



JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-001.622.07-87

ANÁLISE. CONTRATO. SES. Serviços de recebimento de resíduos sólidos da construção civil, descartados em logradouros públicos. Emergência caracterizada. Inobservância do art. 55, XIII, Lei 8.666/93. Impropriedade relevada. ACOLHIDO. Votação unânime.

Legislação citada: Arts. 24, IV e 55, XIII Lei 8.666/93;

TC citado: 72.008.403.99-06

2.715ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 23.06.2014

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.693ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher o Contrato 08/SES/07, relevando a impropriedade relativa à inobservância do disposto no artigo 55, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93, e deixando de aplicar penalidade aos servidores públicos envolvidos, pois não foi detectada conduta dolosa ou revestida de má-fé.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o envio de ofício, acompanhado de cópia deste Acórdão, ao Ministério Público do Estado de São Paulo, realizando-se, ainda, as comunicações de praxe.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de novembro de 2013.



EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Trata-se do Contrato nº 08/SES/2007, firmado em caráter emergencial, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, entre a Secretaria Municipal de Serviços – SES e Qualix Serviços Ambientais Ltda., visando à prestação de serviços de recebimento de resíduos sólidos da construção civil, assim definidos pela Resolução CONAMA nº 307/2002, e pelo Decreto Municipal nº 42.217/2002, descartados em vias e logradouros públicos, e coletados e transportados pela Prefeitura ou por empresa por ela contratada, para o Agrupamento II, definido no Anexo I ao termo em foco, e resíduos de mesma natureza, transportados por empresas cadastradas junto ao LIMPURB, ou por este autorizadas.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC opinou, às fls. 79/90 e 91, pela irregularidade do Ajuste, vez que, embora caracterizado o quadro fático emergencial motivador da contratação, a sua configuração seria previsível, o que impossibilitaria o enquadramento do pactuado ao disposto no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93.

Além disso, apontou que o artigo 55 do citado Diploma Federal não teria sido observado, na medida em que não ficou consignada no Contrato cláusula obrigatória cujo teor encontra-se delineado no inciso XIII do dispositivo por último citado, concluindo, todavia, que tal falta poderia ser relevada, pois não teria ocasionado maiores consequências.

A Secretaria de Serviços e Obras, ouvida a respeito, encaminhou os esclarecimentos de fls. 94/108, defendeu os atos praticados diante da situação emergencial desenhada, tendo em vista que os trabalhos relativos à licitação do objeto do contrato sob estudo não estariam, por sua alta complexidade, encerrados até que se esvaísse a contratação anterior que cuidava da prestação dos serviços a que se referem os autos. Explicou que a decisão para formalizar o Contrato nº 08/SES/2007 pautou-se pela prevalência do interesse público, que estaria sendo ignorado caso houvesse solução de continuidade de serviço considerado essencial. Informou, ademais, que apurou eventuais responsabilidades pela não efetivação da licitação que implicaria solução perene à prestação dos serviços de recebimento de resíduos sólidos da construção civil.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, às fls. 111/116, reexaminou a matéria à luz das ponderações feitas pela Secretaria, mantendo seu posicionamento anterior, no sentido do não acolhimento do Contrato, pois “a previsibilidade da situação emergencial prejudica a regularidade do contrato celebrado sem licitação prévia.”



A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por sua vez, acompanhou as conclusões anteriormente alcançadas pela SFC, ou seja, postou-se pelo “não acolhimento do Contrato nº 08/SES/07, uma vez que a contratação não se subsumiu à regra do artigo 24, IV, da Lei Federal nº 8.666/93, dada a emergência provocada reiteradamente pela própria Administração.”

A Procuradoria da Fazenda Municipal, a seu turno, manifestou-se pelo acolhimento do Ajuste, seja porque sobejamente justificada a emergência, seja porque a previsibilidade ou não da situação emergencial não macularia o ato, na medida em que, na oportunidade da formalização do Termo, estariam presentes os pressupostos de legitimidade para tanto, o principal dele o risco de dano à coletividade e a bem público.

A Secretaria Geral, às fls.133/136, acompanhou o entendimento dos Órgãos Técnicos desta Casa, posicionando-se, portanto, pelo não acolhimento do Contrato em pauta, porque “restou demonstrada a desídia da Secretaria, posto que, sabedora da necessidade de contratar os serviços enfocados, não o fez a tempo e hora por licitação.”

