

CONSULTA Nº 51/2019

PROCEDIMENTO IDEA nº 003.9.216668/2018

SUMÁRIO

1. Do objeto da consulta	01
2. Dos requisitos autorizadores da dispensa de licitação com fundamento do art. 24, XIII, da Lei Federal nº 8.666/93	02
3. Da abrangência da expressão desenvolvimento institucional	20
4. Do crime do artigo 89 da Lei federal nº 8666/93	26
5. Conclusão	53

1 – Do objeto da consulta

Trata-se de consulta formulada pelo Promotor de Justiça Tiago de Almeida Quadros, titular da 21ª Promotoria de Justiça de Feira de Santana.

O órgão de execução formulou consulta ao CAOPAM com o objetivo de colher orientação doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação do instituto de dispensa de licitação para serviços de publicações em diário oficial, no âmbito do município de Feira de Santana. O órgão de execução submeteu ao CAOPAM as seguintes indagações, que cingem os limites da presente consulta:

Cumprimentando-o cordialmente, colho do presente para realizar consulta acerca de melhor posicionamento jurisprudencial e doutrinário sobre a matéria, encaminhando para tanto cópia do pronunciamento interno nº 26/2019, da Portaria nº 96/2017, bem como decisão do TCM, ofício nº 074/2018-PGJ/CAP e ofício nº 450/2019-AJ.

Com o propósito de fornecer os subsídios solicitados e respeitada a independência funcional do órgão de execução, o **CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE PROTEÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA – CAOPAM**, com amparo no art. 17, da Resolução nº 006/2009, do Colégio de Procuradores de Justiça, bem como no art. 3º, V, IX, XIII do Ato Normativo nº 027/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça, apresenta a seguinte análise técnico-jurídica.

2 – Dos requisitos autorizadores da dispensa de licitação com fundamento no art. 24, XIII, da Lei Federal nº 8.666/93

A Constituição Federal estabeleceu no art.37, XVI, como regra geral, a obrigatoriedade de licitar. Vejamos:

ART. 37. (...)

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As ressalvas à obrigação de licitar, enunciadas genericamente na Carta Federal, encontram-se taxativamente previstas na legislação ordinária. No que toca à presente consulta, a situação invocada para a dispensa de licitação realizada pelo Município de Feira de Santana refere-se à previsão normativa contida no art. 23, XIII, da Lei Federal nº 8.666/93 e replicada no art. 59, XII, da Lei Estadual nº 9.433/03. O primeiro dos aludidos preceitos legais estabelece o seguinte:

Art.24. É dispensável a licitação:

(...)

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

Por seu turno, a Lei Estadual nº 9.433/05 regulamentou o tema nos mesmos abaixo:

Art. 59. É dispensável a licitação:

(...)

XII – na contratação de instituição brasileira, que detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, desde que presente a relação entre o objeto do contrato e a finalidade precípua da instituição, inadmitido o trespasse da execução do objeto contratual a terceiros.

Pois bem: conforme asseverado anteriormente, as hipóteses de dispensa de licitação estão previamente estabelecidas em lei. Veja-se, nesse sentido, a lição de FLÁVIO AMARAL GARCIA¹:

O art. 24 da lei arrola taxativamente diversas situações de dispensa de licitação, razão pela qual não se pode cogitar de outra hipótese que não esteja

¹ *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas. 5ª ed., São Paulo. Editora Malheiros.2018. p.304*

previamente tipificada na norma. Como exceção à regra de licitar, a interpretação deve ser precipuamente restritiva.

Para a contratação ser efetivada com base nessa norma, faz-se necessário observar alguns requisitos trazidos por FLÁVIO AMARAL GARCIA², conforme segue:

O art. 24, XIII, da Lei 8.666/1993 arrola três requisitos distintos para a contratação ser efetivada com base nessa norma.

O primeiro deles é que a instituição contratada tenha por finalidade prevista no seu regimento ou estatuto – pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou recuperação social dos presos. Ocorre que não basta que exista uma previsão genérica no estatuto ou no regimento. Deve existir um nexo entre o objeto da contratação e a especialização da entidade contratada, ou seja, um vínculo de pertinência entre o objeto da licitação e a *expertise* da entidade, que confira racionalidade e congruência à motivação decisória que afasta a licitação.

Correta, portanto, a orientação do TCU, que, por intermédio da Súmula 250, fixou o seguinte entendimento:

(...) a contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Em sentido idêntico, ensina JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO³:

Infelizmente, a aplicação desse permissivo de dispensa tem sido distorcida, em algumas ocasiões, por maus administradores públicos e falsas instituições, ensejando notória ofensa aos princípios da competitividade e da igualdade de oportunidades. Uma das formas de desvio reside na contratação de tais entidades para serviços ou compras que nenhuma relação têm com seus objetivos institucionais. Trata-se de inegável forma de favorecimento através da contratação direta. Entendemos, pois, que cabe à Administração verificar a presença do *vínculo de pertinência* (esta, não absoluta, mas ao

² *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2018, pp. 320/321.

³ *Manual de Direito Administrativo*, 26ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 256.

menos relativa) entre os objetivos da instituição e o objeto do contrato, ou seja, deve ser verificado se o estatuto da entidade permite realmente a execução do serviço ou o negócio de compra (é menos comum a hipótese de obras), ou se, ao contrário, o ajuste não será mero instrumento de dissimulação.

Nesse passo, colacionamos alguns julgados sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO PREPARO E DO PORTE DE REMESSA E RETORNO DE AUTOS – DESERÇÃO – Preparo e porte de remessa e retorno dos autos recolhidos em valor a menor por ocasião da interposição do recurso – Intimação dos corréus para complementação dos valores devidos (CPC/2015, art. 1.007, § 2º) – Inércia dos corréus – Deserção reconhecida – Recurso dos corréus IBC e LEONEL não conhecido. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO – PLANEJAMENTO E REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – AUSÊNCIA DA PRESENÇA DE TODOS OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 24, XIII, DA LEI DE LICITAÇÕES – LESÃO AO ERÁRIO – Conforme se depreende dos autos, restou patente a ocorrência de dispensa ilegal de licitação, diante da ausência de todos os requisitos previstos no art. 24, XIII, da Lei de Licitações, burlando a obrigatoriedade de licitar estatuída pelo art. 175 da Constituição Federal – Diretor do instituto contratado que figurava como réu em outra ação civil pública por ato de improbidade administrativa, afora o ajuizamento de ação popular contra o próprio instituto – Falta de nexo entre o objeto contratado e a finalidade específica do instituto contratado – Afronta aos princípios do art. 37 da CF – Responsabilidade comprovada dos corréus para a prática dos atos de improbidade administrativa, e inegável dano ao erário, decorrente da indevida destinação dos valores das taxas de inscrição como remuneração do instituto corréu pelos serviços prestados – Inexistência de responsabilidade do corréu assessor jurídico, pois se limitou a emitir parecer jurídico de caráter não vinculativo, meramente opinativo, a despeito de obrigatório – Precedente do C. STF – Descabimento do pedido de condenação dos corréus à perda de função pública, uma vez que não mais exercem as funções referentes aos atos de improbidade administrativa ora apurados – Precedentes do C. STJ e

desta Corte – Manutenção das demais sanções impostas aos corréus – Apuração do montante a ser ressarcido pelos corréus em liquidação, limitado à eventual diferença havida entre quantia indevidamente recebida das taxas de inscrição, e a que foi restituída aos candidatos, em razão do cancelamento do concurso público, considerando o depósito judicial efetuado pelos corréus IBC e LEONEL – Recursos do autor Ministério Público e dos corréus TSUOSHI JOSÉ e LUIZ CARLOS, desprovidos. Recurso dos corréus IBC e LEONEL, não conhecido.

(TJSP, Apelação Cível 0002197-40.2014.8.26.0582; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de São Miguel Arcanjo - Vara Única; Data do Julgamento: 21/01/2019; Data de Registro: 21/01/2019)

(sublinhamos)

APELAÇÃO CÍVEL. Ação Civil Pública. Município de Campinas. Contratação direta de empresa, com dispensa de licitação, para execução de convênio firmado entre o Município e a União (Ministério do Trabalho e Emprego) objetivando qualificar beneficiários do 'Bolsa-Família' para recolocação no mercado de 930 pessoas cadastradas no CPTA em situação de vulnerabilidade econômica e social. Sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido. Reforma. 1. Violação aos primados da moralidade e legalidade previstos no artigo 37, 'caput', da Lei Maior c.c. art. 11, caput da Lei nº 8.429/92. Conjunto probatório farto em demonstrar que os serviços contratados não foram prestados, com fraudes praticadas no decorrer da vigência do contrato firmado, além da ilegalidade da dispensa do procedimento de licitação. Agentes públicos que contribuíram para a apresentação e contratação da empresa ao argumento da configuração da 'inquestionável reputação ético-profissional'. Reputação esta que se demonstrou questionável. Dano ao erário configurado e ressarcido em ação própria proposta pelo Município de Campinas contra a OSCIP OXIGÊNIO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E SOCIAIS. 2. Conduta inapropriada de servidores responsáveis pela fiscalização do contrato e pagamento, no mínimo. Ciência do descumprimento contratual e mantiveram o pagamento que totalizou o valor de R\$ 734.700,00. 3. Artigo 24, XIII, da Lei

n.º 8.666/93. O e. Tribunal de Contas da União já decidiu no Acórdão TCU nº 994/2006 – Plenário: '(...) extrai-se o entendimento de que o referido dispositivo [art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93] não se presta a amparar contratações de instituições de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional tão-somente em razão dessa natureza específica. O objeto que se pretende contratar deve manter estreito vínculo com ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional. De outra forma, seria a permissão para que essas instituições atuassem no mercado de prestação de serviços, dentro do que deveria ser a mais absoluta lógica das relações econômicas, com o privilégio de não precisarem submeter-se à concorrência com outros prestadores de serviço, igualmente capacitados.' Sentença reformada para julgar o pedido procedente. 4. Dado provimento ao recurso do Ministério Público.

(TJSP, Apelação Cível 1047357-49.2016.8.26.0114; Relator (a): Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 18/02/2019; Data de Registro: 18/02/2019)

(sublinhamos)

DIREITO ADMINISTRATIVO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA - AÇÃO POPULAR - QUESTIONAMENTO SOBRE CONTRATAÇÃO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO - ESTADO DE MINAS GERAIS E FUNDAÇÃO IPEAD - CONSULTORIA TÉCNICA ESPECIALIZADA NAS ÁREAS DE FINANÇAS PÚBLICAS, DE GESTÃO ORGANIZACIONAL E DE RECURSOS HUMANOS E DE GESTÃO FINANCEIRA E TRIBUTÁRIA - ARTIGO 24, INCISO XIII, DA LEI 8.666/93 - APARENTE ENQUADRAMENTO - FUMAÇA DO BOM DIREITO - AUSÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. - O artigo 24, inciso XIII, da lei 8.666/93, ampara a realização de contratação, sem licitação, de instituições de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, quando o objeto que se pretende contratar tem vínculo direto com tais atividades e a contratada preste, efetivamente, alguma delas. No caso, não se verifica, em sede de cognição sumária, situação que impeça o enquadramento do contrato de consultoria técnica especializada, firmado entre o Estado de Minas Gerais e a Fundação IPEAD,

no referido dispositivo legal. Isso porque a fundação contratada se dedica à pesquisa, ao ensino e ao desenvolvimento institucional e tem conhecimento especializado nas áreas de economia, administração e contabilidade, ao passo que o objeto da avença consiste no serviço de consultoria nas áreas de Finanças Públicas, de Gestão Organizacional e de Recursos Humanos e de Gestão Financeira e Tributária, buscando o aumento da receita, a contenção de despesas, a melhoria da qualidade do gasto, dentre outras medidas. Portanto, ausente a fumaça do bom direito, o indeferimento do pedido de tutela antecipada é medida que se impõe.

