

Apelação Criminal n. 2013.049860-7, de Canoinhas
Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXEGIBILIDADE ILEGAL DE LICITAÇÃO (ART. 89, *CAPUT*, DA LEI N. 8.666/1993 C/C OS ARTS. 29 E 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DAS DEFESAS.

SUSTENTADA INÉPCIA DA DENÚNCIA PELA DEFESA DE ORLANDO. NÃO VERIFICAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADEMAIS, CRIME DE AUTORIA COLETIVA QUE EXIGE APENAS CLARA IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA DE CADA AGENTE, PARA POSSIBILITAR O PLENO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. COMPLEXIDADE DO FEITO QUE PERMITE SEJA RELATIVIZADO O RIGOR TÉCNICO EXIGIDO A PROCESSOS MAIS SINGELOS. NÃO ACOLHIMENTO.

MÉRITO. ACUSADO QUE, NA CONDIÇÃO DE PREFEITO MUNICIPAL, AUTORIZOU SUCESSIVOS CONTRATOS DIRETOS COM DETERMINADA EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE MUNICÍPIOS E DE ESCOLARES. ADVOGADO QUE, NA CONDIÇÃO DE PROCURADOR MUNICIPAL, EMITIU PARECERES ATESTANDO A SUPOSTA LEGALIDADE DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO DE AMBAS AS DEFESAS. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. SUSTENTADA INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO QUE AUTORIZARIA A INEXEGIBILIDADE DO CERTAME. ALEGADA EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA EMPRESA DE TRANSPORTES COM CAPACIDADE DE ATENDER A DEMANDA MUNICIPAL. HIPÓTESE DO ART. 25 DA LEI DE LICITAÇÕES NÃO VISLUMBRADA. EXISTÊNCIA DE DIVERSAS EMPRESAS SITUADAS NA REGIÃO POTENCIALMENTE APTAS A DESEMPENHAR O SERVIÇO. PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS NESTE SENTIDO. ADEMAIS, LIMITAÇÃO TERRITORIAL, SEM JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL, QUE VIOLA O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, PREJUDICANDO A VIABILIDADE DE COMPETIÇÃO E, POR CONSEQUENTE, A OBTENÇÃO DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE DO ATO. CORRETA RESPONSABILIDADE CONJUNTA DOS ACUSADOS DIANTE

DO NEXO DE CAUSALIDADE. PARECER DE NATUREZA OBRIGATÓRIA, EMITIDO COM MANIFESTA AFRONTA À LEI. ERRO GROSSEIRO. POR OUTRO VIÉS, CRIME DE MERA CONDUTA. TIPO PENAL QUE PRESCINDE DE DOLO ESPECÍFICO DE LESAR A ADMINISTRAÇÃO TAMPOUCO DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO. INDUBITÁVEL OFENSA AOS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E PUBLICIDADE. ENTENDIMENTO QUE, EMBORA CONFLITE COM ATUAL POSICIONAMENTO DAS CORTES SUPERIORES, ENCONTRA AMPARO NA DOCTRINA E EM PRECEDENTES, INCLUSIVE DO STJ. CONDENAÇÕES MANTIDAS.

DE OFÍCIO. MULTA. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO ART. 72 DO CP. DISPOSITIVO APLICÁVEL APENAS AOS CASOS DE CONCURSO MATERIAL E FORMAL DE CRIMES. MODIFICAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA.

RECURSOS DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2013.049860-7, da comarca de Canoinhas (Vara Criminal), em que são apelantes Orlando Krautler e Antônio Eduardo Martins Weinfurter, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, afastar a preliminar, negar provimento aos recursos e, de ofício, adequar a pena de multa. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 12 de agosto de 2014, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 29 de agosto de 2014.

Leopoldo Augusto Brüggemann
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Canoinhas, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra: a) Orlando Krautler, dando-o como incurso nas sanções do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, por seis vezes; b) Leonardo Knop e Wilson Osmar Dams, dando-os como incursos nas sanções do art. 89, parágrafo único, da mesma lei, também por seis vezes; e c) Antônio Eduardo Martins Weinfurter, dando-o como incurso nas sanções do art. 89, *caput*, da Lei de Licitações, c/c o art. 29, *caput*, do Código Penal, por duas vezes, pela prática das condutas assim descritas na inicial acusatória:

Cumprir informar, inicialmente, que o denunciado Orlando Krautler exerce atualmente - cumprindo o segundo mandato consecutivo - as funções de Prefeito Municipal de Canoinhas, SC, e nesta condição praticou os fatos típicos narrados nesta exordial acusatória.

1. Do transporte coletivo de passageiros

Desde os primeiros anos da década de 1970 presta o serviço público de transporte coletivo de passageiros, mediante regime de concessão, no Município de Canoinhas, a empresa *Coletivo Santa Cruz Ltda.*, que até 1978 se denominava *Dams & Knop Cia. Ltda.* (atos constitutivos e alterações em f. 17-23).

Consta a formalização da prestação desse serviço em contrato de concessão de serviço público datado de 17 de janeiro de 1974, firmado pelo então Prefeito Municipal Alfredo Garcindo (f. 157). O ajuste previa prazo de duração de cinco anos à concessão, e a cada quinquênio que se passou foram emitidas "autorizações expressas e tácitas de manter-se o prosseguimento do transporte coletivo" (cf. f. 170).

Em 1º de março de 1999 o Prefeito Municipal Orlando Krautler e a *Coletivo Santa Cruz*, representada por seus sócios-proprietários Leonardo Knop e Wilson Osmar Dams, firmaram termo de renovação de contrato de concessão (f. 48). Sob a insólita motivação da "condição tácita de de prorrogação que vem se realizando nos anos anteriores, tudo em conformidade com a Lei Municipal nº 969/71" (cláusula primeira), e afastando expressamente a incidência das Leis Federais nº 8.987/95 e 9.074/94, remetendo a um futuro e indefinido regramento municipal a respeito (cláusula terceira), outorgam à empresa o direito de exploração do serviço de transporte coletivo por mais cinco anos das seguintes linhas: Bairro Água Verde, Campo d'Água Verde, Bairro Aparecida, COHAB I, COHAB II, COHAB III, Vila Fuck, Jardim Esperança, Subestação e Alto do Frigorífico (linhas urbanas) e Marcílio Dias, Felipe Schmidt, Paula Pereira, Boa Vista, Pinheiros, Valinhos, Parado e Salto d'Água Verde (linhas rurais).

A prorrogação do contrato de concessão constitui-se, na verdade, em nova concessão. O instrumento firmado entre o Município de Canoinhas e a empresa *Dams & Knop Cia. Ltda.*, em janeiro de 1974, previa, em sua cláusula terceira, prazo de cinco anos para a concessão, nada dispondo a respeito de prorrogação contratual, apenas dando "preferência, em igualdade de condições, quando da nova concorrência, quando então será renovado o presente contrato". Nada dispunha também sobre a prorrogação contratual a lei municipal que regulava a matéria (Lei nº

969/71 - juntada aos autos, folhas não numeradas), somente que o contrato teria prazo mínimo de vigência de quatro anos e máximo de oito anos (art. 17, VII).

A concessão foi outorgada em absoluta contrariedade às normas constitucionais e legais que regem o assunto. A Constituição da República de 1988 deixou patente em seu art. 175, *caput*, que a prestação dos serviços públicos, sob regime de concessão ou permissão, dar-se-á "sempre através de licitação". A Lei Federal nº 8.987/95, que a regulamentou, repetiu o comando constitucional em seu art. 14, dispondo que "toda concessão de serviço público [...] será objeto de prévia licitação".

