



**JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO ACRE**

Processo n. : 12154-57.2010.4.01.3000/1ª Vara

Classe : 7100 – Ação Civil Pública

Autor : Ministério Público Federal e Outro

Réu : Helibrás – Helicópteros do Brasil S/A e Outro

SENTENÇA

I

Cuida-se de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal em face da empresa Helibrás – Helicópteros do Brasil Ltda. e do Estado do Acre, por meio da qual tenciona o postulante a anulação do pregão presencial n. 122/2008, promovido pelo Estado do Acre para aquisição de um helicóptero, bem como do contrato decorrente desse procedimento licitatório, condenando, ainda, a empresa que forneceu o bem a restituir a quantia recebida em razão do contrato nulo. Este contrato foi celebrado com verbas oriundas do convênio n. 284/2008, celebrado entre o Estado do Acre e o Ministério da Justiça.

2. Alegou o autor a ocorrência de diversas irregularidades que ceifaram a legitimidade do procedimento licitatório, a determinar o reconhecimento de sua nulidade: a) o objeto do procedimento licitatório, qual seja, a aquisição de helicóptero e o treinamento de pilotos e mecânicos, exigia secção, a fim de ampliar a concorrência e alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração e sob pena de caracterizar venda casada; b) o objeto da licitação impunha a realização de concorrência pública, e não de pregão, porquanto esta modalidade, o pregão, destina-se à aquisição de bens e mercadorias comuns; c) o termo de referência do procedimento licitatório minudenciou o objeto do certame em tal nível de especificidade, coincidente com o produto oferecido pela Helibrás, que inviabilizou a participação de outras empresas; d) o helicóptero oferecido pela Helibrás foi vendido ao Estado do Acre por valor muito superior ao das demais transações realizadas pela mesma empresa com outros Estados, incompatível, inclusive, com a variação cambial.

3. Instada, a União requereu sua inclusão no feito como assistente litisconsorcial do Ministério Público Federal (fl. 37), o que foi deferido à fl. 40.

4. A empresa Helibrás – Helicópteros do Brasil S/A ofereceu contestação (fls. 49/82), na qual aduziu: a) incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, tendo em vista que, com a consumação do objeto do convênio, o bem passou a integrar o patrimônio do Estado do Acre e, portanto, apenas este se beneficiaria da devolução das quantias pagas à empresa ré; b) ausência de inclusão dos membros da comissão licitatória, que deveriam, necessariamente, integrar o polo passivo da demanda, tendo em vista que as supostas irregularidades no procedimento licitatório teriam sido por eles perpetradas; c) houve a participação de outra empresa no procedimento licitatório, que apresentou preço superior ao constante da proposta elaborada pela Helibrás; d) a utilização do pregão como modalidade licitatória para aquisição de helicópteros é lícita, consoante entendimento firmado pela jurisprudência do próprio Tribunal de Contas da União; e) a cumulação dos objetos da licitação – aquisição do helicóptero e treinamento de pilotos e mecânicos – foi determinada pela própria Administração, e não pela licitante, e, ao contrário do que afirma o Ministério Público Federal, satisfaz os princípios da eficiência e economicidade; f) não houve

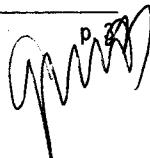
direcionamento da concorrência por meio da especificação das características do objeto da licitação, tanto assim que outra empresa participou do certame, oferecendo proposta superior àquela apresentada pela Helibrás, tendo, contudo, desistido de dar lances, além de as especificidades constantes do termo de referência concernirem, tão somente, às necessidades da Administração na aquisição daquele bem e resultaram, pois, do exercício do poder discricionário regular que detém o administrador, insindicável pelo Poder Judiciário; g) a variação nos preços das aeronaves se justificam pelas exigências formuladas pelos adquirentes, que impõem a realização de adaptações ao projeto da aeronave, ou seja, uma personalização, que influí diretamente no preço, além da variação da quantidade de pessoas a ser treinadas e da flutuação cambial e mesmo do combustível necessário ao transporte da aeronave até o Estado do Acre; h) o pedido de devolução integral do valor recebido pela empresa colide com o preceito segundo o qual a Administração não pode locupletar-se sem justa causa e, já tendo ocorrido a transferência do bem e utilização pelo Estado do Acre, apenas no caso de devolução do bem no mesmo estado em que se encontrava quando do seu fornecimento, bem como da indenização do serviço de treinamento, é que se poderia efetuar a devolução dos valores auferidos em razão do contrato supostamente nulo, o que, não obstante, afetaria a continuidade da prestação do serviço público; i) como o Ministério Público Federal postulou, apenas, a devolução do valor integral do bem, não se poderia falar em resarcimento da diferença entre o valor recebido e o valor que deveria ter sido pago pelo bem.

5. O Ministério Público Federal requereu a juntada de laudo contábil elaborado pelo setor técnico da Polícia Federal, às fls. 185/217.