(TJ-MG - AI: 1000160853867001 MG, Relator: Moreira Diniz, Data de Julgamento: 18/05/2017, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/05/2017)

(sublinhamos)

Em sentido idêntico, seguem os julgados do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

RECURSO ORDINÁRIO. PREFEITURA MUNICIPAL. ADMISSIBILIDADE. PRELIMINARES DE NULIDADE PROCESSUAL E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADAS. PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E CONTRATOS FORMALIZADOS COM INOBSERVÂNCIA DE DISPOSITIVOS DA LEI N. 8.666/93. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA COM FULCRO NO ART. 24, XIII, LEI N. 8.666/93. NÃO CONFIGURAÇÃO COMO DISPENSA DE LICITAÇÃO. REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA APLICADA. PROVIMENTO PARCIAL. 1. O Tribunal de Contas, no exercício do seu poder-dever de controle da administração constitucionalmente estabelecido, tem competência para imputar multa a gestor público sujeito à sua jurisdição. 2. Não basta que a instituição contratada pela Administração por meio de dispensa de licitação preencha os requisitos do art. 24, inciso XIII, ou seja, ser brasileira, não possuir fins lucrativos, deter inquestionável reputação ético-profissional e ter como objetivo estatutário ou regimental a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional. Há de observar também que o objeto do correspondente contrato guarde estreita correlação com o ensino,

a pesquisa ou o desenvolvimento institucional além de deter reputação ético-profissional na específica área para a qual está sendo contratada Decisão TCU n. 908/1999 Plenário.3. Em virtude das normas aplicáveis, obriga-se o Tribunal, em cada caso, antes de definir o valor da sanção, a sopesar o ato praticado, pautando-se nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, verificando a natureza e levando em conta que a sanção deve ser necessária, adequada e proporcional à gravidade da irregularidade cometida.

(TCEMG – NUMERO 1013219 – RECURSO ORDINARIO. CONS. SEBASTIAO HELVECIO – PUBLICAÇÃO 11/10/2017).

(sublinhamos)

RECURSO ORDINÁRIO. PREFEITURA MUNICIPAL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO DE PESQUISA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ROTINEIROS. IRREGULARIDADE. DESPESAS SEM AMPARO DE CAIXA NOS DOIS ÚLTIMOS QUADRIMESTRES. OFENSA AO ART. 42 DA LRF. IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA QUE NÃO ATENDEU AOS REQUISITOS PARA HABILITAÇÃO CONTIDOS NO EDITAL. INEXIGIBILIDADE NA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS EXIGE A EXCLUSIVIDADE DO EMPRESÁRIO. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. 1. A IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL, MANTIDA APÓS A CONCESSÃO DE PRAZO PARA SUA REGULARIZAÇÃO, LEVA AO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO EM RELAÇÃO AOS INTERESSADOS QUE NÃO JUNTARAM AOS AUTOS A PROCURAÇÃO COMPETENTE. 2. A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO, COM FUNDAMENTO NO ART. 24, INCISO XIII, DA LEI DE LICITAÇÕES, SOMENTE É ADMITIDA NA HIPÓTESE EM QUE SEJA CONSTATADO NEXO EFETIVO ENTRE A NATUREZA DA INSTITUIÇÃO DE PESQUISA E O OBJETO DO CONTRATO, ALÉM DA COMPROVAÇÃO DE COMPATIBILIDADE COM PREÇOS DE MERCADO. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE AUDITORIA, INFORMÁTICA E ASSESSORIA TÉCNICO-CONTÁBIL POR INSTITUIÇÃO DE PESQUISA LEVA À IRREGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO. 3. O EMPENHO DE DESPESAS DECORRENTES DE OBRIGAÇÕES CONTRAÍDAS NOS DOIS ÚLTIMOS QUADRIMESTRES DO MANDATO DO GESTOR, PARA SEREM PAGAS, TOTAL OU PARCIALMENTE, NO EXERCÍCIO FINANCEIRO

SEGUINTE, SEM O AMPARO DE CAIXA PARA CUSTEÁ-LAS NO EXERCÍCIO EM QUE FOI CONTRAÍDA, É IRREGULAR POR OFENDER O ART. 42 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. 4. A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA QUE NÃO APRESENTOU TODOS OS DOCUMENTOS PREVISTOS PARA A HABILITAÇÃO EM EDITAL DE LICITAÇÃO É IRREGULAR, POR AFRONTAR À LEI DE LICITAÇÕES E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 5. A CONTRATAÇÃO DIRETA DE ARTISTAS CONSAGRADOS, POR MEIO DE PROCESSOS DE INEXIGIBILIDADE PREVISTA NO INCISO III DO ART. 25 DA LEI N. 8.666/1993, SOMENTE É REGULAR MEDIANTE A APRESENTAÇÃO DE CÓPIA DO CONTRATO DE EXCLUSIVIDADE DOS ARTISTAS COM O EMPRESÁRIO CONTRATADO, REGISTRADO EM CARTÓRIO E SUA PUBLICAÇÃO NO ÓRGÃO OFICIAL DE IMPRENSA, NO PRAZO DE CINCO DIAS.

(TCE-MG - RO: 969403, Relator: CONS. WANDERLEY ÁVILA, Data de Julgamento: 14/12/2016, Data de Publicação: 17/10/2017)

(sublinhamos).

O próximo requisito legal refere-se ao fato de que a empresa contratada deverá comprovar, através de documentos, que possui inquestionável reputação ético-profissional. No campo doutrinário, é elucidativo o ensinamento de FLÁVIO AMARAL GARCIA⁴:

O segundo requisito previsto na norma é que o contratado detenha inquestionável reputação ético-profissional. Na lição de Marçal Justen Filho, deve ser inquestionável a capacitação para o desempenho da atividade objetiva. Exigem-se as virtudes éticas relacionadas direta e necessariamente com o perfeito cumprimento do contrato. Caberá ao autorizador ou ordenador de despesas reconhecer a notoriedade da instituição contratada (assumindo os riscos daí decorrentes), o que deve ser feito, preferencialmente, por meio de prova documental e elementos consistentes que apontem nessa direção.

Nesse sentido, colacionamos alguns julgados abordando o assunto:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. DISPENSA DE LICITAÇÃO INDEVIDA.

⁴ *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas. 5ª ed., São Paulo. Editora Malheiros. 2018. p.321*

CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE PESQUISA. NULIDADE DECRETADA. DANO IN RE IPSA. PRESSUPOSTO DA AÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CABIMENTO. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA.

I - Na origem foi ajuizada ação popular com o objetivo de obter a nulidade de contrato firmado entre a Fecomércio e o Distrito Federal para realização de pesquisa, com dispensa de licitação. II - Reformando a decisão monocrática de improcedência do pedido, o acórdão recorrido reconheceu a ilegalidade na dispensa da licitação, anulando o referido contrato e determinando o ressarcimento de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) - valor contratado -, aos cofres públicos. No STJ não se conheceu do recurso especial.

III - Esta Corte somente pode conhecer da matéria objeto de julgamento no Tribunal de origem. Ausente o prequestionamento da matéria alegadamente violada, não é possível o conhecimento do recurso especial. Nesse sentido, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ : "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo"; e, por analogia, os enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

IV - As alegações de violação indicadas pela parte recorrente no recurso especial demandam a reanálise do conjunto fático-probatório dos autos.

V - A Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração o contexto fático-probatório dos autos. No caso, a Corte de origem concluiu que não haveria prova nos autos da reputação ética profissional do Instituto Fecomércio para o enquadramento na dispensa de licitação, conforme se percebe do seguinte trecho do acórdão: "O administrador deve pautar-se por parâmetros mínimos para qualificar a entidade de inquestionável reputação ético-profissional, comprovada a qualificação por declarações, atestados e outros documentos que comprovem a qualidade dos serviços a ser contratado, conforme parecer da Procuradoria do Distrito Federal (fls. 62/8). Não há provas da reputação ética profissional do Instituto Fecomercio de Pesquisa e Desenvolvimento - IFPD. O parecer técnico da secretaria limitou-se a informar que o instituto "atende

às exigências para dispensa de licitação" (f. 110). Inexiste, portanto, prova da reputação ético-profissional da entidade contratada (art. 24, XIII, parte final, da Lei nº 8666/93).

Em tomada de contas especial nº 003.097/2001 - TCU (fls. 466/534), a contratada não provou o requisito de inquestionável reputação ético-profissional para dispensa de licitação".

VI - Assim, para se chegar à conclusão diversa seria necessário o reexame fático-probatório dos autos, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

VII - Relativamente à alegação de violação do art. 59 da Lei n. 8.666/93, com fundamento na inexistência do dever de devolver o valor recebido pela prestação do serviço, a Corte de origem considerou, não a obrigação de devolução, mas sim a de ressarcir a administração pelo dano decorrente, no caso, da dispensa irregular de licitação. Eis o trecho do acórdão: "O Instituto Fecomercio de Pesquisa e Desenvolvimento, ciente da falta de notória especialização para o serviço contratado, celebrou contrato, com dispensa de licitação (art. 24, XIII, L. 8.666/93). E, ainda que tenha prestado o serviço, é responsável pelos prejuízos decorrentes do ato lesivo - dispensa irregular de licitação. E não fez o recolhimento dos encargos previdenciais decorrentes da execução do contrato, de acordo com a cláusula 5.2 (f. 21) e o art. 71 da L. Nº 8.666/1993. Procedente a ação popular, decretado anulado contrato, por dispensa irregular de licitação, os responsáveis pela sua prática devem ressarcir o dano ao erário (art. 11 da L. 4.717/65).

VIII - Assim, quanto à alegação de inexistência de lesão ao erário, o acórdão objeto do recurso especial está em consonância com a jurisprudência do STF e do STJ, segundo a qual para o cabimento da ação popular é suficiente a ilegalidade do ato administrativo, independentemente da existência de prejuízo. Nesse sentido: RE 170768, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1999, DJ 13-08-1999 PP-00016 EMENT VOL-01958-03 PP-00445.

IX - Tal entendimento não difere do ratificado na jurisprudência desta Corte. Segundo a jurisprudência do STJ, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano in re ipsa), consubstanciado na

impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta. Nesse sentido: REsp 1.685.214/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017; RMS 54.262/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/9/2017, DJe 13/9/2017.

X - Ainda que assim não fosse, o dissídio jurisprudencial viabilizador do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional não foi demonstrado nos moldes legais, pois além da ausência do cotejo analítico e de não ter apontado qual dispositivo legal recebeu tratamento diverso na jurisprudência pátria, não ficou evidenciada a similitude fática e jurídica entre os casos colacionados que teriam recebido interpretação divergente pela jurisprudência pátria.

XI - Para a caracterização da divergência, nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, sendo insuficiente, para tanto, a simples transcrição de ementas, como no caso. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.235.867/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp 1.109.608/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018; REsp 1.717.512/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 23/5/2018.

XII - Portanto, como no casos dos autos não se trata de devolução de valores cobrados em razão da prestação do serviço, mas de dever de indenizar pela dispensa indevida de licitação, faltam aos precedentes, trazidos como divergência jurisprudencial, a necessária similitude fática. Assim, fica inviabilizada a comprovação da alegação de divergência jurisprudencial.

XIII - Agravo interno improvido.

(STJ, AgInt no AREsp 1014527/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 15/04/2019)

(sublinhamos)

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO DE IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DIRETA - DISPENSA DE LICITAÇÃO - ARTIGO 24, XIII, DA LEI N. 8.666/93 - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÁBEIS AO MUNICÍPIO DE SENHORA DOS REMÉDIOS - DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DA CONTRATANTE - PERTINÊNCIA COM O OBJETO SOCIAL DA CONTRATADA - INSTITUIÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS - LUCRATIVIDADE FRAUDULENTE NÃO COMPROVADA - IRREGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO NÃO CONSTATADA NO ESPECÍFICO CASO DOS AUTOS - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA CONFIRMADA NA REMESSA NECESSÁRIA. - Nos termos do artigo 37, XXI, da CR/88, ressalvados os casos especificados na legislação própria, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes - No caso de dispensa de licitação prevista no art. 24, da Lei nº 8.666/93, caso vislumbrado o preenchimento dos requisitos, o administrador, exercendo a apreciação discricionária no âmbito de sua competência administrativa, tem a faculdade de deixar de promover o procedimento licitatório, ainda que exista a possibilidade de competição capaz, em tese, de justificar a realização do certame - Na hipótese discriminada no artigo 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, a contratação direta mediante dispensa de licitação exige que a instituição não tenha fins lucrativos, ostente reputação ético-profissional inquestionável, bem como esteja incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional - Patenteada a coerência entre os fins institucionais colimados pela contratada em seu Estatuto Social e o objeto contratual - gestão do sistema contábil da Câmara Legislativa de Senhora dos Remédios -, o qual, indubitavelmente, colaborou para o desenvolvimento institucional do ente contratante e, ademais, não se desincumbindo o autor ministerial de ônus de descaracterizar concretamente a ausência de fins lucrativos da instituição contratada, não se pode concluir pela irregularidade da contratação mediante dispensa de licitação - Sentença confirmada na remessa necessária.