Em face do teor dos pronunciamentos dos Órgãos Técnicos deste Tribunal, determinei a oitiva do titular da Secretaria à época dos fatos, em homenagem ao disposto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Veio aos autos, em consequência, a defesa de fls.159/167, a qual, em apertada síntese, aduziu que:

a) os serviços contratados não poderiam sofrer solução de continuidade, sob pena de haver risco de dano à saúde pública e ao meio ambiente;

b) constatada a situação emergencial, há que se elidi-la, independentemente de previsibilidade ou não dos fatos que ensejaram o ajuste;

c) os agentes públicos responsáveis pela promoção da licitação estavam efetivamente empenhados para fazê-la vingar, como demonstram os Processos Administrativos nºs 2006.0.052.317-5 e 2006.0.142.084-1;

d) a dificuldade para realizar a licitação “decorreu da complexidade dos serviços e da extrema necessidade de harmonização da sua execução com outros serviços que formavam o sistema de limpeza pública urbana”;

e) determinou a realização de procedimento voltado a averiguar os motivos e responsabilidades relativas à eventual ausência de tramitação do processo administrativo relacionado à Concorrência Pública nº 02/SES/07, dirigida à contratação dos serviços objeto do presente processado, o que demonstra a sua postura proba;

f) os Órgãos Técnicos desta Corte não aferiram com precisão as reais possibilidades da SES para planejar e realizar o processo licitatório competente, pois desconhecem a rotina e os percalços concretos existentes naquela Pasta, os quais não se confundem com desídia dos agentes públicos envolvidos;



g) a contratação emergencial não implicou dano e nem foi balizada por dolo ou má-fé.

Ao final, requereu o acolhimento do Termo.

Ouvidas novamente, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral reiteraram suas manifestações anteriores pela irregularidade do Ajuste e o Ente Fazendário pelo seu acolhimento.

Noticio, ainda, que o Ministério Público requereu informações a respeito da contratação da empresa Qualix Serviços Ambientais Ltda. para prestação de serviços de varrição. Embora trate de matéria estranha aos autos e, portanto, à minha Relatoria, o que foi devidamente esclarecido no encaminhamento de fl. 172 e no Ofício de fl.173, informei ao Requerente que tão logo haja decisão nestes autos, cópia do v. Acórdão ser-lhe-á remetida.

É o relatório.

VOTO

Como se depreende do até agora relatado, na análise do Contrato foram apontadas duas ilegalidades pelos Órgãos Técnicos desta Casa: uma, mais geral, diz respeito à sua irregularidade, tendo em vista que, apesar de caracterizada a situação emergencial, esta não encontra amparo na legislação, por decorrer de fatos previsíveis; a outra envolve o descumprimento do artigo 55 da Lei Federal nº 8.666/93, por carecer do Ajuste de cláusula obrigatória, prevista no inciso XIII do dispositivo citado.

No que concerne a esse segundo lapso, os mesmos Órgãos Técnicos são unânimes em relevá-lo, especialmente porque o lá estatuído é de cumprimento obrigatório independentemente de constar ou não do instrumento contratual, pois o dever deriva de lei. Sem dúvida, a falta é relevável.

Todavia as questões envolvendo a outra irregularidade, a fulminar todo o Ajuste, merece reflexão mais apurada, na medida em que não se trata de matéria que tenha entendimento pacífico.

Como exposto pelos Órgãos Técnicos desta Casa, há, de fato, uma corrente, no âmbito do Tribunal de Contas da União, que se situa no sentido de as contratações emergenciais não se encontrarem albergadas pela lei caso a origem dessa situação extrema seja resultante, “total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que a ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação” (Decisão 347/1994, Plenário, Tribunal de Contas da União).

Também é fato, de outro lado, que o mesmo Tribunal de Contas da União espousa posicionamento diverso do anteriormente referido, valendo trazer, a propósito, excertos do Acórdão 1138/2011 – Plenário:



“5. Início pela afirmativa de que a emergência não poderia ser alegada porque motivada por omissão da própria Chesf. Essa tese não pode prosperar. Na verdade, há que se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, tratando-as como questões distintas.

6. A contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação. Na análise de contratações emergenciais não se deve buscar a causa da emergência, mas os efeitos advindos de sua não realização. A partir dessa verificação de efeitos, sopesa-se a imperatividade da contratação emergencial e avalia-se a pertinência da aplicação, pelo administrador, da excepcionalidade permitida pelo art. 24, IV, da Lei de Licitações.

