anteriormente indicado já foi, a FDE teve (entre os anos de 2011 e 2012) como Chefe de Gabinete da Presidência da FDE Gladiwa de Almeida Ribeiro, sendo Presidente da própria FDE o aqui corréu José Bernardo Ortiz.

Também indicado já foi ter sido ela quem (mediante protocolo e em 16 de fevereiro de 2012) recebeu de José Eduardo Bello Visentin, advogado, expediente acompanhado de documento dirigido ao senhor Presidente da FDE, o aqui corréu José Bernardo Ortiz, no qual narra irregularidades ocorridas concretamente com relação ao certame em exame.

Ocorre que **também ela** prestou depoimento diretamente ao Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio de seu Grupo Especial de Delitos Econômicos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

(GEDEC; fls. 510/517), no qual (i) **confirma** ter recebido aquele expediente do advogado José Eduardo Bello Visentin em 16 de fevereiro de 2012, (ii) **afirma** ter presenciado reunião dele e de Djalma da Silva Santos com o Presidente da própria FDE o aqui correu José Bernardo Ortiz, realizada na mesma data, (iii) **destaca** ter sido ponderado pelos dois primeiros ao terceiro "que tinha ocorrido fraude na licitação relativa à aquisição de mochilas para alunos da rede estadual de ensino (pregão de registro de preços n. 36/00499/11/05-FDE)" e que "Júnior, filho do presidente da FDE, tinha conhecimento das irregularidades", fraude esta negada pelo correu José Bernardo Ortiz, visto ter sido aprovado o certame pela Corte de Contas paulista e que, "se ocorreu algum acordo de mercado, não era problema dele", (iv) **assevera** ter Djalma admitido "claramente que 'havia mexido no edital', ou seja, participado de sua elaboração", afirmando mesmo que "Ortiz Júnior tinha conhecimento de tudo", (v) **menciona** ter sido o correu José Bernardo Ortiz pressionado por Djalma a suspender pagamentos à empresa e aqui correu Capricórnio S/A "porque ele dizia que tinha direito a um percentual sobre os lucros que não havia recebido" e (vi) **traz** à baila sua impressão de que "Djalma estava pressionando Ortiz para que este tomasse providências sob pena de exposição do filho dele, Ortiz Júnior".

E sobre o expediente recebido em 16 de fevereiro de 2012 como dito acima, frisou que o correu José Bernardo Ortiz se esquivou de recebê-la pessoalmente, mando-a recebê-la em seu lugar, vindo, após a saída da sala das pessoas de Djalma e Visentin, a dar-lhe a seguinte ordem: "engaveta isso aí".

Ordem que não obedeceu, tendo encaminhado o expediente à Secretaria da Presidência da FDE pelo que foi então questionada pelo correu José Bernardo Ortiz de por que assim ter agido ao que respondeu que "fez aquilo porque a sala da presidência era mais segura que a da declarante devido ao sigilo do documento" bem como "afirmou ao presidente da FDE que o caso merecia providências urgentes" (fls. 514).

Acrescentou, ainda, ter aquele expediente recebido complementação ofertada em 14 de março de 2012 também por José Eduardo Bello Visentin, advogado, que "foi encaminhada ao presidente ORTIZ em 15/03/2012 a pedido dele (A/C Sr. Presidente, a pedido)".

VI

A par dos fatos, documentos e depoimentos até aqui abordados, merece também aqui abordagem a alusão feita a cheque (datado de 23 de agosto de 2011; fls. 681/682) de emissão de Djalma da Silva Santos nominalmente a Marcelo Tadeu R. Pimentel, este apontado pelo primeiro (fls. 677, depoimento de Djalma ao Ministério Público de 10 de setembro de 2012) como "... 'marqueteiro' da campanha do candidato a prefeito de Taubaté José Bernardo Ortiz Júnior" (fato este mencionado também em matéria jornalística recente veiculada via internet; fls. 752), no valor de R\$ 34.000,00 e que faria parte de um pagamento total de R\$ 100.000,00 que teria o próprio Djalma feito (além de referido pagamento, outros "R\$ 33.000,00 em dinheiro, provavelmente em maio de 2011 e depois outro cheque de R\$ 33.000,00, sempre diretamente para o Ortiz Júnior"), este devido como "parte do 'bolo' de benefícios concedidos a Ortiz Júnior em razão de **vários** contratos, inclusive do pregão para fornecimento de mochilas (tratado nestes autos) à Fundação para o Desenvolvimento da Educação de São Paulo ... o total de R\$ 100.000,00 seria reembolsado pela DIANA PAOLUCCI após esta receber os valores da FDE. Posteriormente, contudo, a DIANA PAOLUCCI não reembolsou o declarante e nem cumpriu o prometido quanto à participação de 30% no lucro decorrente da operação de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