(TJ-MG - Remessa Necessária-Cv: 10056092155755003 MG, Relator: Corrêa Junior, Data de Julgamento: 16/07/2019, Data de Publicação: 26/07/2019)

(sublinhamos)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Cometimento de atos de improbidade administrativa, consistente na contratação direta por dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso XIII, da lei 8.666/93 de empresa brasileira voltada ao desenvolvimento do ensino e sem fins lucrativos – No entanto, faltou um dos requisitos para configurar a dispensa tal como dispõe o referido dispositivo legal que é a reputação ético-profissional, pois havia somente seis meses que a empresa havia sido constituída – Também houve no contrato o fornecimento de mesas de computadores e computadores o que descaracterizou o "intuito personae" da empresa – Ilegalidade realmente ocorrida na dispensa de licitação – No entanto, não se verificou a ocorrência de dolo, má-fé, de proveito econômico por parte do então prefeito, ou por parte da empresa contratada, bem como, posteriormente, por meio de perícia técnica, verificou-se que também não houve superfaturamento no contrato realizado, tanto que não houve condenação no ressarcimento integral do dano – Diante destes relevantes fatos, aplica-se ao presente caso, os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, para reduzir a multa civil aplicada ao então prefeito e à empresa contratada, em duas vezes o valor da remuneração do então prefeito na época dos fatos – Sentença reformada em parte – Recurso parcialmente provido.

(TJSP, Apelação Cível 0000864-62.2005.8.26.0584; Relator (a): Antonio Carlos Malheiros; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de São Pedro - 1ª Vara; Data do Julgamento: 13/08/2019; Data de Registro: 15/08/2019)

(sublinhamos)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES. AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE. REJEIÇÃO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 24, XIII DA LEI 8666/93. CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO DE PESQUISA, ENSINO OU DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL. PROVA DE QUE OS SERVIÇOS CONTRATADOS FORAM REALIZADOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE OS PREÇOS OFERTADOS PELOS PRESTADORES DE SERVIÇOS ESTÃO ALÉM DOS PRATICADOS NO MERCADO. INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO A FAVORECIMENTO EM BENEFÍCIO DE AGENTES PÚBLICOS OU TERCEIROS. NÃO OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

NECESSIDADE DE DOLO ESPECÍFICO. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA INALTERADA. - Tendo o Ministério Público, nas razões recursais, ofertado impugnação aos fundamentos adotados na decisão recorrida, incorre ofensa ao princípio da dialeticidade, devendo ser conhecido o recurso. - A configuração de atos que redundam em improbidade administrativa não prescinde da declaração de prática de condutas ímprobas e prova do dolo do agente e do dano ao erário. - Nos termos do que prescreve o art. 24, XIII da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) é dispensável a licitação na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos. - Diferentemente das hipóteses previstas para inexigibilidade de licitação, nas quais é necessário verificar a inviabilidade de competição, na dispensa de licitação a lei prescreve alguma particularidade que torna a licitação dispensável, razão pela qual desprovido de sentido a alegação de que não demonstrado nos autos que o serviço contratado poderia ter sido realizado por outra entidade.

(TJ-MG - AC: 10476130016530002 MG, Relator: Moacyr Lobato, Data de Julgamento: 16/03/2017, Câmaras Cíveis / 5ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 28/03/2017)

(sublinhamos)

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul:

DELIBERAÇÃO AC02 - 1370/2018 PROCESSO TC/MS :TC/10555/2017 PROTOCOLO : 1818728 TIPO DE PROCESSO :INEXIGIBILIDADE / DISPENSA E CONTRATO ADMINISTRATIVO ÓRGÃO :PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAQUIRAI JURISDICIONADO : RICARDO FAVARO NETO INTERESSADO : CENTRO DE INTEGRAÇÃO EMPRESA-ESCOLA - CIEE VALOR : R\$ 615.760,20 RELATOR : CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO EMENTA: DISPENSA DE LICITAÇÃO – OPERACIONALIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE ESTÁGIO DE

ESTUDANTES – CONTRATO ADMINISTRATIVO – FORMALIZAÇÃO – PRESCRIÇÕES LEGAIS E REGULAMENTARES – OBSERVÂNCIA – REGULARIDADE. De acordo com previsão legal, é dispensável a licitação na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos, hipótese comprovada nos autos segundo documentação constante. O procedimento de contratação direta, por dispensa de licitação, é regular quando os documentos encaminhados demonstram que foi realizado conforme hipótese prevista em lei. A formalização do contrato é regular por atender às normas preconizadas na Lei de Licitações, uma vez que estabelece as condições para a sua execução e define direitos, obrigações e responsabilidades das partes.

(sublinhamos)

Por último, o terceiro requisito diz respeito à finalidade não lucrativa da instituição contratada. Sobre o tema, leciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO⁵:

Pode a Administração dispensar a licitação quando quiser contratar instituição brasileira que tenha o objetivo estatutário de pesquisa, ensino, ou desenvolvimento institucional, ou que exerça atividade de recuperação social do preso (art.24, XIII). Para evitar quaisquer abusos, exige a lei que a instituição não tenha fins lucrativos, demonstrando que seu objetivo tem caráter social, e não econômico. Por outro lado, deve a instituição ser detentora de indubitável reputação ético-profissional, para que a contratação atinja realmente os fins desejados pela Administração.

Nas precisas lições de MATHEUS CARVALHO⁶

Trata-se de dispensa com cunho social, com finalidade de fomentar a criação e de garantir a subsistência dessas entidades. É importante ressaltar a

⁵ *Manual de Direito Administrativo*, 26ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2013, p. 255.

⁶ *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2017, p. 504.

inexistência de fins lucrativos pelo particular contratado.

Destaque-se que os tribunais estaduais possuem semelhante entendimento:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. FINALIDADE LUCRATIVA. IRREGULARIDADE CONSTATADA.
Segundo o artigo 24, XIII da Lei nº 8.666/93, é dispensável a licitação para a contratação de instituição incumbida "da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional", desde que a contratada "não tenha fins lucrativos". Hipótese em que a contratação direta de Instituto, que compunha um arquitetado esquema de distribuição disfarçada de lucros, com o fim de permitir contratações fraudulentas mediante dispensa indevida de licitação, constitui ato de improbidade tipificado no artigo 10, VIII c/c 11, I da Lei nº 8.492/92. Recursos de apelação conhecidos e desprovidos.
(TJMG - Apelação Cível 1.0134.09.121068-9/002, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/10/2018, publicação da súmula em 31/10/2018)
(sublinhamos)

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO POPULAR - IMPROCEDÊNCIA - DISPENSA DE LICITAÇÃO - LEGALIDADE - INEXECUÇÃO DO CONTRATO - INEXISTÊNCIA - CONDIÇÃO TÉCNICAS - EXCELÊNCIA DO TRABALHO A ORIENTAR A ADMINISTRAÇÃO. A dispensa de licitação baseada no art. 24, XIII da Lei Federal 8.666/93 tem sustentação no fato da contratação ser produzida a instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos, inexistindo a ausência de aptidão técnica para os complexos serviços buscados e que foram realizados de forma escoreita, gerando os resultados derivados da própria contratação. As considerações sobre a inviabilidade técnica de cumprimento do contrato só admitiria discussão, acaso o objeto final da contratação não se revelasse tecnicamente escoreito, porque não seria condição para a dispensa, ficando patente a aptidão da

Fundação em questão para a execução do objeto contratado, pela só excelência dos serviços prestados e de sua conformação com as diretrizes e condições impostas pela Lei Federal 10.257/01 que regulamenta as diretrizes básicas da política urbana na elaboração do Plano Diretor do Município. Confirmar a sentença no reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário.

(TJMG- Ap Cível/Reex Necessário 1.0313.10.015649-3/004, Relator(a): Des.(a) Judimar Biber , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/08/2016, publicação da súmula em 23/08/2016)

(sublinhamos)

APELAÇÃO. Ação civil pública por atos de improbidade administrativa. Contrato firmado com dispensa de licitação. Sentença que julga parcialmente procedente a ação. Reforma. Incompetência da Justiça Estadual. Inocorrência. Dispensa de licitação. Ilegalidade. Corréu ITEAI que não preenchia os requisitos legais do art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, não sendo "instituição", não possuindo inquestionável reputação ético-profissional e não sendo entidade sem fins lucrativos. ITEAI que era empresa comum, utilizada maliciosamente para angariar recursos de entes públicos, de forma ilegal. Sobrepreço cobrado que demonstra a existência de fins lucrativos. Corré Adriana, no entanto, que não deve ser responsabilizada. Parecer jurídico emitido pela advogada que é opinativo, não vinculando e nem se incorporando ao ato administrativo. Precedente do STF. Ausência de procedimento formal de dispensa, de acordo com o art. 26, da Lei n.º 8.666/93. Ilegalidade. Laudo pericial contábil que demonstrou a existência de superfaturamento no contrato, cujo preço estava ao menos oitenta mil reais acima do mercado. Produto fornecido pela corré ITEAI que se tratava de apenas um software, com 170 aulas ou exercícios – e não 170 softwares, como veiculado. Enriquecimento ilícito e lesão ao erário, no entanto, que não ocorreram, uma vez que houve pagamento a menor do valor estimado no contrato e foram entregues todos os equipamentos. Conduta dos corréus Antonio, ITEAI e Helder que incorreu no art. 11, I, da Lei nº 8.429/92, consubstanciando atos de improbidade administrativa que atentaram contra os princípios da administração pública, notadamente com a prática de ato visando fim proibido em lei. Ausentes o enriquecimento ilícito e a lesão ao

erário, é o caso de afastar a indenização pelos danos causados. Sanções na proibição de contratar com o Poder Público que devem ser diminuídas para três anos, de acordo com o art. 12, III, da Lei n.º 8.429/92, mantidas as demais condenações. Sentença reformada. Apelação do autor desprovida. Apelação dos réus parcialmente provida.

(TJSP, Apelação Cível 0006748-20.2008.8.26.0438; Relator (a): Marcelo Semer; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Penápolis - 4ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 05/08/2019; Data de Registro: 06/08/2019)

(sublinhamos)

3 – Da abrangência da expressão “desenvolvimento institucional”

Pela relevância que guarda relativamente ao objeto da presente consulta, é conveniente examinar com maior profundidade o primeiro dos requisitos legitimadores da contratação fundamentada no art. 24, XIII, qual seja, o nexó entre a missão do instituto e o objeto do contrato.

No caso sob apreciação, a entidade contratada valeu-se da previsão estatutária de “desenvolvimento institucional”. É conveniente, portanto, angariar parâmetros para delinear o conteúdo normativo dessa expressão.

Nesse ponto, embora a Lei Federal nº 8.666/93 não traga esclarecimento textual a respeito, pode-se buscar amparo sistêmico no art. 1º, § 3º, da Lei Federal nº 8.958/94:

Art. 1º (...)

(...)

§ 3º É vedado o enquadramento no conceito de desenvolvimento institucional, quando financiadas com recursos repassados pelas IFES e demais ICTs às fundações de apoio, de:

I – atividades como manutenção predial ou infraestrutural, conservação,

limpeza, vigilância, reparos, copeiragem, recepção, secretariado, serviços administrativos na área de informática, gráficos, reprográficos e de telefonia e demais atividades administrativas de rotina, bem como as respectivas expansões vegetativas, inclusive por meio do aumento no número total de pessoal;

II – outras tarefas que não estejam objetivamente definidas no Plano de Desenvolvimento Institucional da instituição apoiada.