A cláusula terceira do "termo de renovação de contrato de concessão" de 1º de março de 1999 é manifestamente ilegal, concedendo a exploração do serviço público de transporte coletivo sem licitação "até que seja constituída legislação específica" exigida pela Constituição, na medida em que se encontra no âmbito regulamentar da entidade concedente apenas aquilo que se refere ao modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários: as disposições relativas à organização, ao funcionamento do serviço, ao prazo da concessão e às tarifas que serão cobradas, jamais a exigibilidade de licitação.

A concessão do serviço público de transporte coletivo independente de concorrência pública foi expediente idealizado pelos denunciados visando perpetuar a exploração do transporte de pessoas pela *Coletivo Santa Cruz* no Município de Canoinhas, garantindo-lhe a percepção do lucro indevido. Para maquiagem a ilegalidade, deram-se ares de prorrogação a uma concessão que já não mais existia, aliando-se à sustentação da falsa premissa de que o Município não necessitaria observar as normas constitucionais e da legislação federal, reputadas normas gerais, até que promovesse a regulamentação local (cf. f. 168-178).

Assim agindo, promoveu o denunciado Orlando Krautler dispensa indevida de licitação para concessão de serviço público de transporte coletivo, em benefício da empresa *Coletivo Santa Cruz Ltda.* e com pleno conhecimento e adesão de seus sócios-proprietários, os denunciados Leonardo Knop e Wilson Osmar Dams.

2. Do transporte coletivo de alunos

2.1. Em 21 de fevereiro de 1997 o Município de Canoinhas e a empresa *Coletivo Santa Cruz Ltda.* firmaram contrato para prestação de serviço de transporte coletivo de escolares, com vigência até 31 de dezembro de 1998. O Município fez-se presente por meio de seu Prefeito, o denunciado Orlando Krautler, ao passo que pela empresa assinou o sócio-gerente Leonardo Knop. De tudo teve ciência, anuindo com a prática ilícita, o outro sócio da empresa, Wilson Osmar Dams.

A contratação não decorreu de qualquer procedimento formal. Não houve licitação e tampouco qualquer publicidade de sua não realização, em manifesta ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública, notadamente os da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade e da indispensabilidade de licitação. Não se especificaram as linhas ou trajetos nem os requisitos mínimos para a prestação do serviço, que permitissem sua plena fiscalização.

A justificativa apresentada pelos autores do fato - em sede de depoimento à polícia, frise-se - se resumiu à alegação de ser a *Santa Cruz* a única empresa no Município em condições de prestar o serviço ou, em outras palavras, à inviabilidade de competição. Ocorre que não se perfectibilizou a situação que ensejasse a inexigibilidade de licitação.

Documentos e informações constantes dos autos demonstram a existência, na região e no Estado, de dezenas de outras empresas de transporte de pessoas, teoricamente aptas a prestar o serviço contratado, não sendo lícito, assim, vedar a possibilidade de concorrência. Além da firma Nevestur, autora da representação, exercendo atividade de transporte rodoviário de passageiros em Canoinhas desde março de 1997 (f. 61), há outras várias empresas em atividades no Estado, inclusive em Canoinhas e em cidades próximas, como Caçador, Itaiópolis, Porto União, Mafra e Monte Castelo, conforme relação de empresas associadas ao Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros no Estado de Santa Catarina (SETPESC) e de empresas cadastradas junto ao Departamento de Transportes e Terminais (DETER/SC) anexadas no inquérito.

Houve, com isso, claro favorecimento da empresa *Santa Cruz*, que há anos já explorava irregularmente o serviço público de transporte coletivo e se valeu do expediente pretendendo dar ares de legalidade para manter e ampliar seu negócio escuso. Assim agindo, promoveu o denunciado Orlando Krautler dispensa indevida de licitação para concessão de serviço Público de transporte escolar, em benefício da empresa *Coletivo Santa Cruz Ltda.* e com pleno conhecimento e adesão de seus sócios-proprietários, os denunciados Leonardo Knop e Wilson Osmar Dams.

2.2. Disposto a não conferir solução de continuidade ao favorecimento da *Santa Cruz*, o Prefeito Orlando Krautler, em janeiro de 1999, determinou que se formalizasse novo compromisso com a empresa no que se refere ao transporte escolar. O Secretário de Administração e Finanças Ademir Elias Freiburger deu início ao correspondente processo administrativo, identificado como Inexigibilidade de Licitação nº 01/99 que, instruído com documentação da *Santa Cruz* e com declaração da Associação Comercial e Industrial de Canoinhas de ser ela "a única empresa de transporte municipal e urbano de passageiros neste município", foi concluído com nova contratação da empresa.

A declaração da referida entidade associativa não tinha o condão de atestar a inviabilidade da competição, uma vez que, além de retratar um monopólio alimentado pelo próprio Município - detentor há anos de relação contratual espúria com a transportadora -, não considerava a existência das outras empresas do ramo na região e no Estado. Havia, portanto, viabilidade de competição, sendo injustificável inexistir licitação.

A fim de mascarar a ilegalidade, fez-se inserir no processo de inexigibilidade parecer jurídico do Procurador do Município Antônio Eduardo Martins Weinfurter, o qual lastreia a falsa possibilidade de contratação direta na afirmação da inexistência de outras empresas de transporte no Município, não obstante a presença, na cidade e na região, de outras firmas aptas a prestar serviços de transporte coletivo e potencialmente interessadas em participar de concorrência pública.

A contratação direta da empresa *Santa Cruz* tinha por móvel a intenção de beneficiar seus sócios, os denunciados Leonardo Knop e Wilson Osmar Dams, que pretendiam manter o monopólio dos serviços de transporte coletivo no Município. A facilidade de relacionamento deles com a mais importante autoridade executiva do local era tanta que sequer houve preocupação de autuar o contrato firmado no procedimento de inexigibilidade de licitação. Sua publicação no Diário Oficial do Estado, na forma de extrato, deu-se apenas em 17 de dezembro de 1999, poucos dias antes de sua renovação. Apenas neste extrato constou o valor avençado de R\$ 350.000,00. Não se especificaram as linhas ou trajetos nem os requisitos mínimos

para a prestação do serviço, que permitissem sua plena fiscalização.

Assim agindo, o denunciado Orlando Krautler inexigiu a licitação fora das hipóteses previstas em lei, comprovadamente beneficiando a empresa *Coletivo Santa Cruz Ltda.* e seus sócios-proprietários Leonardo Knop e Wilson Osmar Dams, que, de tudo cientes, aderiram à conduta criminosa. Também aderiu à conduta ilícita o Procurador Antônio Eduardo Martins Weinfurter, que contribuiu com seu esforços à consumação do delito elaborando parecer jurídico coletando subsídios para dar ares de legalidade à contratação direta.

2.3. No ano seguinte, repetiu-se a irregularidade. Honrando o compromisso secreto de garantir o ilegítimo monopólio do transporte coletivo à empresa *Santa Cruz*, o denunciado Orlando Krautler, na condição de Prefeito Municipal, determinou, nos albores do ano 2000, que se encetassem as formalidades para nova contratação da empresa relativamente ao transporte escolar. Assim, em data imprecisa, procedeu-se à autuação do processo de inexigibilidade nº 001/2000, tendo por objeto o serviço de transporte de alunos, ao preço de R\$ 300.000,00, com o objetivo de contratar diretamente a mencionada transportadora. O fundamento empregado, uma vez mais, foi o fato de ser a "única empresa de transporte coletivo do Município".