fornecimento da operação de fornecimento de mochilas, conforme acordo anteriormente. Em outros termos, o declarante sofreu prejuízo" (fls. 678; registro que, em depoimento outro, Djalma afirma ter usado o corréu José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior o dinheiro recebido para "comprar" o apoio do PTB à sua candidatura a Prefeito de Taubaté – fls. 456, in fine).

VII

A ação imputa às empresas corrés Capricórnio S/A, Mercosul Comercial e Indústria Ltda. e Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio e aos corréus pessoas físicas José Bernardo Ortiz e José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior a prática de atos de improbidade administrativa, requerendo o autor seja, em tutela de urgência, (i) determinado o afastamento do corréu José Bernardo Ortiz da Presidência da FDE (Fundação para o Desenvolvimento da Educação de São Paulo) "com prejuízo de seus vencimentos" e (ii) decretada a indisponibilidade dos bens de todos os demandados.

No que tange ao primeiro requerimento, o art. 20, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.429/92, dispõe que "*a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual*".

O afastamento, pois, como requerido pelo autor – com prejuízo de vencimentos – é manifestamente ilegal.

Mas acerca do afastamento em si, observado o mandamental legal de dar-se sem prejuízo de percepção de vencimentos, trata-se de medida aqui imperativa, porquanto:

(i) a ação envolve gravíssimas irregularidades supostamente ocorridas a envolver licitação para aquisição de bens pela FDE presidida pelo corréu José Bernardo Ortiz;

(ii) em tais irregularidades estaria envolvido o próprio filho do Presidente da FDE, o aqui corréu José Bernardo Ortiz Monteiro Júnior;

(iii) estas irregularidades foram levadas diretamente ao conhecimento do senhor Presidente da FDE, o corréu José Bernardo Ortiz, em fevereiro e março de 2012, mas não se tomaram providências a fim de apurá-las e, sobretudo, a fim de precatar o patrimônio da FDE mediante análise de medida de suspensão de eventuais pagamentos ainda pendentes à corré Capricórnio S/A (ou mesmo análise de medida de suspensão de realização de novas aquisições da mercadoria dela ao longo do período de vigência da ata de preços resultante da licitação realizada); e

(iv) existem indícios de que as práticas espúrias narradas na ação a envolver apenas a licitação de edital n. 36/00499/11/05 estariam disseminadas na FDE, visto abarcar outras licitações por ela realizadas.

E, de fato, cumprе considerar para embasamento das conclusões postas – e se faz mister registrar tanto a precariedade como a provisoriedade delas à vista de cuidar-se aqui apenas da análise de cabimento ou não de tutela de urgência, análise esta não fundada em cognição plena e exauriente, mas apenas em cognição parcial (terão ainda de ser ouvidos os réus) e sumária – os elementos probatórios suso abordados (tópicos antecedentes deste *decisum*) e a seguir indicados resumidamente:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

(a) quanto aos itens (i) e (ii), a **contundência** dos depoimentos extrajudiciais prestados por Djalma da Silva Santos a respeito das irregularidades tratadas na ação quanto ao pregão eletrônico de edital 36/00499/11/05 cujo teor, referentemente ao **grau de conhecimento** do "esquema" engendrado e posto a funcionar na própria FDE em grau tal a envolver sua **própria Presidência** – em vista da **intermediação do filho** do ocupante do cargo de Presidente da FDE e face ao quanto adiante se exporá -, decorre da circunstância mesma de ter o **próprio depoente participado, ativa, profunda e decisivamente para dar nascimento e execução àquele mesmo esquema**;