6. Contestação apresentada pelo Estado do Acre (fls. 218/258), na qual asseriu: a) existência de relação de continência e prejudicialidade entre esta demanda e aquela autuada sob o n. 2009.30.00.005345-8, a recomendar a reunião dos feitos para julgamento simultâneo e, por conseguinte, a remessa destes autos à 3ª Vara Federal, Juízo ao qual a demanda mais remota foi distribuída; b) ausência de interesse processual e ilegitimidade ativa, ambas em relação à União, tendo em vista que o bem adquirido com recursos obtidos por meio de convênios celebrados com o Ministério da Justiça já foi definitivamente incorporado ao patrimônio do Estado do Acre, tendo ocorrido o encerramento do prazo de vigência do convênio e a aprovação da prestação de contas final a ele relativa; c) ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, tendo em vista a ausência de demonstração do caráter federal, ou seja, afeto à União, do interesse tutelado na presente demanda; d) incompetência da Justiça Federal, em razão da ausência de tutela de interesse federal como objeto desta ação civil pública; e) a cumulação da aquisição da aeronave com o treinamento dos profissionais que iriam operá-la era imprescindível, pois a utilização e manutenção do helicóptero exigiriam o domínio de conhecimentos técnicos específicos sobre a aeronave, seus controles de bordo, seu funcionamento, enfim, o treinamento consistia, sobretudo, em transferência de conhecimento; f) por essa mesma razão, tal cumulação não consistiu em venda casada, mas, ao contrário, em exigência intrínseca à natureza do bem adquirido, e decorrente do pleno exercício do poder discricionário; g) o fato de apenas duas empresas terem participado do certame, e uma delas desistido ao final, deve-se ao caráter oligopolístico do setor de fabrico de aeronaves; h) as especificações do objeto da licitação contidas no termo de referência visavam, tão somente, à delimitação das características que deveria ostentar a aeronave para plena satisfação das necessidades da Administração e tais especificações foram amparadas em fundamentos técnicos, sem qualquer definição de marca, tampouco nível exacerbado de detalhamento do objeto; i) a definição de bem comum para a utilização do pregão como modalidade licitatória não se confunde com simples, admitindo-se a adoção do pregão para aquisição de bens de elevada complexidade, conquanto os padrões de

desempenho e qualidade do bem possam ser objetivamente definidos pelo edital e sua utilização na aquisição da aeronave permitiu a redução da proposta inicial em quase R\$400.000,00; j) o Ministério Público Federal utilizou como indexador das conversões cambiais o “dólar turismo”, quando o correto seria utilizar o “dólar ptax venda”, pois este último reflete o parâmetro para as operações de compra e venda de comércio exterior e operações financeiras e, desse modo, o valor da aquisição se manteve consoante o limite máximo previsto no orçamento estimado; k) o cotejo de preços em que se baseou o Ministério Público Federal para afirmar a existência de sobrepreço não levou em consideração as características específicas ostentadas pelas aeronaves comparadas; l) houve discriminação, na proposta apresentada pela Helibrás, de todos os itens constantes do edital.

7. Réplica apresentada pelo Ministério Público Federal, às fls. 332/345.
8. Manifestação da Helibrás, às fls. 350/377, quanto à réplica apresentada pelo Ministério Público Federal, bem como quanto ao laudo juntado pelo Ministério Público Federal às fls. 185/217, além de ter requerido a designação de audiência de conciliação. Na oportunidade, juntou os documentos de fls. 378/497.
9. Instado para especificar provas, o Ministério Público Federal dispensou a realização de audiência de conciliação e requereu, tão somente, a juntada de sentença proferida por outro Juízo em caso similar (fls.501/512). A União não requereu a produção de novas provas. A Helibrás dispensou a produção de provas, apresentando a manifestação de fls. 519/541, sintetizando os pontos controvertidos e reafirmando as teses de defesa, promovendo, ainda, a juntada de pareceres exarados por juristas acerca da admissibilidade da adoção do pregão na hipótese versada nos autos (fls. 342/573 e 574/583).
10. O Estado do Acre requereu a análise das questões preliminares suscitadas pelas partes antes do início da fase de especificação de provas, inclusive com observância ao procedimento previsto no art. 51, do CPC, no que tange à verificação da existência de interesse da União em intervir no feito, não se mostrando a demanda madura para imediato julgamento.
11. O Ministério Público Federal requereu o julgamento antecipado da lide (fl. 593).
12. Decisão de fls. 595/596 rechaçando a necessidade de prévio saneamento do processo, tendo em vista a inexistência de pedidos de produção de provas e a intempestividade da alegação de ausência de interesse da União em intervir no feito, nos termos do art. 51, do CPC, e determinando a intimação do Estado do Acre para se manifestar quanto ao laudo juntado às fls. 185/217.
13. O Estado do Acre opôs, às fls. 597/602, embargos de declaração, aos argumentos de que houve erro material na contagem do prazo para impugnação à inclusão de assistente litisconsorcial, manifestando-se, ainda, quanto ao laudo contábil apresentado pelo Ministério Público Federal, requerendo seu desentranhamento, por ter sido juntado após a citação dos réus, embora não se tratasse de documento novo, devendo, pois, ser obstada sua produção.
14. Decisão de fl. 604, rejeitando os embargos declaratórios opostos pelo Estado do Acre, bem assim indeferindo o pedido de desentranhamento dos documentos de fls. 185/217.
15. Contra as decisões precedentes, interpôs o Estado do Acre agravo de instrumento, conforme comprovante de interposição juntado às fls. 608/617.
16. É o relatório. Decido.