A fim de mascarar a ilegalidade, novamente inseriu-se no processo de inexigibilidade parecer jurídico do Procurador do Município Antônio Eduardo Martins Weinfurter, baseando a falsa possibilidade da contratação direta na afirmação de inexistência de outras empresas de transporte no Município, não obstante a presença, na cidade e na região, de outras firmas em tese aptas a prestar serviços de transporte coletivo e potencialmente interessadas em participar de concorrência pública.

O contrato não foi formalizado, porém houve a exploração do serviço e o locupletamento da empresa com recursos públicos. Não se especificaram as linhas ou trajetos nem os requisitos mínimos para a prestação do serviço, que permitissem sua plena fiscalização.

O fato delituoso, para se consumir, contou com a ação do Prefeito Orlando Krautler, detentor da voz de mando na deflagração do processo de inexigibilidade e responsável pela assinatura do contrato e autorização da prestação do serviço. Também requereu a concordância dos donos da *Coletivo Santa Cruz Ltda.*, Leonardo Knop e Wilson Osmar Dams, principais beneficiários da contratação direta. Finalmente, contou com a participação do Procurador Antônio Eduardo Martins Weinfurter, que com seu parecer aderiu à conduta ilícita, coletando subsídios para lhe dar ares de legalidade, a sustentar a contratação direta.

2.4. Em 2001 teve curso o esquema de favorecimento da empresa *Coletivo Santa Cruz Ltda.*, através de contratação, sem licitação, para a prestação de serviço de transporte coletivo. Autorizado pelo Prefeito Municipal, Orlando Krautler, o Secretário Municipal da Administração, Antônio Eduardo Martins Weinfurter, determinou a instauração de procedimento administrativo tendente à realização do acerto, registrando-se o processo nº 001/2001, no dia 2 de janeiro. No processo de inexigibilidade para contratação de serviços de transporte de alunos do Município fixou-se o preço em R\$ 300.000,00, elegeu-se, como dito, a empresa *Santa Cruz* e se fundamentou a contratação direta no fato de ser ela a "única empresa de transporte coletivo detentora de linhas de transporte coletivo no Município", exclusividade esta proporcionada pelo próprio Poder Executivo municipal, por meio da realização de sucessivas e indevidas contratações diretas.

Formalizou-se o contrato entre a mencionada empresa e o Município em 28 de fevereiro de 2001, representando este o denunciado Orlando Krautler e aquela o acusado Wilson Osmar Dams, de tudo ciente e concorde seu sócio e também denunciado Leonardo Knop, sendo ambos comprovadamente beneficiários. Pelo contrato se estabeleceu o preço de R\$ 300.000,00 e a vigência até 31 de dezembro daquele ano. Não se especificaram as linhas ou trajetos nem os requisitos mínimos para a prestação do serviço, que permitissem sua plena fiscalização.

Como já explicado alhures, não estava presente hipótese de inexigibilidade de licitação, por não haver inviabilidade de competição. Os limites geográficos do Município não podem ser parâmetro para se afirmar a inexistência de outras empresas, na cidade e na região, aptas à tarefa e potencialmente interessadas em participar da concorrência pública.

2.5. Dispostos a dar seqüência ao esquema clandestino de favorecimento dos interesses da empresa *Coletivo Santa Cruz Ltda.*, através de sua contratação direta para a prestação de serviço de transporte escolar, no ano de 2002, os denunciados Krautler, Knop e Dams voltaram a envidar esforços visando a tal objetivo.

Assim que, nos primeiros dias do ano, o denunciado Orlando Krautler, na condição de Prefeito Municipal de Canoinhas, determinou a instauração de procedimento administrativo para a contratação de empresa de transporte coletivo de passageiros para o transporte de alunos do Município. Os autos foram identificados como Processo Licitatório nº 06/2002, Inexigibilidade nº 01/2002. No curso do procedimento de inexigibilidade, fizeram-se juntar declarações de que a empresa é a única a deter a concessão do serviço de transporte coletivo de passageiros no Município (exclusividade proporcionada pelo próprio Município, ilicitamente) e de que é a única do ramo de transporte coletivo urbano no Município, o que, mesmo se fosse verdadeiro não inviabiliza a concorrência pública. Juntou-se ainda parecer do setor de compras baseando a possibilidade de contratação direta no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

Ao final, o Prefeito Municipal autorizou a realização da despesa, homologou o resultado do procedimento de inexigibilidade de licitação, procedeu à adjudicação e firmou o contrato com a *Coletivo Santa Cruz*. A empresa foi representada, na formalização do acerto, pelo sócio-gerente Wilson Osmar Dams, mas de tudo ciente e concorde seu sócio e também denunciado Leonardo Knop, sendo ambos comprovadamente beneficiários. Pelo contrato se estabeleceu o preço de R\$ 300.000,00 e a vigência até 31 de dezembro daquele ano, por duas vezes prorrogado pela via de aditivos, os quais nada dispuseram a respeito de complementação remuneratória. Por primeira vez foram explicados os itinerários, em um total de quinze linhas.

Da mesma forma que nos anos anteriores, não estava presente hipótese de inexigibilidade de licitação, por não haver inviabilidade de competição. Primeiro porque o transporte coletivo não se enquadra na definição do serviço técnico profissional especializado (art. 13 c/c art. 25, II, da Lei nº 8.666/93). Depois porque os limites geográficos do Município não podem ser parâmetro para se afirmar a inexistência de possíveis prestadores do serviço em tela, máxime porquanto elementos contidos nos autos indicam a existência de outras empresas, na cidade e na região, aptas à tarefa e potencialmente interessadas em participar da concorrência pública.

Com as condutas descritas nesta peça acusatória, os denunciados afrontaram

princípios básicos inerentes à Administração Pública, notadamente a isonomia, legalidade, moralidade e impessoalidade, acabando por obstaculizar a participação de virtuais interessados e, por conseguinte, a potencial seleção de outras empresas que oferecessem propostas mais vantajosas, de vez que não se configuraram as causas de inexigibilidade de licitação [*sic*] (fls. 03-12 - grifos do original).

Concluída a instrução do feito, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para: a) condenar o acusado Orlando Krautler às penas de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa, cada um no valor individual de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, por seis vezes, na forma do art. 71 do Código Penal; b) condenar o acusado Antônio Eduardo Martins Weinfurter às penas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada um no valor individual de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 29, *caput*, do *Codex Repressivo*, por duas vezes, na forma do art. 71 do mesmo diploma legal; e c) absolver os denunciados Leonardo Knop e Wilson Osmar Dams do crime previsto no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. A pena privativa de liberdade do acusado Antônio Eduardo Martins Weinfurter foi substituída por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, esta no valor de 5 (cinco) salários mínimos vigentes à época dos fatos. Foi-lhes concedido o direito de apelar em liberdade (fls. 140-1437-v.).