(b) relativamente ao item (iii), a **ausência** de medidas apuradoras (e, conforme seus resultados, medidas preventivas ou reparadoras dos interesses da FDE) no **âmbito da própria FDE enquanto sob a presidência do corrêu José Bernardo Ortiz**, omissão esta que se infere (b-1) da circunstância de não se dar qualquer andamento quanto aos documentos recebidos em fevereiro e março de 2012 mediante regular protocolo e encaminhamento àquele corrêu Presidente da FDE, (b-2) da circunstância de nada ter sido indicado pela FDE - ao se manifestar ao autor no bojo do precedente inquérito civil instaurado para apurar os fatos (documento de fls. 212/216) – em termos de medidas tomadas à vista dos expedientes de fevereiro e março de 2012 protocolizadas pelo advogado José Eduardo Bello Visentin, antes havendo meramente a defesa intransigente da licitação em si que, contudo e à míngua de apuração administrativa, se afigurou até mesmo não adequada e precipitada (antes seria preciso apurar e, depois, concluir pela ausência ou não de irregularidade e não, a despeito de denúncia dela, simplesmente olvidá-la e fazer a defesa da conduta administrativa meramente) e (b-3) do teor do depoimento extrajudicial de Gladiwa de Almeida Ribeiro no sentido de recebido ordem do próprio Presidente da FDE para "engavetar" a denúncia que lhe foi feita referentemente às irregularidades presentes no certame em questão; e

(c) no que tange ao item (iv), **novamente** o teor dos depoimentos de Djalma da Silva Santos (indicador de ser o ajuste, com formação de cartel, voltado à atuação em não apenas uma, mas em várias licitações da FDE) e dos depoimentos de Gladiwa de Almeida Ribeiro, aqui sobre irregularidades a envolver **variados** aspectos de sua administração (especificamente a respeito, fls. 516/517 e, especialmente, fls. 524/535) como (c-1) **doação dissimulada** de bens para obtenção de vantagens político-eleitorais, (c-2) **admissão**, por contrato, de prestadores de serviços terceirizados a **burlar** exigência constitucional de concurso público, inclusive para fins de "apadrinhamento político", (c-3) **contratação irregular** de empresa para fornecimento de software sem licitação, software este **imprestável** (este ponto é tratado pelo próprio Departamento de Tecnologia de Informação da FDE em documento subscrito pelo respectivo Diretor de tal departamento; fls. 633/634), mas que, ainda assim, redundou na prorrogação de mencionado contrato e (c-4) **admissão** como **assessor** (e, depois e sem intervalo, como Supervisor de Auditoria, Normalização e Qualidade) da FDE de advogado que presta serviços ao próprio Presidente da FDE em caráter particular, ficando a ser remunerado por eles pelos vencimentos auferidos da FDE mesmo.

Ora, em contexto como o exposto, descabe conclusão outra a não a ser a de se fazer necessário o afastamento do corrêu José Bernardo Ortiz da Presidência da FDE para fins de resguardar a instrução deste processo, mormente em vista da obviedade da ascendência de seu cargo sobre quaisquer trabalhos apuratórios no âmbito da FDE (com prejuízo à instrução do próprio processo que poderá ser instaurado à vista da ação civil pública proposta e aqui em exame inicial), **não obnubilando** esta conclusão a circunstância



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

de ter ele mesmo pedido afastamento temporário daquela Presidência, considerando a **precariedade** de tal afastamento.

Note-se, ainda, que, a não se deferir a medida postulada pelo autor com espeque no art. 20, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.429/92, poderá, com grande probabilidade, ficar prejudicada a instrução probatória, mormente inquirição de testemunhas que sejam servidores da FDE, seja pelo poder de mando do corréu José Bernardo Ortiz enquanto ocupante do cargo máximo da FDE, seja por denotarem as omissões e irregularidades em repetição já historiadas ânimo presumível de não só não corroborar com a instrução adequada, mas de afetá-la negativamente.

Bem assim, acerca da indisponibilidade dos bens de todos os demandados, cabe repisar não só o exposto sobre a plausibilidade das alegações do autor sobre as irregularidades surgidas antes, durante e após o pregão eletrônico de edital como o quanto exposto foi sobre a plausibilidade do prejuízo sofrido pela FDE por meio de licitação **viciada**.