II

Preliminares

17. Os réus invocaram as preliminares de (a) conexão desta demanda com aquela autuada sob o n. 2009.30.00.005345-8, que tramitou na 3ª Vara desta Seção Judiciária, (b) ausência de interesse jurídico da União e ilegitimidade ativa desta e do Ministério Público Federal, (c) incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito e (d) imprescindibilidade da inclusão dos membros da comissão licitatória no polo passivo da demanda.

18. A reunião deste feito àquele autuado sob o n. 2009.30.00.005345-8 mostra-se inviável, tendo em vista que já foi proferida sentença naquela outra demanda e consoante o teor do enunciado sumular n. 235, do STJ.

19. Embora as demais preliminares pareçam entretecidas, as questões a elas permanente devem ser adequadamente decantadas. Em primeiro lugar, o art. 109, I, da Constituição Federal, impõe o deslocamento da competência para processar e julgar os feitos nos quais figurem entes federais, quer na condição de autores, assistentes ou oponentes. Assim, se o Ministério Público Federal propôs a presente demanda e a União interveio como assistente litisconsorcial, a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Federal, ainda que a exerça apenas para reconhecer a ilegitimidade ativa destes entes. Nesse sentido:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AJUIZADA POR MUNICÍPIO CONTRA EX-PREFEITO. CONVÊNIO ENTRE MUNICÍPIO E ENTE FEDERAL. UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS PÚBLICOS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. REQUERIMENTO DE INGRESSO COMO LITISCONSORTE ATIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Trata-se de ação de resarcimento de danos proposta por Município contra ex-prefeito, por suposto desvio de verba – já incorporada pela Municipalidade – sujeita à prestação de contas perante órgão federal, no caso, o FNDE (autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação).

2. Nos termos do inciso I, do art. 109, da CRFB/88, a competência cível da Justiça Federal define-se pela natureza das pessoas envolvidas no processo – rationae personae –, sendo desnecessário perquirir a natureza da causa (análise do pedido ou causa de pedir), excepcionando-se apenas as causas de falência, de acidente do trabalho e as sujeitas às Justiças Eleitoral e do Trabalho.

3. O mero requerimento do Ministério Público Federal para ingressar como litisconsorte ativo na ação, por entender estar configurado ato de improbidade administrativa, desloca a competência para a Justiça Federal, já que só a esse Juízo compete admitir ou não a formação do litisconsórcio, consoante o enunciado da Súmula 150/STJ.

4. "Em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão, ainda que seja sentença negando a sua legitimização ativa. E enquanto a União figurar no polo passivo, ainda que seja do seu interesse ver-se excluída, a causa é da competência da Justiça Federal, a quem cabe, se for o caso, decidir a respeito do interesse da demandada (súmula 150/STJ)" (CC 40534/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, DJU de 17.05.04).

5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Piauí, o suscitante.

(STJ; CC 2008.02.40755-9; Castro Meira; Primeira Seção; DJE de 25.5.2009).

20. Então, passo à análise da questão relativa à ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e da União, que emergiria da ausência de interesse federal jacente à demanda.

21. O Ministério Público postulou o reconhecimento da nulidade do pregão promovido para proceder-se à aquisição de aeronave, bem como do contrato dele decorrente, com a restituição, pela empresa ré, da integralidade dos valores recebidos a título de contraprestação pelo bem fornecido. Os recursos utilizados para a aquisição desses bens foram, em sua grande maioria, originários, de convênio celebrado entre o Estado do Acre e o Ministério da Justiça (Convênio SENASP/MJ n. 284/2008 - fls. 186/297 do anexo 2). Portanto, a detecção de máculas no procedimento licitatório que culminem com a anulação do pregão e do contrato que dele resultou imporia, por certo, o próprio reconhecimento da irregularidade da aplicação de verbas federais repassadas por meio do convênio supracitado, corolário do amesquinhamento de princípios administrativos, e incumbe ao Ministério Público Federal a defesa do patrimônio público federal e da regular aplicação de verbas públicas federais.

22. Ademais, o art. 71, VI, da Constituição Federal, estatui que incumbe ao Tribunal de Contas da União a fiscalização da aplicação de verbas oriundas de convênios celebrados entre Estados e União:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

23. E, de acordo com o entendimento assente na jurisprudência pátria, a aplicação de verbas sujeitas à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União denota a existência de interesse federal e, por isso, atrai a legitimidade do Ministério Público Federal e da União, assim como a competência da Justiça Federal, nos termos da súmula n. 208, do STJ, cujo fundamento se aplica ao presente caso.