Às fls. 1452-1454-v., o magistrado *a quo* decretou, *ex officio*, a extinção da punibilidade do acusado Orlando Krautler quanto ao fato 2.1 da exordial acusatória, ante a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com fulcro no art. 109, inciso IV, c/c os arts. 110, §§ 1º e 2º (redação anterior à Lei n. 12.234/2010), 114, 119, 107, inciso I, todos do Código Penal, bem como na Súmula 497 do STF, restando a pena do acusado redimensionada para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de detenção, em regime semiaberto, e 54 (cinquenta e quatro) dias-multa, cada um no valor individual de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

Irresignada, a defesa de Orlando Krautler interpôs recurso de apelação, no qual sustentou, inicialmente, a inépcia da denúncia, na forma do art. 41 do Código de Processo Penal, ao argumento de que a peça póstica foi genérica ao descrever a conduta supostamente praticada pelo acusado, o que prejudicou o seu direito de defesa. Outrossim, postulou pela absolvição do recorrente, ao argumento de atipicidade da conduta, pois presente causa de inexigibilidade de licitação. Ponderou que, verificada a "condição única da empresa na prestação do serviço em pauta", a inexigibilidade do procedimento licitatório é lícita e encontra amparo no ordenamento legal. No mais, sustentou que não houve dolo na ação do acusado, ou seja, a efetiva intenção de produzir resultado danoso ao erário, tampouco referida lesão à Administração Pública restou comprovada (fls. 1462-1478).

Também inconformada, a defesa do denunciado Antônio Eduardo Martins Weinfurter apresentou recurso de apelação, pugnano por sua absolvição, ao

argumento da não comprovação da autoria e da culpabilidade a ele atribuída, por enfatizar a atipicidade da conduta praticada. Ponderou que o procedimento de inexigibilidade teria atendido aos critérios legais, uma vez que a empresa contratada era a única hábil a atender as necessidades do Município, situação esta que permite seja dispensado o procedimento licitatório (fls. 1482-1486).

Juntadas as contrarrazões (fls. 1488-1490-v.), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini, opinou pelo conhecimento e desprovimento de ambos os apelos (fls. 1495-1502).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação contra decisão que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou os acusados Orlando Krautler e Antônio Eduardo Martins Weinfurter às sanções previstas pelo art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, aquele por seis vezes e este por duas, ambos na forma do art. 71 do Código Penal.

Os apelos não de ser conhecidos, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Ab initio cumpre mencionar que inexistindo insurgência quanto à materialidade e autoria delitiva, propriamente ditas, passa-se diretamente às insurgências ventiladas nos apelos.

Pois bem.

Da inépcia da denúncia

Inicialmente sustenta a defesa do acusado Orlando Krautler a inépcia da denúncia, na forma do art. 41 do Código de Processo Penal, ao argumento de que a peça póstica foi genérica ao descrever a conduta ilícita supostamente praticada pelo acusado, o que prejudicou o seu direito à ampla defesa.

Sem razão o inconformismo.

Textua o art. 41 do Código Processual Penal:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Colhe-se dos autos que a proemial cumpriu todos os requisitos determinados pelo artigo supracitado, descreveu a ação criminosa, a qualificação dos acusados, a classificação do delito e trouxe o respectivo rol de testemunhas.

Nesse sentido, vale observar que é a partir da inicial que os fatos são delineados, inclusive é esta a razão da instrução probatória, necessária para o deslinde da *quaestio*. A peça inaugural não possui subsídios para já de pronto expor minuciosamente a reconstrução em tese do injusto perpetrado.

A propósito, em crimes de autoria coletiva, não é imprescindível a clara identificação da conduta de cada agente, o que pode ser obtido durante a instrução criminal, bastando a narração do delito que enseje o exercício de defesa, mesmo porque aquela tarefa, por vezes, inviabilizaria o ingresso da ação penal.

De fato, a complexidade do feito - 4 (quatro) acusados da prática de delitos de Improbidade Administrativa, perpetrados em autoria coletiva, 8 (oito) volumes, a maioria contendo provas documentais extrajudiciais -, embora obviamente não dispense todas as formalidades e garantias processuais, permite seja relativizado o rigor técnico exigido a processos mais singelos.

Acerca disso, preleciona Guilherme de Souza Nucci:

Como regra, tanto a denúncia quanto a queixa precisam conter minuciosamente descrita a imputação formulada contra alguém, possibilitando, pois, o exercício do contraditório e da ampla defesa. Além disso, quando houver mais de um acusado, é preciso que a acusação indique, com precisão, o que cada um deles realizou, evitando-se a denominada denúncia (ou queixa) genérica. A descrição imprecisa e vaga, sem haver necessidade, torna a denúncia ou queixa inepta. **Excepcionalmente, no entanto, tem-se admitido ofereça o promotor uma denúncia genérica, em relação aos coautores e partícipes, quando não se conseguir, por absoluta impossibilidade, identificar claramente a conduta de cada um no cometimento da infração penal. [...] Se vedássemos o ingresso da ação penal somente porque a conduta de cada coautor (ou partícipe) não ficou nitidamente demonstrada, haveria impunidade, o que não é desejável** (*Manual do Processo Penal*. São Paulo: RT, 2011, p. 223).

É o entendimento da excelsa Suprema Corte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DENÚNCIA: CORRUPÇÃO PASSIVA E TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. I. - Desde que permitam o exercício do direito de defesa, as eventuais omissões da denúncia, quanto aos requisitos do art. 41 do CPP, não implicam necessariamente na sua inépcia, certo que podem ser supridas a todo tempo, antes da sentença final (CPP, art. 569). Precedentes. II. - **Nos crimes de autoria coletiva, a jurisprudência da Corte não tem exigido a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado.** III. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime. IV. - HC indeferido (Habeas Corpus 85636 / PI, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 13/12/2005).

Por oportuno, colaciona-se da jurisprudência desta Câmara:

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 12 E 14 DA LEI 6.368/76) [...] **LEVANTADA INÉPCIA DA DENÚNCIA DIANTE DA AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO INDIVIDUALIZADA DAS CONDUTAS DE CADA AGENTE. NÃO OCORRÊNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE PERMITIU O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. DESNECESSIDADE DA DESCRIÇÃO MINUCIOSA DAS CONDUTAS EM CRIMES DE AUTORIA COLETIVA** [...] (Apelação Criminal n. 2008.046925-3, da Capital, rel. Des. Torres Marques, j. 04/11/2008 - grifado).

HABEAS CORPUS QUE VISA AO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - INÉPCIA DA DENÚNCIA - INOCORRÊNCIA - CONDUTAS DEVIDAMENTE INDIVIDUALIZADAS NA PEÇA PÓRTICA - CRIMES DE AUTORIA COLETIVA QUE, GERALMENTE, IMPEDEM A DESCRIÇÃO DETALHADA DA CONDUTA DE CADA AGENTE - AÇÕES QUE, ADEMAIS, PODEM SER COMPROVADAS AO LONGO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ATENDIDOS - INDÍCIOS SUFICIENTES À DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL -

JUSTA CAUSA CONFIGURADA - PEDIDO DE ORDEM DENEGADO (Habeas Corpus n. 2011.089310-0, de Joinville, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 29/11/2011 - grifado).

Dessa feita, na hipótese em tela, a peça inaugural descreve os fatos de forma suficiente, bem como a participação, dentro do possível e necessário, de cada um dos autores, e permitiu ao acusado Orlando o exercício pleno do direito de defesa, até porque nenhuma dificuldade encontrou o defensor nas defesas patrocinadas, conforme se infere das peças escritas colacionadas aos autos, preenchendo, destarte, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não havendo falar em denúncia inepta.