De fato, como já posto em tópico precedente deste *decisum*, a considerar o resultado do pregão eletrônico, o **preço final** ajustado para os lotes 1 e 2 ficou **43,05%** acima do preço da mochila do lote 3, surgindo e mantendo-se **descompasso** entre os preços vencedores no certame e o preço referencial fixado para os lotes em questão (diferença **aqui** de **8,08%** entre os preços referenciais dos lotes 1 e 2 com o do lote 3, mas diferença dos preços vencedores de **43,05%** dos lotes 1 e 2 – em que houve manipulação - em comparação com o preço vencedor do lote 3 – este, em que não houve manipulação).

Este aspecto é de significativa importância, já que empresta verossimilhança à ponderação feita pelo autor de que, pelo manipular de resultados do certame, a competitividade deste ficou afetada e, por desdobramento, houve adoção de preço final que não espelharia o preço possível de obter, houvesse efetiva competitividade (e não sua dissimulação).

A questão, como se vê, **não** se prende meramente à adequação do preço final àquele de mercado, mas à ausência de competitividade a gerar adoção de preço que, sem necessariamente afrontar o vigente no mercado, ainda assim se afigurou destituído de vantagem para o Poder Público, dada a possibilidade concreta (demonstrando-o o resultado do lote 3) de adoção de outro, inferior, estivesse presente aquela competitividade.

De resto, não se percam de vista os seguintes pontos:

"... é pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual o 'periculum in mora' em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário é **implícito** ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92, ficando **limitado** o deferimento desta medida acautelatória à **verificação** da **verossimilhança** das alegações formuladas na inicial. Precedentes. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está **consolidada** pela **desnecessidade** de individualização dos bens sobre os quais se pretende fazer recair a indisponibilidade prevista no art. 7º, p. ún., da Lei n. 8.429/92, considerando a diferença existente entre os institutos da 'indisponibilidade' e do 'sequestro de bens' (este com sede legal própria, qual seja, o art. 16 da Lei n. 8.429/92). Precedentes ..." (STJ, REsp 967.841/PA, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, v.u., j. 16.9.10,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

DJe 8.10.10); e

"O entendimento conjugado de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte é de que, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do 'fumus boni iuris'; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o 'periculum in mora' está implícito no comando legal; d) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba; e e) deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil. Precedentes: REsp 1115452/MA; REsp 1194045/SE e REsp 1135548/PR" (STJ, AgRg no AREsp 20.853/SP, 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, m.v., j. 21.6.12, DJe 29.6.12).

Ainda no mesmo sentido, acrescente-se:

"É desnecessária a prova do 'periculum in mora' concreto, ou seja, de que os réus estariam dilapidando seus patrimônios, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de 'fumus boni iuris', consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade" (STJ, AgRg no REsp 1.204.635/MT, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, v.u., j. 5.6.12, DJe 14.6.12; no mesmo sentido, STJ, AgRg no AREsp 197.901/DF, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, v.u., j. 28.8.12, DJe 6.9.12); e

"A tese recursal não encontra guarida na jurisprudência do STJ, firmada no sentido de que a decretação da indisponibilidade dos bens 'inaudita altera pars': a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, sendo suficiente a constatação de fortes indícios de improbidade causadora de dano ao Erário; e c) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba ... A indisponibilidade dos bens deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil. Precedentes do STJ" (STJ, REsp 1.194.045/SE, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. 19.10.10, DJe 3.2.11).

VIII

Fls. 2.230, item "a": como posto acima, desnecessário é tomar a providência do art. 17, § 7º, da Lei Federal n. 8.429/92, anteriormente à deliberação acerca de requerimentos fundados no art. 20, parágrafo único, da mesma lei, o que se aplica também à hipótese do art. 7º deste mesmo diploma legal (a respeito, por respeitável decisão monocrática de recente lavra do Min. Teori Albino Zavascki, restou novamente assentado que "ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção já se pronunciaram no sentido de que é possível o afastamento do cargo do agente público sem a sua prévia manifestação, desde que a medida se revele necessária, no caso. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.228.978/PR, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJe de 19/08/2011; REsp 1.177.290/MT, 2ª



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

T., Min. Herman Benjamin, DJe de 01/07/2010 ..." (AREsp 100.696, j. 22.8.12, DJe 23.8.12).