(sublinhamos)

Assim, note-se que a expressão “desenvolvimento institucional” deverá ser interpretada de forma restritiva, de modo que não englobar a execução de atividades administrativas afetas ao funcionamento normal e necessário da máquina pública, como é o caso da publicação de atos oficiais e da manutenção de um diário oficial físico ou eletrônico.

Veja-se, ainda, a lição de FLÁVIO AMARAL GARCIA⁷:

Sobre o alcance da expressão “desenvolvimento institucional” o TCU já assentou: a Jurisprudência desta Corte tem decidido reiteradamente que a contratação com base no inciso XIII do art. 24 depende não apenas de a entidade contratada preencher outros requisitos exigidos na lei, mas também de haver estreita correlação entre o objeto contratado e atividades de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional. Como a dispensa é a exceção à regra geral da licitação, ambas previstas na Constituição, entendo que o conceito de “desenvolvimento institucional” deve receber interpretação restritiva, vez que as exceções, segundo as normas básicas de hermenêuticas, interpretam restritivamente. Assim, não deve o referido termo ser entendido como qualquer atividade que promova a melhoria no desempenho das organizações, sob pena de inconstitucionalidade de interpretação em sentido contrário. Nesse sentido, a interpretação mais aceitável, que se tem consolidado neste Tribunal, esta associada a “alguma forma de ação social que sido constitucionalmente especificada como de interesse do Estado”.

⁷ *Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2018, p.321.

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais concluiu que:

DIREITO ADMINISTRATIVO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONDENAÇÃO - CONDOTA INDIVIDUALIZADA DE CADA AGENTE PÚBLICO - QUESTIONAMENTO SOBRE O ATO PRATICADO PELA PRESIDENTE DA JUCEMG - HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - INOCORRÊNCIA - PRELIMINAR REJEITADA - CONTRATAÇÃO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO - ARTIGO 24, INCISO XIII, DA LEI 8.666/93 - NÃO ENQUADRAMENTO - PARECER JURÍDICO CONTRÁRIO À DISPENSA - EXONERAÇÃO DO PROCURADOR CHEFE - NOVO PARECER FAVORÁVEL À CONTRATAÇÃO DIRETA - ELEMENTO SUBJETIVO DO AGENTE - PRESENÇA - PAGAMENTO PARCIAL - NATUREZA DO SERVIÇO - SUCESSIVAS PRESTAÇÕES - CUMPRIMENTO DE ATIVIDADES INSUFICIENTES PARA ATENDER À FINALIDADE ALMEJADA - PREJUÍZO AO ERÁRIO - ATO ÍMPROBO PREVISTO NO ARTIGO 10, INCISO VIII, DA LEI 8.429/92 - CONFIGURAÇÃO - TERCEIRO BENEFICIADO PELO ATO - ARTIGO 3º. DA LEI 8.429/92 - RESPONSABILIZAÇÃO - PENALIDADES - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - OBSERVÂNCIA - RECURSOS DESPROVIDOS.

- Na ação de improbidade administrativa apura-se a conduta de cada agente público, ou seja, o fundamento da ação não é único e indivisível e a responsabilidade é individualizada. Portanto, no caso em exame, em que se imputa à Presidente da JUCEMG a prática de ato ímprobo, consistente na dispensa indevida de processo licitatório para firmar um contrato de prestação de serviço, não há como falar em litisconsórcio passivo necessário com outros agentes públicos que teriam participado do procedimento administrativo que justificou a dispensa.

- Constatado que, antes do contrato firmado entre a JUCEMG e a Fundação Renato Azeredo, envolvendo a prestação de serviços técnicos especializados em consultoria administrativa, houve dispensa indevida do procedimento licitatório, em razão do não preenchimento dos requisitos previstos no artigo 24, inciso XIII, da lei 8.666/93, e comprovados a presença do elemento subjetivo do agente público responsável pela contratação e a ocorrência de prejuízo ao erário, resta configurado o ato de improbidade previsto no artigo

10, inciso VIII, da lei 8.666/93.

- O artigo 24, inciso XIII, da lei 8.666/93, não ampara contratações de instituições de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional apenas em razão da consagração dessa natureza no estatuto, sendo necessário que o objeto que se pretende contratar tenha vínculo direto com tais atividades e que a contratada preste, efetivamente, alguma delas.

- No caso, não há como enquadrar o serviço contratado na expressão genérica "desenvolvimento institucional", porque a contratação se deu para a prestação de consultoria administrativa com ações voltadas à rotina administrativa da JUCEMG e à transferência de tecnologia e métodos já implementados e adotados.

- Para autorizar a contratação sem licitação, o artigo 24, XIII, da lei 8.666/93, é rígido, e exige que não haja questionamento sobre a reputação ética e profissional da instituição a ser contratada, de forma que a existência de inquéritos civis envolvendo investigações da legalidade de outros contratos firmados pela Fundação Renato Azeredo, bem como a não demonstração da existência de quadro próprio de funcionários com especialização para executar o serviço, fatos destacados no primeiro parecer da Procuradoria da JUCEMG, são motivos para a Administração se precaver, e não contratá-la sem licitação.

- A substituição do Procurador Chefe da autarquia logo após a emissão do parecer desfavorável à contratação direta, sem explicação plausível, somada ao encaminhamento da matéria para nova consulta jurídica depois da referida troca e à obtenção de parecer favorável, que sequer enfrentou todas as questões levantadas no parecer anterior, são fatos indicativos do elemento subjetivo da Presidente da JUCEMG ao firmar o contrato com a Fundação Renato Azeredo com dispensa indevida da licitação.

- Considerando o disposto no artigo 3º. da lei 8.429/92, estão presentes os (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.041467-5/014, Relator(a): Des.(a) Moreira Diniz , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/07/0016, publicação da súmula em 26/07/2016)

(sublinhamos)

Esse também é o entendimento esposado pelo Tribunal de Contas da União:

Alcance da expressão “desenvolvimento institucional”, prevista no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93. Entre as irregularidades identificadas nas contas da Universidade Federal do Ceará (UFC), relativas ao exercício de 2006, estava a dispensa de licitação efetivada com vistas à contratação de fundação de apoio para a prática de atos administrativos de competência exclusiva da universidade, que não se confundiam com atividades relacionadas a ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, científico e tecnológico da entidade contratante, pressuposto para a contratação direta fundada no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93. Em seu voto, observou o relator que o TCU, ciente da amplitude inadequadamente conferida pelas instituições federais de ensino superior (Ifes) à expressão “desenvolvimento institucional”, determinou ao Ministério da Educação, por meio do Acórdão n.º 2.731/2008-Plenário, que instituisse ato normativo regulamentando o relacionamento daquelas instituições com suas fundações de apoio, de modo a evitar contratações diretas envolvendo objetos que não se enquadrassem naquele conceito. Acolhendo proposição do relator, deliberou a Segunda Câmara no sentido de determinar à Universidade Federal do Ceará que “exija que as contratações relativas a projetos classificados como de desenvolvimento institucional impliquem produtos que resultem em melhorias mensuráveis da eficácia e eficiência no desempenho da universidade, com impacto evidente em sistemas de avaliação institucional do Ministério da Educação e em políticas públicas plurianuais de ensino superior com metas definidas, evitando enquadrar nesse conceito atividades tais como manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, aquisições e serviços na área de informática, expansões vegetativas ou de atividades de secretariado, serviços gráficos e reprográficos, telefonia, tarefas técnico-administrativas de rotina, como a realização de concursos vestibulares, e que, adicionalmente, não estejam objetivamente definidas no Plano de Desenvolvimento Institucional da universidade”, bem como “não transfira, para as fundações de apoio, recursos destinados à execução de obras ou serviços de engenharia, tendo em vista o não enquadramento desta atividade no conceito de desenvolvimento institucional, nos termos da jurisprudência firmada por este tribunal de contas”. TCU - Acórdão n.º 730/2010-2ª Câmara, TC-020.225/2007-5, rel. Min. Aroldo Cedraz, 02.03.2010.

(sublinhamos)

No mesmo sentido, a decisão abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. INSPEÇÃO ORDINÁRIA. MATÉRIA LICITATÓRIA. ADMISSIBILIDADE. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. EXAME NOS AUTOS PRINCIPAIS. INAPLICABILIDADE. MÉRITO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS ROTINEIROS. NÃO APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE ATO DE DESIGNAÇÃO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. PRORROGAÇÃO DE CONTRATO ULTRAPASSANDO A VIGÊNCIA DOS CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS. IRREGULARIDADES MANTIDAS. NEGADO PROVIMENTO.1) A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO NÃO SE APLICA NO RECURSO QUANDO JÁ TIVER SIDO DECIDIDA NOS AUTOS DO PROCESSO PRINCIPAL.2) É IRREGULAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO BASEADO NO DISPOSTO NO ART. 24, XIII, DA LEI N. 8.666/93, SE NÃO RESTAR DEVIDAMENTE COMPROVADO QUE A ATIVIDADE PRINCIPAL DA CONTRATADA É A PESQUISA, O ENSINO OU O DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL, BEM COMO SE OS SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS FOREM ROTINEIROS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.3) A FALTA DO ATO DE DESIGNAÇÃO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO É IRREGULAR, POR CONTRARIAR O DISPOSTO NO ART. 38, III DA LEI DE LICITAÇÕES.4) A PRORROGAÇÃO DE CONTRATO ULTRAPASSANDO A VIGÊNCIA DOS CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS CONTRARIA O DISPOSTO NO ART. 57, CAPUT DA LEI N. 8.666/93, SENDO CONSIDERADA IRREGULAR. (TCEMG – RECURSO ORDINÁRIO. NUMERO 951835. RELATOR; CONS JOSE ALVES VIANA. PUBLICAÇÃO 16/11/2016).

(sublinhamos)

Conforme dito anteriormente, o contrato celebrado entre o Fundo de Municipal de Saúde de Feira de Santana e o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Municipal, teve como objeto a de publicação de atos oficiais, e portanto, não guarda relação com as atividades de ensino, pesquisa e desenvolvimento, uma vez que se trata de mera gestão administrativa e, portanto, deverá ser precedida obrigatoriamente de licitação.

Ademais, a Administração ao afastar-se dos requisitos autorizadores da

dispensa de licitação, atuará em desvio de poder, uma vez que estará se valendo da competência cuja finalidade é a promoção de atividades de ensino e pesquisa para realizar serviços ordinários da rotina administrativa.

4 – Do crime do artigo 89 da Lei Federal nº 8666/93

A dispensa indevida de licitação pode dar ensejo à configuração do crime previsto no artigo 89 da Lei Federal nº 8.666/93, que estabelece:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Sobre o tema, encontramos posicionamentos divergentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, sobretudo relacionados à necessidade de demonstrar a ocorrência de lesão ao erário.