24. Por outro lado, não há que se falar em necessário litisconsórcio dos membros da comissão licitatória, tendo em vista que o pedido formulado pelo Ministério Público Federal foi de anulação do contrato celebrado entre o Estado do Acre e a Helibrás e, por conseguinte, da devolução dos valores repassados à última em razão desse contrato. Portanto, apenas o patrimônio jurídico desses dois entes será afetado por eventual provimento satisfatório favorável à pretensão autoral, não se avultando qualquer afetação da esfera de interesses dos membros da comissão licitatória.

25. Por fim, o art. 397, do CPC, deve ser interpretado à luz do princípio da instrumentalidade das formas, não podendo erigir-se como obstáculo ao exercício do direito de prova das alegações deduzidas pelas partes. Acresça-se que apenas após a fase instrutória, por ser esta a sede da atividade probatória, que se põe termo à possibilidade de juntada de novos documentos atinentes a fatos pretéritos. Além disso, o laudo de fls. 185/268 foi produzido após a propositura da demanda, tendo sido oportunizada a ambos os réus a possibilidade de quanto a ele se manifestar. Por isso, não acolho a alegação de imprestabilidade de sua força probante.

26. Desse modo, REJEITO as preliminares arguidas pelos réus.

Mérito

a) Limitação da concorrência e secção do objeto do certame

27. O Ministério Público Federal asseverou que a cumulação da aquisição do helicóptero com a formação de profissionais no objeto do procedimento licitatório

caracterizou venda casada e restringiu a competitividade do certame, além de não terem sido especificados, separadamente, os valores relativos a cada um dos núcleos do objeto da licitação.

28. Contudo, verifico que o treinamento incluído como um dos núcleos do objeto do certame jamais poderia ser fracionado, tendo em vista que não se tratava de formação de pilotos e mecânicos para operar aeronaves, de um modo geral, mas concernia a curso de formação para manejo da aeronave que estava sendo adquirida, ou seja, tratava-se de curso de familiarização com o equipamento que estava sendo adquirido. E, embora seja admissível outras empresas, dedicadas exclusivamente ao treinamento de pilotos, não logrou o Ministério Público Federal comprovar que este serviço era efetivamente fornecido por outra empresa, à época da aquisição da aeronave, bem como que outra empresa poderia fornecê-lo por valor inferior àquele pelo qual o Estado do Acre o contratou. Assim, a decretação da nulidade do pregão e do contrato dele decorrente exigiria a demonstração de que o proceder da Administração efetivamente tenha causado prejuízo ao erário.

29. Ademais, não seria exigível da Administração que aguardasse o desfecho do procedimento destinado à aquisição do equipamento para, apenas após, com a definição do modelo adquirido, iniciar procedimento licitatório com a finalidade de contratar empresa que fornecesse curso de familiarização com o equipamento fornecido anteriormente, se a própria empresa montadora da aeronave oferece este treinamento, a menos que, repito, demonstrasse o Ministério Público Federal que, inilvidavelmente, a escolha da Administração tenha preferido seleção de proposta menos vantajosa.

b) Impossibilidade de utilização de pregão para aquisição de helicóptero

30. A Lei n. 10.520/02, que rege a realização do pregão, dispõe, no art. 1º, que:

Art. 1º - Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único - Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

31. O Ministério Público Federal arguiu que o bem adquirido pelo Estado do Acre não pode ser classificado como bem comum, para os fins de aplicação da Lei n. 10.520/02, porquanto se trataria de bem complexo cujas definições não poderiam ser feitas de acordo com as condições usuais de mercado.

32. Os réus, nas contestações por eles ofertadas, repisaram a alegação de que o helicóptero, quanto complexo, tratar-se-ia de bem comum, tendo em vista que todas as suas especificações técnicas estariam disponíveis no mercado e seriam conhecidas pela Administração e pelas empresas que, eventualmente, tivessem interesse em concorrer.

33. A definição legal de bem comum acima enunciada padece de extrema vaguedade e inespecificidade. Estas características conferem, pois, ao Administrador, maior margem de discricionariedade, já que a interpretação do aludido dispositivo legal é relativamente plástica. Portanto, o reconhecimento de irregularidade da modalidade licitatória eleita pelo Administrador somente poderá emergir da completa inadequação do objeto do certame a este preceito. Caso a adequação seja duvidosa ou nebulosa, estar-se-á diante daquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello¹ nominou como zona

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 436.

circundante, na qual não se pode impor como correta ou válida apenas uma opção administrativa.