7. Exemplificando esse ponto com uma situação extrema, imagine-se que a falta de planejamento de algum gestor conduza à ausência de medicamentos em determinado hospital. Poderá o hospital deixar de adquirir os medicamentos, em caráter emergencial, porque decorreu de omissão da própria entidade? Evidente que não.

8. Essa questão foi suficientemente tratada nos autos do TC 019.365/1995-0, quando o Plenário prolatou a Decisão nº 138/98. No voto condutor, o relator relativizou a tese constante da Decisão nº 347/94 – Plenário, invocada pela unidade técnica nestes autos. O posicionamento constante da Decisão nº 138/98 foi reiterado pelo Acórdão nº 1876/2007 – Plenário, ao tratar de recurso de reconsideração constante do TC-008.403/1999-6, que apresentou a seguinte ementa:

1. A situação prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas.

...

Diante do exposto, forçoso é reconhecer que a ausência de planejamento e a dispensa de licitação devem ser tratadas como irregularidades independentes e distintas’.

...

13. De fato, se caracterizada a existência de situação em que a demora no atendimento possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, faz-se não apenas recomendável, mas imperativa a adoção de imediata solução, ainda que implique na realização de contratação direta, sem licitação.



14. Consoante bem definiu o Voto que fundamentou a Decisão nº 138/98 – Plenário- acima referenciado, a ausência de planejamento e a contratação direta fundamentada em situação de emergência caracterizam situações distintas, não necessariamente excludentes. Estará incorrendo em duplo erro o administrador que, ante a situação de iminente perigo, deixar de adotar as situações emergenciais recomendáveis, ainda que a emergência tenha sido causada por incúria administrativa. Há que se fazer a clara definição da responsabilidade: na eventual situação aludida, o responsável responderá pela incúria, não pela contratação emergencial.

...

10. No caso concreto tratado nestes autos, poder-se-ia discutir acerca de eventual incúria dos administradores para efeito de imputação de multa por eventual delonga na realização do procedimento licitatório que se fazia necessário. Tal discussão, contudo, não foi levada a efeito pelos pareceres e, ainda que o fizéssemos neste momento e viéssemos a entendê-la presente, seria forçoso abrir-se nova oportunidade de contraditório para manifestação dos responsáveis acerca dessa questão específica porque, conforme mencionou o voto condutor do já referido Acórdão nº 1876/2007 – Plenário, *‘não se pode falar genericamente da existência de inércia administrativa e, com base nesse argumento, atribuir ônus a determinado agente público. A incúria, enquanto comportamento que conduz à responsabilização, possui natureza personalíssima e torna necessária a correta identificação de seus causadores’.*”

Com efeito, embora não mencionada pelos Órgãos Técnicos desta Casa, a divergência sobre o tema é patente e já dura cerca de 15 anos, tanto que, ao acessar, para elaboração deste voto, a Pesquisa Sistematizada de Jurisprudência, por árvore temática, no sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União, são encontrados os dois entendimentos acima expostos, nos seguintes termos:

“Título: DISTINÇÃO ENTRE A EMERGÊNCIA REAL E A CAUSADA POR INCÚRIA OU INÉRCIA ADMINISTRATIVA

.....
Situação: **Entendimento**

ENTENDIMENTO 1: É incabível a aplicação do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 a situações de emergência resultantes da falta de planejamento, incúria ou inércia administrativa.

ENTENDIMENTO 2: A situação prevista no 24, IV, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta; na segunda hipótese será responsabilizado o agente público que não adotou tempestivamente as providências a ele cabíveis.”

Não se trata, portanto, de matéria de fácil deslinde, vez que ambas as posições são plena e juridicamente defensáveis, sendo pertinente, a fim de solver a situação, buscar o entendimento que as Cortes Superiores do País têm dispensado a casos como o que ora se discute.



Esclareço, por oportuno, que para efeito da explanação deste voto, vou proceder à leitura da identificação do julgado e de excertos das ementas abaixo relacionadas, sendo que, quando da publicação da decisão, referidos textos constarão na íntegra com os trechos ora lidos devidamente negritos.