Na Corte Superior de Justiça o entendimento consolidado é no sentido de que, para a configuração desse crime, é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à Administração Pública. Nessa linha, os julgados abaixo:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL QUANTO AO ART. 89 DA LEI N 8.666/93. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. TESES JURÍDICAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. ILEGALIDADE

PATENTE. OCORRÊNCIA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÕES (ART. 89 DA LEI 8.666/93). DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, PORÉM COM CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 2. A Corte Especial deste Sodalício, no julgamento da Ação Penal originária n. 480/MG, acolheu, por maioria, a tese de que é exigível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo para que tipificado o crime previsto no artigo mencionado (art. 89 da Lei n. 8.666/1993). 3. Agravo regimental a que se nega provimento, mas com concessão de habeas corpus de ofício a fim de absolver o acusado pela prática do delito previsto no artigo 89 da Lei n. 8.666/93. (AgRg no AREsp n. 1.254.177/MG, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 22/6/2018) **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 89 DA LEI DE LICITAÇÕES. TIPICIDADE. EFETIVO PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE. ABSOLVIÇÃO. CABIMENTO. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, para a caracterização do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, se faz necessária a presença de dolo específico na conduta do agente, qual seja, de lesar o erário, bem como a efetiva ocorrência de prejuízo ao ente público. Tais condições constituem elementares do tipo penal, devendo estar presentes para fins de tipicidade da conduta. 2. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias operaram a condenação do acusado sob o entendimento de ser desnecessária a existência de efetivo prejuízo para a Administração Pública, conclusão que não se coaduna com a jurisprudência firmada neste Sodalício. 3. Diante da ausência de elemento indispensável para a caracterização do delito previsto no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993, em razão da inexistência de efetivo prejuízo à Administração pública, resta insuperável, na espécie, o reconhecimento da atipicidade da conduta. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.704.711/PR, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 23/5/2018) **PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. IMPRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E DE DANO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta****

Corte Superior acompanha o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq. n. 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), no sentido de que a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, malgrado ausência de disposições legais acerca dessa elementar. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.499.915/PR, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/5/2018) PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI N. 8.666/93. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ARTS. 13, V, E 25, II, DA LEI DE LICITAÇÃO. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO VERIFICADO. ELEMENTO IMPRESCINDÍVEL À CONFIGURAÇÃO DO DELITO. PRECEDENTES. CONDOTA ATÍPICA. ABSOLVIÇÃO. ART. 386, III, DO CPP. I - Nos termos da jurisprudência que atualmente predomina nesta Corte, ressalvado o entendimento do Relator, para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, imprescindível a presença do especial fim de agir, consistente na vontade de causar dano ao erário e da demonstração do efetivo prejuízo. Precedentes. II - O r. acórdão registrou que a dispensa de licitação se deu em desconformidade com o procedimento previsto na Lei de Licitação, em especial pela ausência de comprovação da notória especialização do contratado e em razão do cumprimento do contrato por outros advogados. Contudo, não houve o eg. Colegiado a quo por registrar o dolo do ora recorrente que, conforme consignado no r. acórdão, na condição de Presidente da comissão de licitação, apenas proferiu parecer opinativo e não vinculante a favor da contratação dos serviços advocatícios. Nessa senda, deve ser provido o recurso especial para reconhecer a atipicidade da conduta em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93 e, por conseguinte, absolver o recorrente, com fundamento no art. 386, III, do CPP. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.709.405/MG, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 16/2/2018) Irrepreensíveis, pois, as conclusões exaradas pelo Tribunal de origem. Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, nego provimento ao recurso especial. Publique-se. Brasília, 1º de agosto de 2018. Ministro Sebastião Reis Júnior Relator.

(STJ, REsp: 1719426 PR 2018/0006719-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS

JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 07/08/2018).

(sublinhamos)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. [...] CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. IMPRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E DE DANO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DO STJ. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. [...] 6. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, para a configuração do crime de dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais - art. 89 da Lei n. 8.666/93 -, exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à Administração Pública. 7. Ausente a demonstração do elemento subjetivo específico e da ocorrência de resultado naturalístico, consistente no efetivo prejuízo ao erário, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. 8. Agravo regimental improvido e habeas corpus concedido de ofício para, reconhecendo a atipicidade da conduta em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, absolver o recorrente, com fundamento no art. 386, III, do CPP" STJ –

(STJ, AgInt no REsp n. 1.582.669/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 7/4/2017).

(sublinhamos)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. ARESTO CONDENATÓRIO QUE RECONHECE A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO E DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. VERIFICAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Verifica-se que o paciente, na função de Prefeito Municipal, foi denunciado em razão de ter dispensado a licitação para compra de areia em hipótese não prevista em lei, fracionando a compra e o pagamento em várias etapas. 2. Entende essa Corte que o crime do art. 89 da Lei n.º 8.666/1993 não é de mera conduta, sendo necessária a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário e a configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público, o que não foi reconhecido pelo Tribunal a quo. 3. O aresto condenatório consignou apenas que é evidente o

dolo genérico da conduta ainda que não se possa provar o efetivo prejuízo causado à administração pública, pelo fato de ter o paciente efetuado contratação direta em hipótese não prevista pela Lei de Licitações, sem prévia orientação técnica e jurídica a respaldar os procedimentos realizados.

4. Não havendo comprovação da ocorrência de prejuízo ou de dolo de causar dano ao erário com as contratações realizadas, deve ser reconhecida a atipicidade das conduta. 5. Ordem concedida a fim de anular a condenação e o respectivo processo de execução penal do paciente.

(STJ, HC: 377711 SC 2016/0291119-8, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 09/03/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2017).

(sublinhamos)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO E EFETIVO PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a consumação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo aos cofres públicos causado com a conduta.2. No presente caso, não tendo sido demonstrados o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos causado com a conduta do acusado, como exigido pela jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a absolvição pela prática delituosa prevista no art. 89 da Lei de Licitações é medida que se impõe. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp n. 975.652/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares das Fonseca, DJe de 1º/2/2017).

(sublinhamos)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO NÃO COMPROVADO. I - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, para a configuração do delito tipificado no art. 89 da Lei n. 8666/1993, "é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à Administração Pública" (STJ - RHC n.

90.930/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi , DJe de 1º/8/2018).

(sublinhamos)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. 2. ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO. DANO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO. INÉPCIA FORMAL DA DENÚNCIA. 3. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL. 1. O trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o tipo penal inscrito no art. 89 da Lei 8.666/1993 exige "o prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido como necessários à adequação típica - Inq 2.616, relator min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014" (AP 683/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 06/3/2017). Portanto, não constando da denúncia o dolo específico de causar dano ao erário e a demonstração do efetivo prejuízo, verifica-se que não ficou devidamente demonstrada a tipicidade do delito imputado, revelando-se, dessa forma, inepta a inicial acusatória. 3. Recurso em habeas corpus provido, para trancar a Ação Penal n. 0803811-65.2013.8.20.0124, haja vista a inépcia formal da inicial acusatória, sem prejuízo de oferecimento de nova denúncia, com extensão da ordem aos codenunciados Antônio Batista Barros, Agnelo Alves Filho, José Luiz Nunes Alves e Alúcio Cavalcante Cordeiro, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

(STJ, RHC: 49627 RN 2014/0172161-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 20/06/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/06/2017).

(sublinhamos)

Dessa feita, percebe-se que predomina no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o prejuízo ao erário é elemento essencial no delito em exame, além do dolo específico.

Por outro lado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, observa-se divergência entre os entendimentos da 1ª e da 2ª Turma. Com efeito: em julgamento da 2ª Turma foi firmado posicionamento pela necessidade de comprovação tanto de dolo específico, quanto da lesão ao erário para configuração do ilícito, nos moldes seguintes:

Inquérito. Competência criminal originária. Penal. Processo Penal. 2. Inépcia da denúncia. Peculato. Denúncia que descreve que desvio em proveito da administração. Descrição suficiente da finalidade. Denúncia apta. 3. Inépcia da denúncia. Inexigibilidade de licitação. Prejuízo à administração ou finalidade específica de favorecimento. Elementos não mencionados no texto da lei. Construção jurisprudencial. Não é exigível que a petição inicial os descreva com minudência. Denúncia apta. 4. Art. 312, caput, do Código Penal (peculato desvio). O desvio de recursos para finalidades públicas não configura o crime de peculato. O proveito à administração pública não se enquadra no conceito de proveito próprio ou alheio exigido pelo tipo penal. Desclassificação para o art. 315 do CP. Pronúncia da prescrição da pretensão punitiva em abstrato. 5. Art. 89 da Lei 8.666/93 (inexigibilidade indevida de licitação). Prova da inexigibilidade fora das hipóteses legais. Índícios de autoria. 6. Necessidade de demonstração de prejuízo ao erário e da finalidade específica de favorecimento indevido. Secretária de Estado. Pareceres pela conveniência e oportunidade da licitação e pela juridicidade da contratação direta. Ausência de indicativo de influência na escolha ou relação com a contratada. Preponderância da prova no sentido da inexistência do propósito de causar prejuízo ou favorecer indevidamente. 7. Denúncia rejeitada.
(STF, Inq: 3731 DF - DISTRITO FEDERAL 9990614-27.2013.1.00.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 02/02/2016, Segunda Turma).
(sublinhamos)

**AÇÃO PENAL 683 MARANHÃO ELATOR : MIN. GILMAR MENDES REVISORA :
MIN. CÁRMEN LÚCIA AUTOR(A/S)(ES) :MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA RÉU(É)**

(S) :WEVERTON ROCHA MARQUES DE SOUSA ADV.(A/S) :FABIANO RODRIGUES JÚNIOR ADV.(A/S) :WILLER TOMAZ DE SOUZA Penal. Processo Penal. Ação penal originária. Deputado federal. Acusação da prática do art. 89 da Lei 8.666/93 (dispensa indevida de licitação), em duas oportunidades, em concurso material (art. 69 do CP). 2. Inépcia da denúncia. Art. 41 do Código de Processo Penal. O tipo do art. 89 da Lei 8.666/93 não menciona prejuízo à Administração ou finalidade específica. Denúncia apta. 3. Art. 89 da Lei 8.666/93. A jurisprudência interpreta o dispositivo no sentido de exigir o prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido como necessários à adequação típica – INQ 2.616, relator min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014. 4. Licitação. Inexibibilidade fora das hipóteses legais. ProJovem: qualificação profissional e desenvolvimento de ações comunitárias voltadas ao público-alvo do programa. Art. 25, II, combinado com art. 13, VI, da Lei 8.666/93 – serviços técnicos de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, de natureza singular, com empresa de notória especialização. Não foi documentada pesquisa de mercado que pudesse levar à conclusão de que não haveria outras entidades com capacidade de realizar o serviço na região, em condições iguais ou melhores. Justificativa retórica. Inexigibilidade fora das hipóteses legais comprovada. 5. Ausência de elementos levando a crer que o denunciado tinha intenção de desviar recursos ou, de qualquer forma, causar prejuízo ao erário. A estrutura do Convênio que não estimulava as administrações estaduais à economia. Secretário de Estado que recebeu de sua assessoria administrativa e jurídica pareceres pela conveniência, oportunidade e juridicidade da contratação. Ausência de elemento indicando que tenha pessoalmente influenciado a escolha ou que tenha relação com a contratada. Inexistência de prova suficiente de que o fato constitua infração penal. 6. Dispensa indevida de licitação. ProJovem. Ações de formação inicial e continuada de educadores na esfera do ProJovem Urbano. Licitação dispensada com base no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93 – contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos. Atendimento aos requisitos legais. Fundação que participou da estruturação do Programa e da formação de formadores promovida pela Secretaria Nacional da Juventude. Parecer da Assessoria Jurídica apontava

regularidade da contratação. Fato que não constituiu infração penal. 7. Denúncia julgada improcedente. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares de cerceamento de defesa e de inépcia da denúncia e, no mérito, julgar improcedente o pedido, com absolvição do réu, nos termos do voto do Relator. Brasília, 9 de agosto de 2016. Ministro GILMAR MENDES.

(STF, AP 683, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULGAÇÃO 03-03-2017 PUBLICAÇÃO 06-03-2017).

(sublinhamos)

Por seu turno, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu pela desnecessidade de se comprovar o efetivo prejuízo patrimonial à administração pública, sem embargo da necessidade de demonstração do dolo específico de causar dano ao erário.