34. Não se está a afirmar que os atos discricionários não estão sujeitos a controle judicial, mas, apenas, que o Judiciário, na sindicância de atos dessa natureza, deve ser comedido, definindo, apenas, se, diante de situações específicas, a opção efetuada pelo Administrador não deflui, sob qualquer ângulo, de interpretação admissível da norma que a arrima. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello²:

A interpretação do sentido da lei, para pronúncia judicial, apenas lhe reconhece os confins; não penetra na esfera de liberdade administrativa, tão-só lhe declara os contornos; não invade o mérito do ato nem se interna em avaliações inobjetiváveis, mas recolhe a *significação possível* em função do texto, do contexto e da ordenação normativa como um todo, aprofundando-se até o ponto em que pode extrair razoavelmente da lei um comando certo e inteligível.

A discricionariedade fica, então, acantonada nas regiões em que a dúvida sobre o alcance da vontade legal é *ineliminável*.

35. A aquisição de helicóptero figura precisamente nessa zona em que não se pode divisar com incontestável clareza o caráter que permeia tal bem, se comum, ou não. É admissível que, embora se trate de bem cuja demanda seja diminuta, sua caracterização esteja plenamente disponível e seja usual no específico mercado que integra. E o fato de esse mercado ser restrito e específico não afasta, a meu perceber, a possibilidade de utilização do pregão.

36. O propósito de tal limitação reside no fato de que, no pregão, a verificação da viabilidade da proposta ocorre apenas em fase posterior à seleção daquela que se mostrar mais vantajosa, a fim de conferir maior celeridade ao procedimento licitatório. Assim, o objeto da licitação deve ser passível de tal descrição que não permita a participação de empresas no procedimento que não poderiam oferecê-lo, pois isso acarretaria a sucessiva seleção de propostas que, ao final, se mostrariam inviáveis ou incompatíveis com as necessidades da Administração. Logo, se for possível caracterizar o bem de tal forma que apenas as empresas que realmente possam oferecê-lo de acordo com os parâmetros definidos no edital e consoante especificações correntes no mercado, as necessidades da Administração serão atendidas qualquer que seja a empresa licitante, remanesendo ao procedimento licitatório apenas a fixação do menor preço.

37. Realce-se que, como preleciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³, o fato de não se tratar de bem padronizado ou sujeito à entrega imediata não afasta a possibilidade de adoção do pregão para sua aquisição, sendo imprescindível, apenas, a possibilidade de definição do padrão de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado:

O que define se um bem e serviço pode ser considerado ou não comum é a possibilidade de definir o padrão de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado.

Afastam-se com isso:

- a) a pretensão de que se trate de bem padronizado, pois o que se está a exigir é que o padrão se refira a desempenho ou características que definam qualidade;
- b) a pretensão de que se trate de bem como características definidas em normas técnicas, como ABNT;

² Ibidem, p. 983.

³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão eletrônico*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 462.

- c) a pretensão que esteja constante de elenco definido em decreto ou regulamento;
- d) a pretensão de restringir o pregão a bens prontos, vedando seu uso para bens de encomenda; e
- e) serviços singulares, na forma da Lei nº 8.666/93 que justificam a contratação por inexigibilidade, porque só um atende às características pretendidas do executor ou porque, existindo mais de um, apenas em relação a um se pode inferir ser essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto.

38. Assim, a norma não afasta, por completo, a possibilidade de adoção do pregão, assim como não o faz em relação a veículos ou computadores e, não sendo possível afirmar que o padrão de desempenho ou qualidade de helicópteros não seja aferível de acordo com especificações usuais no mercado, inviável o acolhimento da alegação de que a modalidade licitatória adotada pelo Estado do Acre era incompatível com a natureza do bem a ser adquirido. Por outro lado, deve ser realçado o fato de que o pregão não determina a limitação do universo concorrencial, tanto que pode ser adotado para celebração de contratos que, de outra forma, exigiriam a adoção da concorrência.

c) Direcionamento da licitação

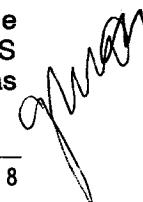
39. O Ministério Público Federal asseriu que a descrição do objeto do certame no termo de referência minudenciou as características do equipamento a ser adquirido de forma a fazê-lo coincidir com o bem fornecido pela Helibrás, inviabilizando a participação de outras empresas e direcionando em favor da Helibrás o resultado do certame.

40. O direcionamento da licitação consiste em vulneração do princípio mais caro ao sistema licitatório, qual seja, a igualdade de condições de participação entre os concorrentes, propósito último da própria existência da licitação, sem o qual todo o procedimento não passa de simulacro. Por isso, a definição de características no termo de referência que restrinjam a apenas uma empresa a possibilidade de participação no certame determina a anulação de todo o procedimento, bem como dos atos dele decorrentes. O direcionamento, ademais, encontra vedação no art. 7º, § 5º, I, da Lei nº 8.666/93.

41. Tal prática pode ser empregada de várias formas, quer pela indicação explícita da marca do objeto do certame, quer pela descrição do objeto no termo de referência de tal modo que o identifique, inexoravelmente, às características de determinado bem produzido por certa empresa, inviabilizando a participação de outras empresas no certame pelo simples fato de que nenhuma outra produz aquele bem com aquelas características.