O Superior Tribunal de Justiça tem posição assentada a respeito, valendo transcrever, por sua clareza, Ementa de julgado recentíssimo:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES NA DISPENSA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA QUE DEMONSTRASSE O PREJUÍZO AO ERÁRIO E O DOLO DO AGENTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não houve prejuízo ao Erário, tampouco dolo na conduta do agente, o que afasta a incidência do art. 11 da Lei 8.429/92 e suas respectivas sanções; esta Corte Superior de Justiça já uniformizou a sua jurisprudência para afirmar que é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo, para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, na culpa, nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92 (Resp. 1.261.994, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 13/04/112).(grifei).

2. Em sede de Ação de Improbidade Administrativa da qual exsurtem severas sanções o dolo não se presume, como já assentado em julgamento relatado pelo eminente Ministro LUIZ FUX (REsp. 939.118/SP, DJe 01/03/11).

3. Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 184.923/SP, 1ª Turma, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 2 de maio de 2013, publicado no DJE de 9 de maio de 2013).(grifei).

Pouco antes, em 12 de junho de 2012, o mesmo STJ assim decidiu o Recurso Especial nº 1133875/RO:

“RECURSO ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE REMÉDIOS E ALIMENTOS PARA HOSPITAL MUNICIPAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 89, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/1993. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO. RECURSOS PROVIDOS.

1. Para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 é imprescindível a comprovação do dolo específico de fraudar a licitação, bem como de efetivo prejuízo ao erário. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal.

2. Mostra-se incongruente exigir, para a configuração do ato de improbidade administrativa, previsto no art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/1992 (“frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”), a comprovação de dano ao patrimônio público, conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, e não para o crime de dispensa irregular de licitação. É dizer, a mesma conduta não pode ser irrelevante para o direito administrativo e, ao mesmo tempo, relevante para o direito penal, sob pena de ofensa ao princípio



constitucional da subsidiariedade, segundo o qual a intervenção penal só deve ocorrer quando os demais ramos do direito não forem suficientes para a resolução da questão conflituosa.

3. Não sendo demonstrada a intenção dos réus de burlar o procedimento licitatório a fim de obterem vantagem em detrimento do erário municipal, tampouco constatado prejuízo aos cofres públicos, não há que se falar em crime de dispensa irregular de licitação.

4. Considerando a identidade de situações entre os recorrentes e os corréus Benedito Cezion de Oliveira e Eliseu Xavier de Souza, deve ser estendido o efeito desta decisão, nos moldes do que disciplina o art. 580 do Código de Processo Penal.

5. Recursos especiais providos.” (grifei).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem igualmente posição consolidada a respeito do tema, ressaltando a necessidade de demonstrar que os agentes envolvidos atuaram de má-fé e causaram dano ao Erário. Nessa linha, vale reproduzir as Ementas que se seguem, relativas a Acórdãos proferidos nos últimos anos:

**“Inq 2648 / SP - SÃO PAULO
Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA
Julgamento: 12/06/2008 - Tribunal Pleno**

EMENTA: INQUÉRITO. DENÚNCIA OFERECIDA PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 24, INC. X, DA LEI N. 8.666/93. AQUIVAMENTO DA DENÚNCIA NA ORIGEM. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REMESSA DOS AUTOS A ESTE SUPREMO TRIBUNAL. JULGAMENTO DO FEITO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NÃO PROVIDO. 1. Dada a incidência do princípio tempus regit actum, são válidos todos os atos processuais praticados na origem, antes da diplomação do parlamentar, devendo o feito prosseguir perante essa Corte na fase em que se encontrava: Precedentes. 2. **Inviabilidade do Recurso em Sentido Estrito: a configuração do crime de dispensa irregular de licitação exige a demonstração da efetiva intenção de burlar o procedimento licitatório, o que não se demonstrou na espécie vertente.** 3. Recurso ao qual se nega provimento.” (Grifei).

**“AP 527 / PR - PARANÁ
Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
Revisor(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 16/12/2010 - Tribunal Pleno**

EMENTA Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atualmente, deputado federal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei (Art. 89, da Lei nº 8.666/93). Ausência do elemento subjetivo do tipo. Pedido julgado improcedente, com a absolvição do réu com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal. 1. Consoante posicionamento jurisprudencial dessa Colenda Corte Constitucional, a competência penal originária do STF por prerrogativa de função advinda da investidura de sujeito ativo de um delito, no curso do processo, em uma das funções descritas no art. 102, I, alíneas “b” e “c”, da CF/88



não acarreta a nulidade da denúncia oferecida, nem dos atos processuais praticados anteriormente perante a justiça competente à época dos fatos. Precedentes. **2. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.** 3. O simples fato de aparecer o denunciado, nominalmente, como responsável pelo convênio, sem demonstração de sua ciência de que serviços outros complementares tenham sido contratados sem a devida observância do procedimento licitatório adequado, não conduz automaticamente à tipificação do ilícito que lhe é imputado, hipótese em que se estaria adentrando no campo da responsabilidade objetiva. 4. Ação penal julgada improcedente.” (Grifei).