Nessa linha de raciocínio, segue o entendimento esposado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX-PREFEITO MUNICIPAL. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DELITO FORMAL QUE DISPENSA PROVA DE DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO. DOLO. NECESSIDADE DE INTENÇÃO ESPECÍFICA DE LESAR O ERÁRIO. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INSERÇÃO DE TEXTO NÃO APROVADO PELO PODER LEGISLATIVO LOCAL EM LEI MUNICIPAL. DOLO CONFIGURADO. MATERIALIDADE, AUTORIA, TIPLICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA PROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

PENA REDUZIDA. BIS IN IDEM. 1. O princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 399, §2º, do Código de Processo Penal, não é absoluto, comportando as exceções previstas no art. 132 do Código de Processo Civil (hoje revogado), aplicável ao processo penal pela via do art. 3º do CPP. 2. Não é inepta a denúncia que, em respeito ao art. 41 do Código de Processo Penal, descreve o fato imputado ao réu com todas as circunstâncias que possibilitem a individualização da conduta e o exercício da ampla defesa. Precedentes. 3. Ocorrendo modificação da competência em razão da aquisição ou perda superveniente de foro por prerrogativa de função por parte do acusado, o juízo declinado recebe o processo no estado em que se encontrar. Os atos processuais praticados no juízo declinante, se competente quando o foram, prescindem de ratificação ou renovação no juízo declinado, em atenção ao princípio do tempus regit actum. 4. O crime do art. 89 da Lei 8.666/90 é formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, “licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia. 5. Para a configuração da tipicidade subjetiva do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, o Supremo Tribunal Federal exige o especial fim de agir, consistente na intenção específica de lesar o erário. Assim, distinguem-se as meras irregularidades administrativas do ato criminoso e deliberado de dispensar licitação quando à toda evidência era ela obrigatória. Destarte, não se confunde o administrador inapto com o administrador ímprobo. Sendo flagrante a ilegalidade da dispensa, mostra-se configurada a intenção específica de lesar o erário, mormente quando outros elementos probatórios apontam nessa direção. 6. Embora seja importante elemento de convicção, o fato de a ilegal dispensa de licitação ter sido embasada em parecer jurídico que afirmava a licitude do proceder não é, por si só, suficiente a descaracterizar o dolo, mormente quando os elementos probatórios indicam, com segurança, que o apelado tinha plena ciência da ilicitude da dispensa. 7. A posterior inserção de conteúdo não aprovado pela Câmara de Vereadores em texto de Lei Municipal, pelo prefeito municipal, com a finalidade de autorizar a utilização

de créditos excepcionais não contemplados no texto originalmente aprovado, configura o crime do art. 297, § 1º, do Código Penal. Dolo configurado. 8. Provadas a materialidade, a autoria, a tipicidade objetiva e subjetiva do crime, não havendo causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade, a manutenção da condenação é medida que se impõe. 9. O fato de a falsificação recair sobre ato legislativo é revelador de alto grau de censurabilidade, a se refletir na dosimetria da pena. 10. Configura bis in idem valorar negativamente o fato de ser o apelante Prefeito Municipal, quando da fixação da pena-base, bem como para enquadramento da conduta prevista no § 1º, do art. 297, do Código Penal. 11. Apelação parcialmente provida, tão somente para reduzir a pena. (STF, AÇÃO PENAL 971 RIO DE JANEIRO - PRIMEIRA TURMA DO STF – JULGAMENTO EM 28/06/2016 – Ministro Relator EDSON FACHIN).

(sublinhamos)

No bojo dessa AP 971/RJ, extrai-se o valioso voto do Ministro Relator Edson Fachin acerca do art. 89 da Lei de Licitação:

5.2 Art. 89 da Lei 8.666/93 – Dispensa ilegal de licitação

Assentadas a materialidade e autoria, as quais restam indúvidas, importa analisar a alegada necessidade de efetiva configuração de prejuízo ao erário, bem como do denominado dolo específico. Em outras palavras, importa perquirir se o delito do art. 89 da Lei 8.666/93 é formal ou material. Dispõe o referido dispositivo:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

O artigo 89 da Lei 8.666/93 é tipo penal cujo bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público. Com essa regra, protegem-se todos os bens jurídicos tutelados pelo art. 37, XXI, da CR/88, ao exigir como regra que “.... as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei”. O objeto

jurídico do crime em questão, portanto, coincide com as razões pelas quais constitucionalmente se exige que obras, serviços, compras e alienações devam ser precedidas de processo licitatório. Nesse sentido, colho as palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

“Enfim, bem jurídico tutelado, especificamente, no art. 89 é assegurar a estrita excepcionalidade das hipóteses de dispensa e inexigibilidade licitação pública, garantindo a respeitabilidade, probidade, integridade e moralidade das contratações públicas que são ofendidas com as condutas descritas no art. 89. O dispositivo ora examinado visa, acima de tudo, proteger a lisura e transparência na contratação pública, exigindo retidão no processo licitatório para permitir ampla competição observando a regra da isonomia concorrencial. (Direito penal das licitações, Saraiva : São Paulo, 2012, p. 132).

Nessa linha, indispensável estar atento para o fato de que a exigência do procedimento licitatório feita pela lei e pela Constituição não busca apenas a proposta economicamente mais vantajosa para a Administração Pública. A economicidade da proposta, por certo, é elemento importante, pois resguarda o patrimônio público. Entretanto, a razão da exigência de licitação, porque expressamente declarado pela Constituição da República, é oportunizar a todos igualdade de condições para contratar com o Poder Público. Não é por outra razão que o precitado art. 37, XXI, da CR/88 ressalta que obras, serviços, compras e alienações em geral serão contratados, ênfase, mediante “licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes...”. Não se permite, numa República, que o administrador escolha por motivos pessoais a quem contratar, ainda que se demonstre que a contratação é a mais adequada aos interesses da Administração. A todos deve ser dado, em igualdade de condições, concorrer para fornecer bens e serviços à Administração Pública. Insustentáveis, portanto, afirmações no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666/93 não se configura se não restar demonstrada a ocorrência de prejuízo ao patrimônio público. Uma tal concepção reduz as razões, constitucionalmente assentadas, dos motivos pelos quais se exige licitação pública. Sendo o resguardo à economicidade da proposta, apenas um dentre os vários objetivos tutelados pelo legislador ao tipificar a dispensa e inexigibilidade irregulares à categoria de crime no art. 89 da Lei 8.666/93, mesmo quando reste provado que não teria o Poder Público

obtido proposta mais favorável do que a contratada de forma irregularmente direta, ainda assim os fins constitucionais buscados pela exigência de licitação (art. 37, XXI, da CF) estariam vulnerados. Portanto, não se acolhe a tese segundo a qual, para se configurar o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 é necessário comprovar prejuízo econômico ao erário. Não há essa exigência na redação do art. 89 da Lei 8.666/93 e os entendimentos nesse sentido, com a devida vênia, desconsideram que a Constituição elegeu a licitação como instrumento prévio à contratação pelo Poder Público visando a proteção de interesses que vão além da proteção ao patrimônio público. Nesse sentido, Paulo José da Costa Júnior esclarece:

“O crime é de perigo abstrato. Para aperfeiçoar-se, não se faz necessário que a Administração Pública venha a padecer algum prejuízo concreto. Se este advier, sobrevirá a sanção civil prevista no art. 25, § 2º” (Comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 20).

Mesmo os doutrinadores que criticam a tese segundo a qual o delito do art. 89 da Lei 8.666/93 seria um crime de perigo abstrato, rechaçando a consumação do delito com a pura dispensa ou inexigibilidade, exigem para a configuração do crime tão-somente a contratação direta, mas não a constatação de prejuízo econômico ao erário. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt:

“Com efeito, a dispensa ou não exigência de licitação fora das hipóteses previstas em lei, em si mesma, não diz nada, não significa nada, nem no mundo jurídico nem no mundo fático. É um nada enquanto valor ético-jurídico, como também enquanto norma proibitiva ou imperativa de conduta penal, não passando de mera abstração, enquanto não houver contratação pública de algo (de obra, serviço ou aquisição de material)” (Direito penal das licitações. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 174).

Esta Suprema Corte, ao analisar o disposto no art. 90, da Lei 8.666/93 (“Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa), pelos mesmos motivos que ora invoco quanto ao delito do art. 89 da Lei 8.666/93 afirmou tratar-se aquele crime de delito formal, que não demanda, portanto, ocorrência de prejuízo concreto ao erário. A eminente Ministra Cármen Lúcia,

no voto da Ação Penal 565, assim se pronunciou, com grifos não coincidentes com o original:

“56. Outro ponto a ser destacado é que, ao contrário do que sustenta a defesa, a existência, ou não, de dano patrimonial é irrelevante para a caracterização do tipo penal do art. 90 da Lei 8.666/93. Não se desconhece existir entendimento contrário, no sentido de que tratar-se-ia de crime material, a exigir um resultado naturalístico para a consumação do tipo penal previsto na legislação e aqui discutido, consistente em efetivo prejuízo para a Administração com a consequente obtenção de vantagem ao agente. Nesse sentido, COSTA JUNIOR, Paulo José da. Direito penal das licitações: comentários aos arts. 89 a 99 da Lei 8.666, de 21.6.1993. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27. Essa não é, contudo, a posição prevalecente na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.” (grifos acrescentados).

Nessa linha, compreendo que o art. 89 da Lei 8.666/93, para sua consumação, não exige demonstração de efetivo prejuízo ao erário. É certo que esta Suprema Corte, quanto ao elemento subjetivo do tipo, tem compreensão estável no sentido de que, para a configuração da tipicidade subjetiva, exige-se demonstração da intenção do agente de causar prejuízo ao erário. Ocorre que, tomo de empréstimo as palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

“O objetivo ou finalidade da Lei de Licitações, convém frisar, é punir o mau administrador público, aquele mal intencionado e desleal, e não o apenas despreparado ou incompetente para o exercício da função; objetiva punir a conduta infiel do servidor público e não a simples irregularidade administrativa decorrente de erro ou equívoco deste. Ademais não se pode ignorar que infração penal, em hipótese alguma, pode prescindir do elemento subjetivo orientador da conduta lesiva, no caso, o dolo (que não se presume, prova-se), sem o qual a conduta carecerá de tipicidade subjetiva, e, sem esta, não se pode falar em crime.” (Direito penal das licitações, Saraiva : São Paulo, 2012, p. 177).

Como é próprio de diversos crimes formais, exigir-se especial fim de agir por parte do agente, voltado a causar prejuízo, é diferente de exigir que a consumação deste crime esteja atrelada à efetiva ocorrência do prejuízo. Exemplificativamente, o crime de extorsão, previsto no art. 158 do Código

Penal, é formal porque não exige a efetiva obtenção da indevida vantagem econômica, mas a intenção do agente voltada a obtê-la é indispensável no âmbito da tipicidade subjetiva.

Passo, pois, ao exame do elemento subjetivo do tipo.

Como mencionado, o objetivo da Lei 8.666/93 não é punir o administrador desavisado, despreparado ou mal assessorado e sim o administrador improbo e mal intencionado. Por essa razão, esta Suprema Corte tem entendido que não basta o dolo genérico, consistente na vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais. Exige-se a demonstração de uma específica intenção de lesar o erário. Nessa linha:

Ação penal. Dispensa de licitação (art. 89, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93). Tomada de preço. Contratos de locação de veículos. Termos aditivos. Prorrogação do prazo de vigência. Alegada violação do art. 57 da Lei nº 8.666/93. Ausência de dolo. Fato atípico. Ordenação de despesas não autorizadas (art. 359-D do Código Penal). Acusado que, à época dos fatos, não mais detinha qualquer poder para ordenar as despesas em questão. Ação penal improcedente. 1. O tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93 pressupõe, 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. 2. Não se vislumbra, na conduta dos acusados de firmar termos aditivos, prorrogando a vigência de contratos de locação de veículos precedidos de licitação na modalidade de tomada de preços, o dolo de causar prejuízo ao erário. Atipicidade do fato reconhecida. 3. Uma vez que o acusado, à época dos fatos, não detinha mais poderes para ordenar despesas não autorizadas por lei, está provado que não concorreu de qualquer forma para o crime descrito no art. 359D do Código Penal. 4. Ação penal julgada improcedente. (AP 700, Rel. Min. Dias Tóffoli, Segunda Turma, j. 23.02.2016, grifei). No mesmo sentido: Inquérito 2.646/RN, Rel. Min. Dias Toffoli; Inquérito 3.077, Relator Min. Dias Toffoli; Ação Penal 409, Relator Min. Carlos Britto; Inquérito 2.588, Redator para acórdão Min. Luiz Fux; e Ação Penal 527, Rel. Min. Dias Toffoli.