Do mérito

Quanto ao mérito, perseguem os recorrentes a absolvição, argumentando a atipicidade da conduta, uma vez lícita a contratação direta realizada pela Administração. Sustentam que a ação foi legitimada pela hipótese de inexigibilidade de licitação, considerando que a empresa contratada era a única capacitada a atender as necessidades do Município naquele momento. No mais, defendem a ausência de culpabilidade, pois inexisteu dolo de lesionar o erário em suas condutas. Por fim, ainda argumentam a não comprovação do efetivo dano gerado aos cofres públicos com o ato dito improbo - conforme exigência da Corte Superior.

A defesa do acusado Antônio Eduardo Martins Weinfurter ainda sustenta, genericamente, a insuficiência de provas quanto à autoria a ele atribuída.

Sem razão os apelos.

Consta da denúncia, em apertada síntese e na parte que interessa ao deslinde da *quaestio*, que o acusado Orlando Krautler, nos anos de 1997, 1999, 2000, 2001 e 2002, na condição de Prefeito da Cidade de Canoinhas - mandato que exerceu por duas vezes consecutivas -, efetivou contratação direta, na modalidade de concessão, com a empresa Coletivo Santa Cruz Ltda., para prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros e de alunos, dispensando ilegalmente, ou seja, fora das hipóteses autorizadoras, o prévio procedimento licitatório exigido para escolha do serviço.

Colhe-se, outrossim, que o acusado Antônio Eduardo Martins Weinfurter concorreu para as ilegalidades, na medida em que, por duas vezes (anos de 1999 e 2000), emitiu parecer atestando a possibilidade de contratação direta em razão da "inexistência de outras empresas de transporte no Município, não obstante a presença, na cidade e na região, de outras firmas aptas a prestar serviços de transporte coletivo e potencialmente interessadas em participar de concorrência pública" (fl. 8).

Não há discussão quanto aos fatos descritos na vestibular acusatória, uma vez que os próprios denunciados, incluindo-se os proprietários da empresa Coletivo Santa Cruz Ltda. (Leonardo Knop e Wilson Osmar Dams), estes que foram absolvidos em primeiro grau, não negaram que, desde a década de 70 (setenta), a administração pública vinha firmando e renovando sucessivos contratos com a

empresa Coletivo Santa Cruz Ltda. para concessão de serviço de transporte público coletivo de passageiros e de escolares, sem, no entanto, realizar o prévio procedimento licitatório.

O acusado Antônio Eduardo Martins Weinfurter também não nega ser o autor dos pareceres opinando pela contratação direta da empresa de transportes Coletivo Santa Cruz Ltda.

É que se vê dos interrogatórios prestados em juízo:

Que é verdadeira em parte a primeira imputação, referente ao transporte coletivo de passageiros; **que em 1999 a prefeitura e a Coletivo Santa Cruz firmaram termo de renovação de contrato de concessão sob o argumento de que a mesma empresa prestava os serviços desde o início da década de 70; que pediu parecer à assessoria jurídica e à secretaria de administração e foi orientado a renovar a concessão, tendo os profissionais da área dito que não haveria nenhuma irregularidade; [...]** que não se recorda do conteúdo dos pareceres acima referidos, mas pode afirmar que os mesmos estavam acompanhados de documentos emanados de associações e sindicatos dando conta de que não havia outra empresa na região capaz de atender a demanda do transporte coletivo de passageiros do município de Canoinhas naquela época; [...] **pelo que sabe o interrogando, as renovações contratuais continuam sendo feitas sem licitação; que é verdadeira a segunda imputação, referente ao transporte coletivo de alunos; que efetivamente o Município de Canoinhas e a empresa Coletivo Santa Cruz Ltda firmaram contrato para a prestação de transporte coletivo de escolares de 1997 a 2002, sem prévia licitação, com a dispensa da licitação ao argumento de que era inviável a competição haja vista que a referida empresa era a única capaz de atender os serviços; [...]** que também neste tópico contou com a orientação da assessoria jurídica do município para tomar sua decisão; [...] que também neste assunto os pareceres foram instruídos com declarações do Sindicato dos Motoristas e Associação dos Municípios da Região do Contestado atestando que referida empresa era a única que prestava serviços de transporte coletivo de alunos na região; [...] **que não foi feita nenhuma carta solicitando informações a outras empresas de transporte na região no sentido de descobrir se alguma outra empresa do ramo poderia atender os serviços nos moldes pretendidos pela administração do interrogando; afirma que foi realizada uma pesquisa de preço junto às empresas de Porto União e Mafra, mas não se recorda se a mesma foi documentada e oficializada, não se recordando também se referido documento, se existente, fez parte do processo administrativo que culminou na contratação direta da empresa Santa Cruz; que referida pesquisa foi feita apenas no primeiro ano; que nas renovações contratuais que se seguiram, nenhuma pesquisa foi feita e a renovação era automática; que não se recorda se havia publicação de editais proporcionando a outras empresas a concorrência no certame; que não havia divulgação prévia das linhas que seriam abarcadas pelo contrato de prestação de serviços de transporte; que ao final de cada contrato anual, a empresa Coletivo Santa Cruz era chamada para a renovação do contrato referente ao ano seguinte e nesse procedimento não havia o convite para que outras empresas pudessem participar da competição [...]** (interrogatório de Orlando

Krautler, fls. 1208-1210 - grifou-se).

Que é verdadeira em parte a imputação que lhe é atribuída; [...] a Coletivo Santa Cruz vinha prestando serviços de transporte coletivo á Prefeitura de Canoinhas desde a década de 70; que a renovação do contrato de concessão relativa ao transporte de passageiros foi feita de forma automática, sem prévia licitação, tendo sido contratado o Coletivo Santa Cruz a partir de março de 1999 para, em continuação, prestar o serviço de transporte coletivo de passageiros; que não havia a participação de outras empresas; que o município renovava os contratos automaticamente; [...] que não sabe o motivo pelo qual outras empresas não eram convidadas ou consultadas para participar do certame; que o interrogado simplesmente era chamado na prefeitura e, juntamente com seu sócio, renovava os contratos [...] (interrogatório prestado por Wilson Osmar Damms, fls. 1.218-1.219 - grifei).

Antonio Eduardo Martins Weinfurter, quando interrogado, anotou:

[...] que em abril de 1998 assumiu o cargo de procurador do município até março de 2000; que em 2000 afastou-se para do cargo para concorrer ao cargo de vereador; que em 2001 assumiu a Secretaria de Administração do Município até maio de 2002; que em maio de 2002 assumiu como vereador; [...] **que na época da renovação do contrato de concessão do transporte de coletivo de passageiros, em março de 1999, o interrogando era procurador do município e ficou responsável pela análise técnica do contrato; que pelo que se recorda não foi aberto processo de licitação, já que as renovações vinham ocorrendo de forma continuada desde a década de 70; que o contrato anterior já estava vencido o município necessitava da prestação dos serviços, razão pela qual o interrogando entendeu, na condição de procurador, que não havia necessidade de prévia licitação; que na época havia um projeto de lei municipal para a regulamentação da contratação de serviços de transporte coletivo em Canoinhas, mas o projeto não chegou a ser aprovado; que mesmo conhecendo a legislação federal relativa à matéria, o interrogando não se opôs à renovação do contrato na forma pretendida pela administração da época, até porque entendia também que a Coletivo Santa Cruz era a única empresa do município capaz de atender aos serviços que o município necessitava [...]** (fls. 1212-1213).