Como quer que seja, anoto: houve dita manifestação, de qualquer forma, como se verifica a fls. 2.273/2.543

Fls. 2.230, item "b": impossível é decretar o segredo de justiça, porquanto (i) a regra é a publicidade no âmbito de processos jurisdicionais (art. 5º, X, da Magna Carta Federal), (ii) a ação cuida de licitação pública do tipo pregão eletrônico, matéria esta igualmente permeada pela publicidade como o é toda atividade administrativa, e (iii) o segredo de justiça não pode ser decretado à vista de eventual exibição futura de documentos supostamente sigilosos que teriam sido apreendidos por ordem jurisdicional emanada de Juízo outro, este de índole criminal (o motivo nem se consumou e nem se sabe se irá consumir-se e, ainda que assim seja, o segredo reclamado pode circunscrever-se ao acesso a tais documentos tidos por sigilosos), pois assim fazer significaria decidir sobre hipótese ou conjectura meramente.

Fls. 2.283: subscreva-se, regularizando-se a petição que até aqui está **sem** assinatura.

Fls. 2.275/2.276 (item I) e 2.276/2.279: o considerar regular o edital não significa em si e por **absoluto** não ter havido irregularidades na condução do certame, previamente à elaboração do edital e após ser ele divulgado.

Considere-se, a respeito, estar-se a discutir aqui formação de cartel e o só dispor de cláusula limitativa, ainda que habitual em certames e aceita por Cortes de Contas, pode traduzir exatamente o atender ela o quanto basta àquele mesmo cartel *tout court*.

É dizer: uso de expediente legal, porém com intuito imoral – e aqui então estaria a violação a princípio de magnitude constitucional.

Fls. 2.279/2.281, item IV: questão não tratada na demanda, observado que a medida referida em depoimento de Djalma pode simplesmente ter sido refutada por manifesta ilegalidade ou prova excessiva de prática espúria, daí não ilidir as conclusões já postas (o próprio Djalma, ao depor – fls. 453, *in fine* – disse que apenas para **algumas** modificações em edital obteve êxito e não que o obteve em todas).

Fls. 2.281/2.282, item V: questão a ser dirimida em instrução, observado apenas, contudo e por agora, o não poder-se concluir pela ausência de indícios de irregularidades praticadas pela própria corrê Diana Paolucci S/A Indústria e Comércio (afinal e conforme depoimento de Djalma, a intenção era **introduzi-la** no "esquema" que **até então favorecia** outras empresas; fls. 492, *in fine*).

Fls. 2.282/2.283, item VI – as conversações de teor a denotar as irregularidades mantidas via eletrônica tiveram envio e recebimento por e-mail do próprio Djalma por motivo de envio automático delas por meio de aparelho de telefonia celular (a respeito, considere-se trecho de seu depoimento a fls. 428, *in fine*, e 429), ou seja, não quer isto dizer meramente que conversou ele "com ele mesmo" em verdadeira "montagem" de conversas, mas que o teor de conversa sua com terceiros pode ter sido registrado por envio dele via email ao próprio interlocutor (isto é, Djalma).

E tais conversações efetivamente constituem indícios de manipulação (basta ler o teor delas a fls. 435/438 além do email propriamente que está copiado a fls. 433).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020, Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tj.sp.gov.br

IX

Pelo exposto, **defiro** os requerimentos de (i) o **afastamento** imediato da Presidência da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (FDE) do corréu José Bernardo Ortiz, **mas sem** prejuízo de seus vencimentos, **pelo prazo de 240 dias** e (ii) de **indisponibilidade** dos bens de todos os corréus até o total de R\$ 139.680.792,00.

Expeçam-se ofícios como indicado está a fls. 26, item II, letras "a" a "c", e 27, item III.

Notifiquem-se os réus (art. 17, § 7º, da Lei Federal n. 8.429/92).

Ciência ao autor.

Int.

São Paulo, 29 de setembro de 2012

Randolfo Ferraz de Campos
 Juiz de Direito

DATA

Em _____, recebi estes autos em Cartório.

Eu, _____, Escrevente, subscrevi.