“Inq 3077 / AL - ALAGOAS

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 29/03/2012 - Tribunal Pleno

EMENTA Penal e Processual Penal. Inquérito.

Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. 2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL. 3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. 4. **Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.** 5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei nº 8.038/90, art. 6º, caput).” (Grifei).

“Inq 2482 /MG

Relator(a): Min. AYRES BRITTO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX

Julgamento: 15/09/2011 - Tribunal Pleno



Ementa: PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. ENVOLVIMENTO DE PARLAMENTAR FEDERAL. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93). AUDIÇÃO PRÉVIA DO ADMINISTRADOR À PROCURADORIA JURÍDICA, QUE ASSENTOU A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DOLO. ART. 395, INCISO III, DO CPP. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. 1. A denúncia ostenta como premissa para seu recebimento a conjugação dos artigos 41 e 395 do CPP, porquanto deve conter os requisitos do artigo 41 do CPP e não incidir em nenhuma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. Precedentes: INQ 1990/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJ de 21/2/2011; Inq 3016/SP, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 16/2/2011; Inq 2677/BA, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 21/10/2010; Inq 2646/RN, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 6/5/010. 2. **O dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal, não se faz presente quando o acusado da prática do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 (“Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”) atua com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica no sentido da inexigibilidade da licitação.** 3. *In casu*, narra a denúncia que o investigado, na qualidade de Diretor da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer, teria solicitado, mediante ofício ao Departamento de Controle e Licitações, a contratação de bandas musicais ante a necessidade de apresentação de grande quantidade de bandas e grupos de shows musicais na época carnavalesca, sendo certo que no Diário Oficial foi publicada a ratificação das conclusões da Procuradoria Jurídica, assentando a inexigibilidade de licitação, o que evidencia a ausência do elemento subjetivo do tipo no caso sub judice, tanto mais porque, na área musical, as obrigações são sempre contraídas intuitu personae, em razão das qualidades pessoais do artista, que é exatamente o que fundamenta os casos de inexigibilidade na Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93. 4. Denúncia rejeitada por falta de justa causa – art. 395, III, do Código de Processo Penal.” (Grifei).

O que se conclui, portanto, é que esses julgados acabam por corroborar aquele entendimento do TCU que desvincula a regularidade de um contrato emergencial da conduta adotada pelos agentes públicos envolvidos; além disso, para que seja considerado ilícito, o comportamento dos agentes públicos afetos à contratação deve estar comprovadamente revestido de dolo, visando a burlar dado certame licitatório e, concomitantemente, a gerar dano ao Erário.

Assim, os aspectos factuais específicos deste processado assumem inafastável importância para deslindar questões debatidas nestes autos, na medida em que se deve ser cabalmente demonstrado, caso a caso, dolo do agente público e o prejuízo ao Erário.

Nessa linha, colecionando os elementos fáticos que emergem dos autos, cumpre destacar:

- a) a situação emergencial está caracterizada;
- b) foi feita cotação entre empresas em condições de executar os serviços, e dentre elas foi contratada a que apresentou o menor preço;



c) não houve questionamento a respeito do preço contratado;

d) tramitava processo administrativo cuidando da promoção da licitação, o qual não teve curso em ritmo adequado para que o certame vingasse a tempo de evitar a contratação emergencial de que cuidam os autos; sobre esse aspecto, a SFC e demais órgãos técnicos desta Casa apontaram que teria ocorrido falta de planejamento, enquanto que nos esclarecimentos prestados foram expostas dificuldades administrativas, decorrentes da complexidade dos serviços que seriam licitados;

e) foi instaurado procedimento com o objetivo de averiguar as razões que levaram ao atraso da licitação;

f) em nenhuma passagem dos autos há qualquer menção à ocorrência de prejuízo ao Erário em face da contratação em apreço, ou de dolo ou má-fé dos agentes públicos envolvidos, pelo contrário, como demonstra o Relatório do procedimento instaurado especialmente para apuração de condutas desairosas por parte daqueles.