E os referidos pareceres encontram-se às fls. 332 e 362, possuindo ambos o seguinte texto:

Após detida análise do fato levantado pela comissão de Licitação, entendemos por bem, no exame do contido no artigo 25, inciso I da Lei nº 8.666/93, com as alterações incorporadas em 1.998 quanto a inexigibilidade ou dispensa de licitação, ter o seguinte entendimento quanto AO TRANSPORTE COLETIVO de alunos e pessoas carentes.

Trata-se de empresa de Transporte Coletivo, nominada de Empresa Coletivo Santa Cruz Ltda., estabelecida a Rua Wolff Filho, 25, nesta cidade de Canoinhas, não havendo outra empresa que efetue os serviços de transporte Coletivo.

Anexado ao processo encontra-se declaração firmando a ser a mesma

ÚNICA na cidade, além de comprovar por outros fatores a compatibilidade de sua tarifa com a exercida na região e portanto por haver inviabilidade de competição. Evidenciado está, também, que **a empresa encontra-se instalada no Município e vem praticando tarifa equânime, no exercício de suas funções, eis que o gênero da empresa, é necessariamente fornecido na cidade pela mesma, sem outra de mesma finalidade.**

Portanto, salvo melhor juízo, entendemos que a empresa está dispensada da licitação ou mesmo sendo inexigível que a mesma venha a ocorrer, para que se possa realizar a contratação. Além do mais, nenhum prejuízo ao erário Municipal ocorrerá, até porque o valor praticado, fica aquém daquele praticado no meio regional, muito ao contrário, eis que a empresa estabelecida vem contribuindo e recolhendo tributos, assim como também vem fornecendo empregos no Município.

Este é o parecer (grifou-se).

As questões debatidas, portanto, cingem-se à atipicidade das condutas, em razão da presença de hipótese autorizadora da inexigibilidade do certame e na ausência de prejuízo ao erário, tal como na inexistência de dolo de lesionar a Administração Pública nas ações dos acusados.

Pois bem.

Preceitua o art. 89 da Lei de Licitações:

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.

Sobre o injusto em questão, leciona Marçal Justen Filho:

O tipo exige a atuação do servidor público (na acepção ampla do art. 84), pois a decisão de efetivar contratação direta incumbe ao agente da Administração Pública. Estarão sujeitos à sanção penal todos os servidores a quem incumbir o exame do cumprimento das formalidades necessárias à contratação direta (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1033).

E Guilherme de Souza Nucci explica:

Análise do núcleo do tipo: *dispensar* (prescindir de algo, desobrigar-se em relação a alguma coisa) ou *inexigir* (não reclamar ou demandar algo) são condutas mistas alternativas, cujo objeto é a licitação.

[...]

Portanto, o agente pode, por exemplo, realizar uma aquisição de bens para ente estatal prescindindo da licitação, quando estiver no contexto preceituado pelo art. 24 da Lei 8.666/93. Por outro lado, pode realizar a referida aquisição de bens, sem demandar a licitação, quando esta for considerada inexigível, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93. Nota-se, pois, que os verbos são equivalentes, mas foram inseridos como método de referência aos citados arts. 24 e 25 desta Lei. A dispensa vincula-se ao art. 24; a inexigência, ao art. 25. No mesmo sentido, está a lição de

Marçal Justen Filho (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 629).

[...] o sujeito ativo é o servidor público, nos termos do art. 84 desta Lei. Ver: STJ: ' A pessoa apta a praticar a conduta típica penal prevista no art. 89 da Lei 8.666/93 é o agente administrativo competente para praticar o ato e não o seu órgão consultivo. A eventual imputação desse crime ao parecerista somente pode ser evidenciado ante a norma de extensão prevista no art. 29 do Código Penal, porém, nessa hipótese, é imprescindível a demonstração do nexó de causalidade entre a conduta do partícipe e a realização do fato típico' (HC 153.097-DF, 5.ªT., rel. Arnaldo Esteves Lima, 15.04.2010, v.u.).

[...] o crime é próprio, mas não é de mão própria, o que significa admitir coautoria e participação. Portanto, é possível haver um conluio entre vários servidores público (de alto e baixo escalão) para o cometimento do crime [...] (*Leis penais e processuais penais comentadas* - 7 ed. Rev. Ampl. - São Paulo: Ed. Rev. Dos Tribunais, 2013, p.463-464 - grifos do original).

Por sua vez, dispõe o art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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.

No mesmo caminho, preconiza o art. 175 também da Carta Magna: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, **sempre através de licitação**, a prestação de serviços públicos" (grifou-se).

E também o art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995, esta que regulamenta o regime de concessões e permissões:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II - **concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica** ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

Nos termos do dispositivo supra, verifica-se que a regra é clara ao

estabelecer expressamente a necessidade do prévio procedimento licitatório para contratação de serviços públicos sob o regime de concessão, especificando, para tanto, a modalidade de concorrência.

Por sua vez, é sabido que a Lei n. 8.666/1993 - cuja aplicação é subsidiária aos contratos de concessão, nos termos de seu art. 124 -, prevê expressamente as hipóteses de inexigibilidade de licitação, referidas no tipo penal ora analisado. Confira-se:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º - Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º - Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Ainda que o rol do supramencionado artigo seja meramente exemplificativo - disso não se discorda -, para que o caso concreto amolde-se a inexigibilidade de licitação, necessário se faz a efetiva demonstração da situação excepcional que inviabiliza qualquer possibilidade de competição.

Neste sentido, leciona Marçal Justen Filho:

É difícil sistematizar a todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível ser delimitada através de regras legais. Sobre esse tema, voltar-se-á adiante. As causas de inviolabilidade de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. **Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado.**

[...]

3.1) Ausência de alternativas

A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si cotejadas (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 406-407).

In casu, contudo, a alegada inviabilidade de competição não restou demonstrada nos autos, ao contrário, o que se verificou das provas amealhadas no presente processo é que havia, sim, outras empresas na região com potenciais possibilidades de prestar satisfatoriamente o serviço de que o Município necessitava.

A demonstrar o exposto, os documentos repousados às fls. 90, 221-237, 1321, 1322-1323, 1328-1329, dentre outros acostados aos autos, não deixam margem de dúvidas acerca da existência de outras empresas que, à época, prestavam o serviço de que o Município visava. Verificam-se empresas situadas tanto na Cidade de Canoinhas (Empresa Nevestur), quanto na região (Viação Santa Clara Ltda. e Expresso Deomar Ltda-ME, ambas na Cidade de Mafra, Transportes Coletivos Tresbarrense Ltda., na Cidade de Três Barras, Auto Viação União Ltda., Transportes Carrer Ltda., Wilrich Sistema de Transportes Ltda, Reunidas S.A. e outras, todas na Cidade de Porto União), sem contar inúmeras outras que atuavam em diversas Cidades deste Estado de Santa Catarina.