42. O laudo elaborado pelo setor técnico da Polícia Federal respondeu à indagação relativa à existência de direcionamento do processo licitatório, formulada pelo Ministério Público Federal, que:

Sim. Na seção III.5 deste Laudo, os Peritos descrevem com mais detalhes que foram identificados elementos que indicam direcionamento do processo licitatório, considerando a semelhança das características do helicóptero descritas na cotação apresentada pela Helibrás, antes de iniciado o processo licitatório, com a descrição do helicóptero constante do Plano de Trabalho integrante do Convênio nº 284/2008 e com a redação dos Termos de Referência constantes do processo licitatório. Nesses documentos foram relacionadas especificações e marcas de equipamentos, semelhantes aos instalados nos helicópteros Esquilo AS 350 B2, fabricado pela Helibrás. Além disso, destaca-se que as



características gerais da aeronave pretendida pela SESP-SC eram semelhantes àquelas do Esquilo AS 350 B2 e inferiores àquelas do Bell 407 ofertado pela TAM, conforme demonstrado na Tabela 10 (fls. 213/214).

43. A tabela 10, elaborada para comparar as características das duas aeronaves cujas cotações iniciais embasaram a elaboração do termo de referência e a fixação do valor máximo, registrou que havia, em alguns dos itens que integraram as características gerais que deveria exibir o equipamento, constatou-se semelhança entre os parâmetros fixados no termo de referência e aqueles ostentados pelo Esquilo AS 350 B2, tais como, a capacidade mínima de passageiros transportados, a maior aproximação do peso máximo de decolagem do Esquilo à capacidade mínima para o peso máximo de decolagem indicado no termo de referência, a autonomia de voo, a maior aproximação da potência mínima da turbina descrita no termo de referência da potência da turbina do Esquilo, além da velocidade mínima de cruzeiro rápido e de longo alcance, altura mínima do teto de voo pairado na condição OGE, velocidade mínima de cruzeiro econômico, capacidade de carga útil. Houve, ainda, a indicação, no termo de referência, da utilização de sistema eletrônico do tipo VEMD ou similar, coincidente com aquele incorporado ao Esquilo, bem como os fones de ouvido da marca David Clark.

44. O que se observa é que, em verdade, o termo de referência estabeleceu parâmetros mínimos para a aquisição de um helicóptero e, ostentando a aeronave produzida pela Helibrás características inferiores àquela produzida pela Bell, naturalmente o Esquilo detém características que a tornam semelhante, ou mais próxima, dos parâmetros mínimos constantes do termo de referência.

45. E, como consabido, o direcionamento se caracteriza pela fixação de características que identifiquem de tal forma o objeto da licitação ao bem produzido por uma empresa específica que apenas essa própria empresa detenha condições de participar do procedimento licitatório. Se as características do objeto do certame foram indicados de sorte que empresas produtoras de aeronaves superiores àquela oferecida pela Helibrás poderiam participar, está-se diante de redução das exigências mínimas para ampliação do universo concorrencial, e não do contrário.

46. Explico: quanto menores as exigências erigidas como caracterização do bem a ser adquirido por meio de procedimento licitatório, maior a diversidade de concorrentes aptos a oferecê-lo e, por conseguinte, maior o universo de concorrentes; do contrário, quanto mais rígidas as exigências erigidas como caracterização do bem, menor a possibilidade de potenciais concorrentes que podem satisfazê-la e, por óbvio, maior a restrição ao universo de concorrentes. E, se há empresas cujos produtos ultrapassam com folga as exigências erigidas concorrendo com outras que se aproximam muito dos parâmetros mínimos, tal fato é indiciário da inexistência de direcionamento, a denotar que não foram fixadas exigências extremamente específicas que apenas uma empresa poderia concorrer, mas, ao contrário, que foram fixadas em patamar mais flexível, tanto que empresas com aeronaves menos robustas também puderam concorrer.

47. Evidência maior de tal constatação é o fato de que a proposta da outra empresa concorrente, a TAM, também satisfez as exigências constantes do edital e do termo de referência, conforme parecer exarado pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Acre (fl. 744, anexo V).

48. Além disso, as especificações técnicas constantes do plano de trabalho apresentado pelo Estado do Acre ao Ministério da Justiça, que embasou a realização do convênio, foram realmente elaboradas a partir da pesquisa mercadológica promovida pela Secretaria de Segurança do Estado do Acre, tendo apenas a empresa

Helibrás apresentado cotação tempestivamente (fl. 304, apenso II). Não obstante, as especificações constantes do termo de referência não coincidem com os itens que integram o Esquilo AS 350 B2, como se vê do documento de fls. 304/312, do apenso IV. Então, não há como se afirmar a existência de direcionamento do procedimento licitatório em favor da empresa Helibrás na norma de regência do certame.