No caso particular destes autos, não resta dúvida que ao agregar a melhor aplicação do direito, na forma descrita pelas Cortes Superiores do País, aos elementos acima arrolados o Contrato nº 8/SES/2007 deve ser acolhido, pois plenamente demonstrado que o serviço pactuado é essencial, que não pode sofrer, em hipótese alguma, solução de continuidade, sob pena de expor a risco a população e o patrimônio, público ou privado.

A contratação merece acolhimento porque não há nenhuma indicação de que os valores praticados estivessem desconformes com a realidade do mercado, além de ter sido eleita para formalizar o ajuste a empresa que apresentou o menor preço dentre os cotados.

Se houvesse alguma mácula no proceder dos agentes públicos envolvidos, tal constatação não feriria maquinalmente o ajuste, ao contrário, consoante entendimento do TCU, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Afora isso, não detectei no presente processo elementos que levem a concluir que tenha ocorrido ação dolosa ou revestida de má-fé por parte dos servidores afetos ao ajuste, de modo a retardar a licitação para ocasionar prejuízo aos cofres públicos. Em verdade, o que se colige dos autos foi a realização, *sponte própria*, de Apuração Preliminar exatamente para averiguar as razões que levaram à contratação emergencial, nada sendo constatado que desabonasse os agentes que cuidaram da questão, como aponta o Relatório de fls. 96/102, extraído do Processo Administrativo nº 2007-0.101.776-3.

A propósito, também trago à colação Ementa do Voto 14.901, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de seguinte teor, o qual dirimiu controvérsia análoga à retratada nestes autos, tendo em conta as questões fáticas próprias que a envolve:



“PROCESSO CIVIL - Decisão que declara encerrada a instrução processual e indefere a realização de provas requeridas pelas partes, sobrevivendo o julgamento de plano do processo Ausência de nulidade da sentença por cerceamento de defesa - Juiz que é o destinatário direto da prova, somente a ele cumprindo aferir sobre a necessidade ou não da sua realização - Prova documental, ademais, que era mesmo a única cabível na espécie não se prestando a pretendida realização de audiência ou prova técnica a repercutir na solução da demanda - Decisão de primeiro grau, outrossim, que se mostra devida e adequadamente fundamentada, repelindo adequadamente todos os argumentos úteis e necessários de defesa apresentados pelos corréus Preliminares afastadas e agravo retido não provido.- AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Ajuizamento pelo Ministério Público objetivando o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa - Procedência do pedido inicial decretada em primeiro grau que não merece prevalecer - **Hipótese em que não ficou caracterizada a prática de atos de improbidade administrativa tipificados nos arts. 10, caput e inciso VIII, e 11, caput, da Lei Federal nº 8.429/92, sancionáveis por aplicação do disposto no art. 12, incisos II e III, da mesma lei Contratações de empresas para prestação de serviços de implantação de equipamentos eletrônicos de controle de trânsito e processamento de multas com dispensa de licitação, na forma do art. 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, que não se mostraram incabíveis, existindo motivos caracterizadores da situação emergencial prevista no dispositivo legal invocado - Providências que foram precedidas de pareceres favoráveis da Assessoria Jurídica do Município e prévias cotações de preços, arredando a presença de dolo ou má-fé dos acionados, essencial à caracterização do ato ímprobo - Não comprovação, outrossim, de qualquer prejuízo ao erário municipal, diante da efetiva prestação do serviço objeto dos contratos firmados, inexistindo qualquer indicação de que o preço das aquisições dera-se em descompasso com o valor de mercado - Realidade fática que, nesse passo, não evidencia desonestidade, abuso ou fraude, e nem sequer prejuízo ao patrimônio público, passíveis de punição - Apelos dos corréus providos para julgar improcedente o pedido inicial.”**

Por todo o exposto, em face das especificidades probatórias e factuais que emergem dos autos, aliadas à jurisprudência trazida à colação e as razões expostas pela Procuradoria da Fazenda Municipal, acolho, por regular, o Contrato nº 08/SES/2007, relevando a impropriedade relativa à inobservância do disposto no artigo 55, XIII, da Lei Federal nº 8.666/93, deixando de aplicar penalidade aos servidores públicos envolvidos, pois não detectada conduta dolosa ou revestida de má-fé.

Oficie-se ao Ministério Público, encaminhando cópia desta decisão, realizando-se, ainda, as comunicações de praxe.