Neste tocante, convém citar trechos dos interrogatórios prestados pelos acusados, oportunidade em que eles próprios confirmam ter ciência de outras empresas, além daquela comumente contratada, com capacidade de desempenhar o serviço de transporte público e escolar no Município de Canoinhas:

[...] **que como morador da cidade de Canoinhas há mais de dez anos o interrogando tinha conhecimento de que havia outras empresas na região, sobretudo em Mafra e Porto União que também prestavam serviço de transporte coletivo de passageiros;** afirma que não tinha conhecimento de outra empresa do ramo instalada em Canoinhas a não ser a própria Coletivo Santa Cruz; que ainda hoje a mesma empresa presta serviço de transporte coletivo de passageiros à cidade; [...] **que também nesse particular o interrogando tinha conhecimento de que os Municípios de Mafra e Porto União contavam com o transporte coletivo de alunos feito por empresas daquelas cidades; que também neste tópico contou com a orientação da assessoria jurídica do município para tomar sua decisão;** [...] que também neste assunto os pareceres foram instruídos com declarações do Sindicato dos Motoristas e Associação dos Municípios da Região do Contestado atestando que referida empresa era a única

que prestava serviços de transporte coletivo de alunos na região; **que se recorda da existência da empresa Nevestur atuando em Canoinhas na época dos fatos**; que não sabe se a referida empresa estava regularmente constituída e acredita que ela tinha apenas um ônibus circulando na cidade; que referido ônibus era 'velho, caindo aos pedaços'; que não sabe quem era o proprietário da referida empresa; **que agiu conforme narrado no início por entender que se tratava de uma 'decisão de governo'**, já que sua prioridade na administração municipal foi a melhoria da educação; [...] optando por escolher uma empresa situada em Canoinhas; **que não foi feita nenhuma carta solicitando informações a outras empresas de transporte na região no sentido de descobrir se alguma outra empresa do ramo poderia atender os serviços nos moldes pretendidos pela administração do interrogando**; afirma que foi realizada uma pesquisa de preço junto às empresas de Porto União e Mafra, mas não se recorda se a mesma foi documentada e oficializada, não se recordando também se referido documento, se existente, fez parte do processo administrativo que culminou na contratação direta da empresa Santa Cruz; que referida pesquisa foi feita apenas no primeiro ano; que nas renovações contratuais que se seguiram, nenhuma pesquisa foi feita e a renovação era automática; que não se recorda se havia publicação de editais proporcionando a outras empresas a concorrência no certame; que não havia divulgação prévia das linhas que seriam abarcadas pelo contrato de prestação de serviços de transporte; que ao final de cada contrato anual, a empresa Coletivo Santa Cruz era chamada para a renovação do contrato referente ao ano seguinte e nesse procedimento não havia o convite para que outras empresas pudessem participar da competição [...] Que não chegou a debater com os assessores o fato de saber, como munícipe, que havia outras empresas na região teoricamente habilitadas para a prestação do serviço de transporte coletivo, tendo acolhido e acatado integralmente o parecer que lhe foi apresentado; que não tinha certeza se outras empresas da região não teriam interesse em participar do certame; que não sabia quantos ônibus as referidas empresas poderiam disponibilizar e também não procurou se informar a respeito disso; que nenhuma diligência ou pesquisa foi feita pelo município em nível estadual para verificar a existência de outras empresas do ramo interessadas em participar da competição e teoricamente aptas para a prestação dos serviços; que tinha conhecimento na época de que há outras empresas no Estado de Santa Catarina que prestam o mesmo serviço; que não achou estranho o fato de o parecer ter afirmado a inexistência de outras empresas capazes de concorrer mesmo sabendo, por outro lado, como cidadão, que havia de fato outras empresas habilitadas para a prestação do mesmo serviço [...] (interrogatório de Orlando Krautler, fls. 1208 -1210 - grifou-se).

[...] que na época o proprietário da empresa Nevestur Turismo esteve na prefeitura interessado em participar na prestação de serviço apenas com relação às linhas do centro; [...] que a Nevestur Turismo tinha cinco ou seis ônibus atuando em Canoinhas na área de turismo e estava há pouco tempo trabalhando na cidade; que não sabe quantos ônibus a empresa possuía no seu conjunto, já que vinha de fora; que na época tinha conhecimento de que os municípios de Mafra e Porto União contavam com empresas no ramo de

transporte coletivo atuando em condições semelhantes às pretendidas pelo município de Canoinhas; [...] que houve a renovação automática da concessão em favor da Coletivo Santa Cruz, conforme narrado na denúncia; [...] que na época dos fatos a empresa Reunidas já atuava no município de Canoinhas e o interrogando não se recorda se a mesma foi consultada/convidada para participar do certame; [...] que o interrogando tinha conhecimento de que em Mafra e Porto União havia empresas que prestavam serviços de transporte coletivo; que como morador de Canoinhas o interrogando sabia que na região e no Estado de Santa Catarina havia outras empresas capazes de prestar os serviços que o Município necessitava; [...]" (interrogatório de Antônio Eduardo Martins Weinfurter, fls. 1213-1215 - grifou-se).

E dos interrogatórios dos acusados Leonardo Knop e Wilson Osmar Dams, no mesmo sentido, colhe-se:

[...] que na época dos fatos a empresa Nevestur Turismo tinha quatro ou cinco ônibus atuando em Canoinhas; que na época dos fatos a empresa Reunidas tinha entre dez e quinze ônibus atuando na região de Canoinhas; que não sabe se a prefeitura dava publicidade à sua intenção de contratar serviços de transporte coletivo; que na época o sócio do interrogando era chamado para comparecer à prefeitura e levar documentos destinados à contratação da Coletivo Santa Cruz para a referida prestação de serviços; [...] **Que tem conhecimento e também tinha na época dos fatos de que há algumas outras empresas no Estado de Santa Catarina que prestam o serviço de transporte coletivo de alunos e de passageiros; que a empresa do interrogando é a maior e mais bem estruturada da região, mas há outras ainda maiores dentro do Estado de Santa Catarina;** [...] que na época a empresa Nevestur atuava em duas linhas de transporte coletivo de alunos para o município de Três Barras (interrogatório de Leonardo Knop, fls. 1.216-1.217 – grifou-se).

[...] que tinha conhecimento, como empresário do ramo, que havia outras empresas no Estado de Santa Catarina também aptas a prestar o serviço que o município necessitava; que na época dos fatos a empresa Coletivo Santa Cruz disponibilizava cerca de dez ônibus para o transporte coletivo de passageiros e cerca de 21 ônibus para o transporte coletivo de alunos, de modo a atender os dois contratos mencionados na denúncia. [...] **Que tem conhecimento que em Mafra e Porto União há empresas e também haviam na época empresas de transporte coletivo do mesmo porte da sua empresa, em tese aptas a prestar os mesmos serviços; que na época a empresa Nevestur Turismo fazia algumas linhas de transporte coletivo de alunos para Três Barras [...]"** (interrogatório de Wilson Osmar Dams, fls. 1.218-1.219 - grifou-se).

Da prova testemunhal ainda colhem-se outros subsídios.

Ézio Rodrigues, Presidente do Sindicato de Motoristas da região, ponderou:

[...] que o declarante era presidente do Sindicato dos Motorista; que o Sindicato abrange todo o planalto norte; que desconhece empresas com porte maior que a Coletivo Santa Cruz; que o sindicato recebeu poucas reclamações trabalhistas em relação à empresa Coletivo Santa Cruz, sendo que todos foram resolvidos administrativamente; que pelo que sabe a Coletivo Santa Cruz era a única que preenchia os requisitos solicitados pelo município de Canoinhas; que acredita que a empresa possui aproximadamente quarenta e cinco carros; que as tarifas cobradas na região são semelhantes; que desconhece o teor dos contratos objeto do presente processo; **que os demais municípios do planalto norte tem serviço de transporte municipal; que em Porto União o serviço é prestado pela empresa Piedade; em Mafra pelas empresas Santa Clara e Elo; que pelo que sabe a empresa Coletivo Santa Cruz também prestou, há anos, serviço de transporte municipal no município de Bela Vista** (mídia de fl. 1313, conforme transcrição realizada à fl. 1411-v - grifou-se).