49. Até se poderia afirmar que, ao estabelecer exigências mínimas, o edital teria favorecido a Helibrás, já que, pelo fato da aeronave por si produzida estar mais próxima dos patamares mínimos estabelecidos no edital, o bem por ela oferecido seria o menos custoso e, portanto, naturalmente a sua proposta se sagraria vencedora. Contudo, não há elementos probatórios robustos que confirmem tal hipótese, como uma perícia que demonstrasse que havia outros modelos que satisfariam as necessidades da Administração externadas no edital, cujas empresas produtoras não teriam podido participar em razão do grau de especificidade alcançado pelo edital. Cumpre destacar que o fato de apenas duas empresas terem oferecido propostas que atendessem às exigências constantes do edital não se basta para demonstrar o alto grau de especificidade de tais exigências, tendo em vista que se tratou de bem cuja produção é restrita a poucas montadoras, e em pequena escala.

d) Sobrepreço

50. O Ministério Público Federal aduziu que o helicóptero Esquilo AS 350 B2 foi adquirido por valor superior àquele pago por outros Estados para compra de idêntica aeronave e, além disso, a variação cambial entre o valor da proposta, apresentada em dólares americanos, da Helibrás foi calculada por meio da aplicação de índice superior ao do dia da celebração do contrato.

51. Os réus afirmaram, em contraponto, que o Ministério Público Federal estabeleceu comparações com aeronaves com características diversas, tendo em vista que há uma personalização dos equipamentos, por meio da escolha de opcionais, que podem acrescer-lhe ou diminuir-lhe o valor, além das diferenças na quantidade de pilotos e mecânicos a ser submetidos a treinamento nos diferentes contratos. Averbou, ainda, que as diferenças nos valores também se justificam pela interferência da variação cambial, além do custo de transporte da aeronave.

52. Com efeito, a tabela integrante da inicial, às fls. 8/10, retrata comparação entre modelos diversos de aeronaves, adquiridos em período de tempo bem abrangente, com contratação de treinamento em quantidades diferentes. Assim, houve comparação do modelo Esquilo AS 350 B2 com aeronaves cujos modelos não foram especificados, com o Esquilo AS 350 B3, o EC 1305 B4 e o EC 135, quantitativo de profissionais a serem treinados variando entre 0 e 16 e no interregno transcorrido entre agosto/2005 e janeiro/2009.

53. Não obstante, o laudo elaborado pelo setor técnico da Polícia Federal efetuou comparação da aeronave adquirida pelo Estado do Acre com aquelas adquiridas por outros Estados, do mesmo modelo e em período próximo, expungindo do valor de referência os itens componentes dos equipamentos que não coincidiam com os integrantes do helicóptero objeto da presente demanda.

54. Com efeito, o contrato juntado às fls. 273/283, do apenso IX, dá conta de que o Estado de Pernambuco adquiriu, por meio de contrato celebrado em 10.12.2008, quinze dias após a celebração do contrato objeto destes autos, helicóptero similar àquele adquirido pelo Estado do Acre, pelo valor de R\$6.832.734,00, ao passo que o mesmo bem foi fornecido pela mesma empresa ao Estado do Acre pelo valor de R\$7.945.000,00.

55. Destaque-se que o dólar americano em 11.11.2008, data da adjudicação

em favor da Helibrás pelo Secretário de Segurança Pública do Estado do Acre, estava cotado em R\$2,201 (Ptax – Venda), ao passo em que em 6.10.2008, data da adjudicação do objeto do contrato à Helibrás pelo Comandante do Corpo de Bombeiros do Estado de Pernambuco, o dólar americano estava cotado em R\$2,17690 (Ptax – Venda). Assim, ainda considerada a variação cambial, o mesmo bem foi vendido pela mesma empresa por US\$3,138,745,00, para o Estado de Pernambuco, e, quinze dias, antes por US\$3,609,722,85 ao Estado do Acre, considerando as datas de celebração dos contratos apenas para fixação das datas de comercialização e tendo como referência a data da adjudicação para apuração da variação cambial.

56. Os demais contratos são relativos a períodos diversos, cujas condições de pactuação podem ter sido afetadas por circunstâncias exógenas ignoradas. O certo é que o contrato celebrado entre a Helibrás e o Estado de Pernambuco substanciou a venda do mesmo bem por valor significativamente inferior. Ou seja, o Estado do Acre adquiriu a aeronave por valor superior ao praticado no mercado, ou aquele pelo qual o bem poderia ser adquirido, como efetivamente o foi por outro Estado, mas foi lesado pela prática de preço superior em condições similares.

57. Ainda que se infirme a inteira similitude entre os helicópteros adquiridos entre o Estado do Acre e o Estado de Pernambuco, o laudo elaborado pelo setor técnico da Polícia Federal expungiu do valor de aquisição as ligeiras diferenças entre os dois equipamentos, alcançando como diferença entre os valores de aquisição ajustado, entendidos como aqueles correlativos aos itens presentes em ambos os equipamentos, o montante de R\$635.621,25.