Esse posicionamento visa a estabelecer uma necessária distinção entre o

administrador probo que, sem má-fé, aplica de forma errônea ou equivocada as intrincadas normas de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, daquele que dispensa o certame que sabe ser necessário na busca de fins espúrios. Nem sempre o Direito oferece uma solução unívoca a intrincadas questões que se apresentam no dia a dia do administrador público. Pode-se dizer que, por vezes, não há sequer uma única solução jurídica aceitável para o caso concreto. Exemplos não faltam de situações encontráveis na jurisprudência dos Tribunais que apontam em direções opostas e aguardam por muito tempo uma pacificação. Ainda assim, dizer que o Direito admite, para um caso concreto, mais de uma solução válida, não significa dizer que qualquer solução é admissível. Situações existem que se afastam de forma mais intensa do que determina a lei e a Constituição. A jurisprudência cunhou as expressões "decisões judiciais teratológicas" e os denominados "erros grosseiros" na interposição de recursos a indicar justamente as hipóteses em que as soluções pretendidas se afastam em muito da solução jurídica correta. Nas hipóteses em que as ilegalidades não são evidentes, naquelas onde podem surgir dúvidas razoáveis a respeito da dispensa ou inexigibilidade de licitação, onde o administrador pode se encontrar diante de um dilema de razoável sustentação, de uma controvérsia insoluta, e vem a optar por uma direção que, depois acaba por ser pacificamente considerada incorreta, é que se tem adotado o entendimento de que a configuração da tipicidade subjetiva do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, exige vontade dirigida a lesar o erário. Do contrário, não haveria qualquer distinção entre a infração meramente administrativa, ligada à dispensa ou inexigibilidade praticada fora dos parâmetros legais, e o crime ensejador de pena corporal. Como cediço, os casos de contratação direta do Poder Público, à luz do disposto no art. 24 da Lei 8.666/93 são excepcionais e devem ser interpretados restritivamente. No caso, não se tratou de mera interpretação deficiente, mas de afronta dolosa e direta ao comando normativo. Referido dispositivo está assim descrito:

“Art. 24. É dispensável a licitação: (...) IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial

ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos”.

Segundo o apelante, a emergência vivenciada pelo município de Três Rios/RJ, encampada pelo Decreto 2.884/03, referia-se à deterioração da obra da creche que houvera sido abandonada pela empresa Engemar Engenharia e Construções Ltda (fl. 475). Sustenta, ainda, que agiu sem qualquer intenção de vilipendiar o erário ou de se beneficiar pessoalmente. A defesa alega também a existência de mero erro material no Decreto 2.884/03, pois ao invés de constar situação emergencial, equivocadamente se inseriu o termo estado de emergência, o qual foi posteriormente corrigido com a republicação do ato. Seja como for, independentemente da terminologia utilizada, fato é que a dispensa de licitação foi respaldada no art. 24, IV, da Lei 8.666/93, como consta do parecer do Procurador-Geral do Município (fls. 502/504). Em que pese a argumentação defensiva, extrai-se dos autos que a situação enfrentada pelo Município à época, nem de perto se amolda às noções de emergência ou calamidade necessárias para a correta adesão à previsão legal do art. 24, IV, da Lei 8.666/93. Note-se: o fato não trata de desastres da natureza, nem de epidemia, nem qualquer fato do gênero catástrofe que corrobore com a ideia de situação emergencial que indicasse como devida a contratação com dispensa de licitação. Por mais delicada que fosse a situação para os moradores da região, tratava-se apenas de um caso de abandono de obra. Como se não bastasse, o conjunto probatório colacionado aos autos aponta que a situação da obra abandonada já perdurava há longo tempo no Município, dado esse que reforça a inexistência de situação emergencial. Nesse sentido, acosto abaixo trechos relevantes de depoimentos prestados durante a tramitação da ação penal, sem grifos no original:

“(…) que a respeito da dispensa de licitação o interrogando tem a declarar que a referida dispensa foi feita com base em um parecer técnico da Secretaria de Obras do Município que mencionava o perigo de deterioração da construção já existente e também com base em um parecer jurídico elaborado pela procuradoria do Município; que pelo que sabe houve um erro na nomeação do estado de emergência, sendo que deveria ter constado situação de

emergência; que o prazo para que a empresa vencedora da licitação concluísse a obra foi prorrogado várias vezes, sendo que foi feito de tudo para que a empresa concluísse a obra. mas não foi obtido sucesso; que o interrogando não tem conhecimento de dados oficiais, mas pelo que sabe a empresa não concluiu a obra porque estava com problemas financeiros; (...) que a empresa vencedora da licitação para construção da creche levou a obra de forma regular durante uns cinco meses; que após o referido período a obra começou a andar de forma devagar, sendo que a empresa era notificada, sendo que foram concedidos prazos para que a obra fosse concluída evitando-se um prejuízo maior; que a situação de prorrogações para que a obra fosse concluída perdurou por aproximadamente um ano” (Interrogatório do apelante Celso – fls. 1.470/1.472). “(...) que foi dado início as obras de construção da creche, sendo que posteriormente ficou paralisada por um longo período” (Depoimento de Nilton Cezar Queiroz Cordeiro, Vereador do Município à época dos fatos - fls. 1.496/1.497). “que a obra ficou parada por cerca de um ano” (Declaração de Nilton Cezar Queiroz Cordeiro no caderno investigativo - fl. 1.099). “(...) que o depoente como engenheiro teve conhecimento de uma obra para construção de uma creche no bairro Vila Isabel, sendo que a referida obra ficou parada por algum tempo se deteriorando; que quando de tal fato o depoente não teve conhecimento do motivo da paralisação da obra, pois não pertencia aos quadros da Prefeitura; que não chegou a visitar a obra durante a paralisação, sendo que visitou o local apenas depois que passou a exercer o cargo de Secretário de Obras; que o depoente pode afirmar que a obra estava se deteriorando devido a sua experiência e porque ao passar pelo local via que a obra estava abandonada, sem qualquer cobertura ou revestimento; que pelas notícias que tem a obra ficou paralisada entre um e dois anos” (Depoimento de Fábio Albuquerque Loureiro, Secretário de Obras do Município a partir de junho de 2005 - fls. 1.548/1.549).

Assim, a inexistência de situação emergencial é facilmente extraída do histórico de sucessivos termos aditivos ao contrato originariamente assinado entre o Município de Três Rios/RJ e a Engemar Engenharia e Construções

Ltda., que posteriormente veio a ser resolvido, demonstrando-se, assim, que não havia urgência calamitosa justificadora da necessidade de conclusão da obra no regime excepcional de dispensa da licitação.

Aliás, as mesmas razões que foram invocadas pelo apelante para justificar o decreto emergencial já vinham sendo reportadas há tempos pela própria Engemar Engenharia e Construções Ltda. Na solicitação de prorrogação de prazo para a conclusão da obra de 10.11.2002 (fl. 446), já havia a notícia de depredação da obra: “Nosso canteiro de obras por diversas vezes foi invadido; foram roubados materiais e danificados serviços ora executados tais como: telhas, caixas d' água, azulejos, soleiras e peitoris;”. Também o ofício do Secretário de Obras à época, Sr. João Manoel Soares, ao Procurador-Geral do Município, em 14.03.2003, trazia a informação de que o serviço estava paralisado e isso estaria provocando deterioração e desgaste do que já houvera sido executado (fl. 219).

Destarte, diante dos elementos fáticos e probatórios trazidos aos autos, tenho como manifesta a incompatibilidade entre a hipótese excepcional da dispensa de licitação e situação da obra abandonada, haja vista a inexistência de risco imprevisível e iminente, eis que a situação já perdurava há longo tempo. Como se não bastasse, colho importante escólio traçado por Rafael Carvalho Rezende Oliveira acerca dos casos de contratação direta por dispensa de licitação respaldada na hipótese jurídica do art. 24, IV, da Lei 8.666/93:

“A contratação direta, quando houver emergência ou calamidade pública, limita-se aos bens e serviços necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa. Portanto, a Lei não autoriza a contratação de qualquer bem ou serviço” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 372, grifei).

Como dito, por mais sensível que fosse a questão enfrentada pelos moradores do bairro Vila Izabel, no Município de Três Rios/RJ, havia local, embora inapropriado (no andar superior de um Pronto-Socorro), para acomodar as crianças da região, consoante informação que se extrai do interrogatório infra:

“que a creche funcionava no andar superior do SASE há uns quatro anos; que quando da realização da licitação para construção da creche o Prefeito estava em seu segundo ou terceiro ano de governo; que começou a trabalhar com o primeiro acusado desde o início de seu primeiro mandato” (Interrogatório do corréu

José Roberto - fls. 1.473/1.476).” (fls. 1.473/1.476).

O dolo resta evidente, quando se percebe que a situação dos autos se enquadraria, em tese, à hipótese prevista no art. 24, XI, da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

“Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido”.

Contudo, o apelante sabia que não poderia se ancorar na referida norma, uma vez que a licitação contou apenas com dois concorrentes: a Engemar Engenharia e Construções Ltda., vencedora do certame e que posteriormente abandonou a obra, e a Construtora Incorporadora Mil de Três Rios Ltda., que foi desclassificada da licitação (fls. 388-verso). Logo, o apelante sabia que somente poderia ter respaldado a dispensa da licitação no inciso XI se houvesse mais alguma empresa habilitada na classificação. Ainda assim, de maneira manifestamente ilegal, realizou contratação direta com a Construtora Incorporadora Mil de Três Rios Ltda., a qual havia sido inabilitada no certame público anterior. É tão evidente o dolo do apelante de subtrair-se ilegalmente das exigências legais e constitucionais que exigem a contratação mediante licitação que o decreto instituindo o inexistente estado de emergência somente foi editado em momento posterior à consulta endereçada à empresa Construtora Mil Três Rios Ltda., que até então era tida, inadvertidamente, como segunda colocada e não como inabilitada, como de fato houvera sido.

(...)

Assim, tenho por comprovada a autoria, materialidade, tipicidade objetiva e subjetiva também em relação à figura penal prevista no art. 89 da Lei 8.666/93.

(sublinhamos)

Complementando o entendimento do Ministro Relator no tocante à interpretação do art. 89 da Lei Federal nº 8.666/1993, segue trecho do voto do Ministro Revisor Marco Aurélio nos autos da AP 971/RJ:

A dispensa ilegal implica frustração do tratamento igualitário àqueles que

desejassem contratar com a Administração Pública – no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993. O tipo do dispositivo mostra-se formal: não se exige verificação do prejuízo ao erário. Não subsiste a argumentação de que a empresa contratada executou a obra eficientemente, em curto período de tempo e nas condições determinadas no edital.

É certo, ainda, que existem precedentes em diversas Cortes Estaduais, reconhecendo, na linha do entendimento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a natureza formal do crime previsto no art. 89 da Lei Federal nº 8.666/93 e, portanto, a desnecessidade de demonstrar o prejuízo ao erário, o qual ocorre “in re ipsa”, por força da simples frustração da competitividade, que impede a Administração Pública de buscar a melhor proposta. Veja-se, a respeito, os seguintes precedentes:

APELAÇÃO CRIME. CRIME DA LEI DE LICITAÇÕES. EX-PREFEITO MUNICIPAL DE ILHÉUS, ACUSADO DE INFRINGIR O ART. 89 DA LEI Nº. 8.666/93. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EVIDENCIAM OS AUTOS QUE O APELANTE, NO ANO DE 2008, NA CONDIÇÃO DE GESTOR E ORDENADOR DE DESPESAS DO MUNICÍPIO DE ILHÉUS, CONTRATOU MEDIANTE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, AS EMPRESAS PANDA PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA E ST BEZERRA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS, VISANDO APRESENTAÇÕES ARTÍSTICAS DE DIVERSOS GRUPOS MÚSICAIS NOS FESTEJOS DE CARNAVAL E SÃO JOÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE "EMPRESÁRIO EXCLUSIVO" DAS EMPRESAS CONTRATADAS. BURLA AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PRESENTES OS REQUISITOS PARA TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA DESCRITA NO ART. 89 DA LEI 8.666/93: CONTRATAÇÃO DESPROVIDA DE CONCORRÊNCIA E VONTADE LIVRE E CONSCIENTE (DOLO) DO GESTOR MUNICIPAL, QUE CHANCELOU TODOS OS PROCEDIMENTOS DE INEXIGIBILIDADE DAS LICITAÇÕES, DE PRODUZIR UM PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS POR MEIO DO AFASTAMENTO INDEVIDO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREJUÍZO AO ERÁRIO DEMONSTRADO COM A INTRODUÇÃO DE MAIS UM AGENTE ECONÔMICO NA CADEIA DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ARTÍSTICOS. SENTENÇA REFORMADA PARA CONDENAR O APELADO COMO INCURSO NO ART. 89 DA LEI Nº. 8.666/93, À PENA DE 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL ABERTO, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, NA

MODALIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, PELO PERÍODO DA CONDENAÇÃO, E MULTA, FIXADA EM 100 (CEM) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/20 (UM VIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO, CONSIDERANDO A EXTENSÃO DO DANO E A CONDIÇÃO FINANCEIRA DO CONDENADO. APELO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

(TJBA, Classe: Apelação, Número do Processo: 0302277-29.2013.8.05.0103, Relator(a): IVETE CALDAS SILVA FREITAS MUNIZ, Publicado em: 04/11/2016)

(sublinhamos)

DISPENSA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. CONDENAÇÃO. INCONFORMISMO. 1. REQUERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA SOLICITADA NO ÂMBITO RECURSAL. HIPOSSUFICIÊNCIA. ANÁLISE. INCOMPETÊNCIA DESTE JUÍZO PARA A APRECIÇÃO. PLEITO QUE DEVE SER DIRIGIDO AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO. 2. tese defensiva de atipicidade da conduta POR ausência de dolo ESPECÍFICO E INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. DOLO específico EVIDENCIADO. 2.1 OBRIGAÇÃO LEGAL DE LICITAR. PROCEDIMENTO DE JUSTIFICAÇÃO DE DISPENSA NÃO INSTAURADO. Prejuízo demonstrado AO IMPOSSIBILITAR A PARTICIPAÇÃO de outros concorrentes com EVENTUAIS melhores propostas. 3. DESPROVIMENTO. 1. A condenação do réu ao pagamento de custas processuais é uma consequência natural da sentença penal condenatória, conforme imposto pelo art. 804 do CPP, devendo o pedido de isenção ser decidido pelo juízo das execuções penais, competente para o caso. 2. Da análise do art. 89 da Lei nº 8.666/93, verifica-se que o delito se consuma com a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, amoldando-se, portanto, os fatos narrados na exordial ao referido tipo penal.

(TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00013711020128150511, Câmara Especializada Criminal, Relator DES. RICARDO VITAL DE ALMEIDA , j. em 12-03-2019)

(sublinhamos)

PENAL - PROCESSO PENAL - ART. 89 DA LEI Nº 8666/93 - DISPENSA ILEGAL LICITAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS PARA A CONDENAÇÃO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. I - O crime do art. 89 e seu parágrafo único da Lei n. 8.666/93 é formal, e para alguns até de mera conduta, e está circunscrito à dispensa ou não exigência de licitação ou não observação de formalidades pertinentes, quando estejam previstas em lei; II - Houve violação à legalidade estrita dos ditames administrativos quanto à licitação, com correto desfecho, tanto no TCU, quanto na ação de improbidade julgada pelo mesmo magistrado. Todavia, não há provas seguras para a condenação criminal, por não haver exaustivamente comprovado, o MPF, a existência de pessoalidade dirigida à dispensa de licitação ou mesmo corrupção e peculato o bojo das ilegalidades administrativas. III - Recurso ministerial não provido. (TRF-2 - Ap: 00007608920054025105 RJ 0000760-89.2005.4.02.5105, Relator: ABEL GOMES, Data de Julgamento: 22/09/2017, 1ª TURMA ESPECIALIZADA).

Destaca-se, portanto, que, embora o Superior Tribunal de Justiça possua entendimento consolidado a respeito do tema, existe, em outras cortes de justiça (inclusive no Supremo Tribunal Federal) divergência jurisprudencial no que toca à necessidade de caracterização do prejuízo concreto ao erário, para que se configure a figura típica do art. 89, da Lei Federal nº 8.666/93.

Em que pese isso, o entendimento jurisprudencial apresenta-se pacífico no que diz respeito à necessidade de configuração de dolo específico. Nesse contexto, há que se verificar que o procedimento de contratação pública é composto por uma cadeia de atos concatenados, cuja prática é da atribuição de autoridades diversas. Em vista disso, a caracterização do dolo depende da identificação da consciência (ou do risco manifestamente assumido) de praticar atos frustradores da licitude do procedimento licitatório.

Os primeiros agentes públicos com relação aos quais o elemento subjetivo deve ser perquirido são aqueles responsáveis pela modelagem da forma de aquisição que foi adotada pela Administração Pública. Essa tarefa é desempenhada, inicialmente, pelas comissões de licitação, às quais cabe receber a solicitação de despesa e delinear qual a forma de aquisição por meio da qual a necessidade

administrativa será suprida. Nesse ponto, caso se tenha deflagrado modalidade de contratação sabidamente descabida, pode estar presente o dolo específico.

O mesmo se diga com relação aos procuradores jurídicos e correlatos, aos quais cabe o pronunciamento atestando a legalidade da forma procedimental eleita. Nesse ponto, a jurisprudência considera que a atestação da legalidade do certame, quando estavam ausentes os requisitos legais, pode ensejar, em tese, a tipificação do delito do art. 89 da Lei de Licitações. Veja-se, a respeito, os seguintes julgados:

PENAL. LICITAÇÃO. CRIME. ART. 89 DA LEI 8.666/93. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. TIPICIDADE DA CONDUTA. DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR A LICITAÇÃO COM O FIM DE CAUSAR DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. PROVAS. ART. 25, INC. III, DA LEI N. 8.666/93. INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS. REQUISITOS NÃO ATENDIDOS. PARECER N. 393/2008. FORÇA NORMATIVA. MULTA. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Demonstrada que a denúncia contém a exposição clara da conduta imputada ao réu e as circunstâncias em que ela foi praticada, a qual, em tese, se enquadra ao tipo penal do artigo 89, da Lei n 8.666/93, e não se constatando nenhum defeito capaz de comprometer o exercício da ampla defesa e do contraditório, tanto que o réu foi citado e apresentou resposta à acusação e, posteriormente, alegações finais, não há que se falar em denúncia inepta ou ausência de justa causa para a deflagração da ação penal. 2. Conforme atual orientação emanada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o crime do artigo 89, da Lei nº 8.666/93, pressupõe, na ausência de previsão de modalidade culposa, a presença do dolo simples, consistente na dispensa ou inexigibilidade de licitação, fora das hipóteses legais, e do dolo específico, o fim de causar dano ao erário público. 3. Do arcabouço probatório, conclui-se que o acusado, ao emitir nota técnica opinando pela inexigibilidade da licitação, colaborou com a contratação direta de grupos musicais que tocaram em evento promovido pela Administração Regional de Vicente Pires, quando a licitação era exigível. O dolo específico de fraudar a licitação está presente, na medida em que afirmou, em seu parecer, que os requisitos para inexigibilidade de licitação, previstos no artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, foram atendidos, quando

claramente evidenciada, das provas constantes dos autos, a sua inobservância. 4. De igual forma, o dano ao erário público restou demonstrado, vez que o preço global dos serviços constantes do projeto básico ao final aprovado em razão de seu parecer, era bem superior aos cachês praticados no mercado, conforme tabela elaborada pelo próprio GDF, por meio de nota técnica de 2011. De igual sorte, sua cobrança em patamar superior ao praticado não se justificou, pois o evento não aconteceu em data considerada "alta temporada", tampouco as bandas musicais contratadas tinham projeção nacional. 5. Ao contrário do alegado pela Defesa, o Ministério Público não introduziu indevidamente elementares ao tipo penal do artigo 89, da Lei nº 8.666/93, ao citar na denúncia as exigências do Parecer nº 393/2008, exarado pela Procuradoria Geral do Distrito Federal. O parecer que, aliás, possui força normativa no âmbito distrital, traça diretivas objetivas a serem observadas pelo gestor público no que diz respeito à contratação de artistas para shows e eventos no Distrito Federal. Ele nada mais fez que detalhar as exigências previstas no artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93 com base na legislação pertinente ao caso. 6. Embora demonstrado o dano ao erário público, não houve produção de provas em relação à vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo apelante. Além disso, a fixação da multa em percentual acima do mínimo legal (3%) não restou fundamentada na sentença, razão pela qual ela deve ser reduzida para o percentual mínimo (2%), conforme determinado no parágrafo primeiro do artigo 99, da Lei nº 8.666/93, o qual deverá recair sobre o valor do contrato. 7. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-DF 20160710178303 DF 0016922-70.2016.8.07.0007, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Data de Julgamento: 26/07/2018, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 02/08/2018 . Pág.: 182/188).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. PARECER TÉCNICO FIRMADO PELO ACUSADO QUE RECOMENDA A DISPENSA DE LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO NA CONDUTA TÍPICA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA PELA DENÚNCIA. INÉPCIA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não se pode taxar de inepta a denúncia que, em total conformidade com o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, assegura o contraditório e a ampla defesa, e demonstra, ainda que com elementos mínimos, o fato supostamente criminoso, bem como o possível envolvimento do acusado no delito em tese, de forma suficiente para a deflagração da ação penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. O parecer técnico firmado pela acusada, além de opinar sobre a necessidade e conveniência de se contratar o serviço, recomenda a dispensa de licitação com base no inciso XIII do art. 24 da Lei n.º 8.666/90, o que impede reconhecer, de plano, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato imputado à Recorrente.

3. Descabe na presente via analisar a existência da associação da Recorrente com os demais acusados para, com unidade de desígnios, dispensar e inexistir licitação fora das hipótese previstas em lei.

Quando a versão de inocência apresentada é contraposta por elementos indiciários apresentados pela acusação, o confronto de versões para o mesmo fato deve ser solucionado por meio da instrução criminal, garantidos o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

4. Recurso desprovido.

(STJ, RHC 22.992/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 03/08/2009)

(sublinhamos)

Voltando-nos para o caso concreto sob apreciação, é certo que o Tribunal de Contas dos Municípios vem, há anos, considerando ilegais as dispensas de licitação efetuadas para a contratação de institutos de publicação de atos oficiais. Esse entendimento, que já data de muito tempo, foi também externado pela Corte de Contas ao analisar a contratação em tela. Por essa razão, é presumível que tanto a comissão de licitações, quanto a procuradoria jurídica, tinham, e era exigível que tivessem, conhecimento de que a modalidade de contratação adotada era taxada como ilegal pelo órgão constitucionalmente investido de poderes para analisar a regularidades das contratações municipais (sem mencionar os entendimentos judiciais e administrativos citados nos tópicos 2 e 3, acima, também no sentido do descabimento da contratação de “institutos” para o desempenho de atividades

rotineiras e obrigatórias da Administração Pública). Sob esse prisma, sugere-se ao órgão de execução que encete diligências no sentido de identificar quais os indivíduos que participaram dessa cadeia decisória, interrogando-os acerca de sua participação na escolha procedimental.

Por fim, não se pode olvidar a possibilidade de que a responsabilização atinja o gestor máximo do órgão, seja o Secretário Municipal ou o Prefeito Municipal, uma vez comprovado que a determinação de que a contratação fosse feita por dispensa de licitação tenha partido diretamente dele, ou contado com o seu ativo envolvimento.

5 – Conclusão

Em resposta à consulta efetuada, o CAOPAM manifesta o seguinte entendimento:

1. A Constituição Federal estabeleceu no art.37, XVI, como regra geral, a obrigatoriedade de licitar. Todavia, a própria Carta Republicana também previu a possibilidade de excepcionar a licitação, o que veio a ser pormenorizado, dentre outros dispositivos legais, pelo artigo 24 da Lei Federal 8.666/93.

2. No tocante ao cabimento da contratação, por meio de dispensa de licitação, de entidade voltada para o desenvolvimento institucional (art. 24, XIII, da Lei 8.666/93), a jurisprudência judicial e administrativa fixou requisitos referentes ao *vínculo de pertinência* entre os objetivos da instituição e o objeto do contrato, à inquestionável reputação ético-profissional, e à finalidade não lucrativa da empresa contratada.

3. A dispensa indevida de licitação pode configurar o delito previsto no art. 89 da Lei Federal nº 8.666/93. No entanto, a jurisprudência é unânime em exigir a configuração do dolo específico. Além disso, existe entendimento jurisprudencial

majoritário demandando a configuração de concreto prejuízo ao erário.

Colocamo-nos à disposição para fornecer outros subsídios que se revelem necessários.

Salvador-Bahia, 30 de agosto de 2019.

Luciano Taques Ghignone
Promotor de Justiça
Coordenador do CAOPAM