58. E, ainda que se aponte que tal diferença foi apurada pela comparação dos valores dos contratos em real, após a aplicação da taxa de câmbio verificada em momentos distintos, basta sanear este valor, dividindo-se os valores de aquisição ajustados pela taxa vigente no momento das correspondentes adjudicações. Assim, tem-se a diferença real ajustada no valor de US\$257,357,07, correspondente a R\$566.431,90, no momento da aquisição efetuada pelo Estado do Acre. Essa diferença conduz à inexorável constatação de que o bem foi adquirido com sobrepreço, pelo menos nesta monta.

59. Embora os réus tenham afirmado que tal diferença teve origem em fatores da transação aplicáveis apenas ao Estado do Acre, não apresentaram qualquer planilha de custos indicando, de forma individualizada e precisa, as variáveis que influíram na aquisição de bem pelo Estado do Acre por valor bem superior àquele adquirido pelo Estado de Pernambuco. Assim, o Ministério Público Federal comprovou a existência de sobrepreço, ao passo que os réus, conquanto tenham alegado, não lograram afastar, por meio da produção de provas, o lastro lícito dessa variação de preço, justificando-a.

60. A constatação da existência de sobrepreço não determina, contudo, a anulação do procedimento licitatório, tampouco da aquisição dele decorrente, tendo em vista que a integral devolução dos recursos pela empresa Helibrás caracterizaria locupletamento ilícito por parte do Estado do Acre, que manteria o usufruto do bem sem qualquer contrapartida. Por outro lado, a devolução do bem, mediante indenização pelo uso desde o momento da aquisição, seria antieconômica, já que o Estado do Acre teria que restituir o bem de que necessita, senão não teria promovido o procedimento, efetuar o pagamento de indenização correspondente à depreciação do bem e, ainda, promover novo procedimento licitatório para aquisição de nova aeronave. Assim, o custo da própria anulação do pregão e do contrato seria maior para o Estado do Acre do que a manutenção dos atos que culminaram com a aquisição do helicóptero.

61. Desse modo, entendo que o pedido deve ser acolhido apenas

parcialmente, para determinar que a empresa Helibrás restitua apenas o valor acima identificado como sobrepreço, atualizado até a data da devolução. Este valor deverá ser restituído ao Estado do Acre, tendo em vista que a aquisição do equipamento, mesmo destacado o sobrepreço, foi superior ao valor previsto no convênio SENASP/MJ n. 284/2008 (fls. 286/297, anexo II), tendo o aporte de recursos próprios feito pelo Estado do Acre superado o previsto naquela avença (fl. 304, anexo II). Portanto, considerando que o prejuízo foi suportado exclusivamente pelo Estado do Acre, este deve ver-se resarcido do valor excedente ao de mercado pago pelo bem.

III

62. Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado pelo Ministério Público Federal, para determinar à empresa Helibrás – Helicópteros do Brasil S/A que restitua ao Estado do Acre a quantia de R\$ 566.431,90 (quinhentos e sessenta e seis mil, quatrocentos e trinta e um reais, e noventa centavos), atualizada desde 11.11.2008 até a data do efetivo pagamento. Sobre tais valores incidirão juros e correção monetária nos seguintes termos: a) até o dia 29.6.2009, os juros serão de 0,5% ao mês, desde a citação, e a correção monetária será calculada segundo os índices constantes no Manual de Cálculos da Justiça Federal; b) a partir de 30.06.2009 (início da vigência da lei 11.960), os juros e a correção monetária serão os aplicáveis à caderneta de poupança. Resolvido o mérito das demandas nos termos do artigo 269, I, do CPC.

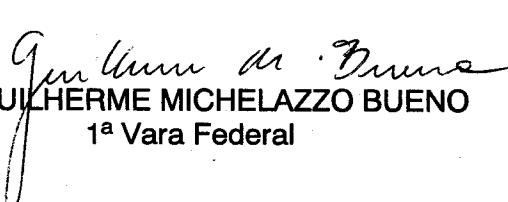
63. Recíproca a sucumbência, deverá a empresa Helibrás – Helicópteros do Brasil S/A responder por metade das custas processuais devidas. O Ministério Público Federal é isento do pagamento de custas (art. 4º, III, da Lei n. 9.289/96). Os honorários advocatícios se compensam mutuamente.

64. Após o trânsito em julgado, promova a Ré sucumbente o pagamento dos valores devidos, por força da condenação supra, no prazo de 15 (quinze) dias, independentemente de nova intimação (Resp. 954.859, STJ), sob pena de multa de 10%, conforme o disposto no art. 475-J do CPC.

65. Em seguida, satisfeita a obrigação determinada no parágrafo precedente, ao arquivo, anotando-se.

66. P. R. I.

Rio Branco – Acre, 18 de dezembro de 2012.


Juiz GUILHERME MICHELAZZO BUENO
1ª Vara Federal