Paulo Henrique Brolini Glinski, também Procurador do Município de Canoinhas à época dos fatos, mencionou:

[...] que o transporte coletivo urbano e rural é prestado pela empresa Coletivo Santa Cruz desde a década de 1970; que em 1999 foi renovado o contrato com a empresa Coletivo Santa Cruz; que a empresa Coletivo Santa Cruz era a única na região com capacidade para prestar os serviços; [...] que a partir do ano de 2000 o município passou a adotar processo de licitação; que ouviu falar que o Tribunal de Contas autorizou a contratação da empresa Coletivo Santa Cruz da forma como aconteceu; **que ao procurador do município incumbe manifestar-se sobre a legalidade ou não do procedimento licitatório; [...]; que na renovação do contrato de transporte o declarante acredita que não houve processo de dispensa de licitação; que no transporte de alunos, a partir do ano 2000, foi realizado um procedimento de inexigibilidade de licitação;** que um dos procuradores cuidava da parte licitatória; **que a empresa do Neves procurou o município na intenção de prestar serviço de transporte; que o declarante passava pela garagem da empresa de Neves e sabe que tinha um ou dois carros;** que o declarante atuou na área tributária do município por bastante tempo e na de licitação por poucos períodos, quando algum dos demais procuradores estava de férias; que acredita que havia uma lei municipal sobre transporte coletivo urbano e rural de 1971 a 1999; **que em 1999 houve a renovação do contrato; que posteriormente houve um procedimento licitatório de inexigibilidade para transporte de alunos; [...]** (mídia de fl. 1.297, conforme transcrição realizada à fl. 1411-v e 1412 - grifou-se).

José Orlei Adur, funcionário da empresa Reunidas S.A., disse:

[...] que entre 1997 e 2002 o declarante exercia o cargo de gerente da empresa Reunidas; que a Reunidas tem filial em Canoinhas; que a Reunidas não executa transporte escolar, nem transporte urbano ou rural de passageiros, mas apenas transporte intermunicipal e interestadual de passageiros; que na cidade de Canoinhas não há empresa com estrutura maior que a Coletivo Santa Cruz; que são necessários mais de quarenta carros para executar esse serviço no município; que

conhece pouco as empresas de transporte de Monte Castelo, Itaiópolis, Mafra, Porto União e Caçador; que conhece uma empresa em Mafra, que tem poucos carros; que acredita que as empresas das demais cidades tem porte menor que a Coletivo Santa Cruz; **que a empresa de José Aparecido Neves possui dois ou três carros e fazia o transporte de universitários entre Canoinhas e União da Vitória; que não conhece as empresas de transporte de Itaiópolis e Monte Castelo; que as empresas de Mafra têm de dez a doze carros, ao menos a empresa Elotur;** que a empresa de José Aparecido Neves é conhecida por Nevestur (mídia de fl. 1.297, conforme degravação constante à fl. 1412 - grifou-se).

Paulo César Safaneli, servidor público municipal que integrava a Comissão de Licitação na época dos fatos, inquirido, afirmou:

[...] que entre 1997 e 2002 o declarante participou de comissões de licitação, mas não sabe precisar os períodos; **que pelo que sabe até 2002 o transporte escolar foi contratado mediante processo de dispensa ou inexigibilidade licitação; que órgãos informaram que a única empresa que podia realizar o serviço a contento era a contratada;** que houve pesquisa de preço; que à época da contratação acredita que a empresa tinha de 20 a 30 veículos; que não se recorda como era feita a pesquisa de preço; que depois de 2002, **após denúncias, passou-se a adotar a licitação na modalidade concorrência;** que a concorrência é divulgada em jornais e divulgada no diário oficial do Estado; **que não se recorda quantas empresas participaram da licitação; que a empresa que tem ganho as licitações é a Coletivo; que em um dos anos as linhas foram loteadas e uma empresa de Itaiópolis ganhou algumas linhas, mas não conseguiu executar o serviço e o contrato foi cancelado;** que a Coletivo Santa Cruz tem uma garagem, posto de lavagem, escritório e oficinas; que pelo que se recorda, a quantidade mínima de veículos exigida na última licitação, em 2007 ou 2008, era de trinta e cinco; que no processo de dispensa de licitação é atestada apenas a causa de dispensa; que eram colhidas declarações de órgãos e verificado se os valores das tarifas eram os de mercado; que o valor da tarifa era igual ou menos que o das cidades vizinhas; que desconhece outras empresas com o porte da Coletivo Santa Cruz na região; **que o processo de dispensa passa pela análise do assessor jurídico; que o município tinha um procurador específico para a área de licitações;** que não se recorda se o procurador da área de licitações era o réu Antônio; **que não se recorda se em 1997 houve processo formal de dispensa ou inexigibilidade de licitação; que o procurador do município elaborava os pareceres para a Comissão Permanente de Licitação** (mídia de fl. 1.297, conforme degravação constante à fl. 1412-1412-v - grifou-se).

As demais testemunhas ouvidas (Luiz Cesar Batista, Eliseu Krailing, Juceres Wiese Roeder, Marilei Pereira Schilckmann, Marili de Fátima Pereira Ecker), limitaram-se a asseverar que desconheciam a existência de empresa de transportes situada no Município de Canoinhas, além da empresa Coletivo Santa Cruz, que pudesse desempenhar o serviço para a municipalidade (mídia de fl. 1297).

Como se vê, comprovada a existência de potenciais empresas, além daquela comumente contratada, aptas a desenvolver o serviço de transporte público e

escolar na Cidade de Canoinhas, afastada está a hipótese de inexigibilidade de licitação. Portanto, ilícita a contratação direta realizada, por clara violação aos princípios que regem a Administração Pública, mormente a legalidade e impessoalidade, tal como aqueles que norteiam o procedimento licitatório, convindo citar a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa.

Outrossim, necessário elucidar que é manifestamente ilegal impor discriminação fundada em critério geográfico - como no caso de limitar a participação no certame de empresas situadas fora dos limites territoriais do Município -, por manifesta afronta ao princípio da isonomia.

Neste sentido, colhe-se, novamente, da obra de Marçal Justen Filho:

Discriminação fundada em critério geográfico

Como regra, **é proibida distinção fundada exclusivamente na sede, domicílio ou naturalidade dos licitantes**. A vedação deriva da Constituição, não apenas por força do princípio da isonomia mais por efeito da própria estrutura federativa do Brasil (CF, art. 19, inc. III).

Como decorrência, são vedadas cláusulas vulgarmente encontradas em licitações, por meio das quais se pretende impedir ou onerar empresas estabelecidas em Municípios ou Estados distintos daqueles que promovem a licitação .

Em diversos casos concretos, instrumentos convocatórios exigiam que o interessado tivesse domicílio em determinado município ou Estado para habilitar-se à licitação. Em outros casos, os critérios de julgamento compreendiam a mesma matéria, estabelecendo preferências ou benefícios para aqueles que tivessem domicílio em certo local ou recolhessem tributos para determinada entidade federativa. Por vezes, a discriminação era feita de modo indireto. Mas a vedação apanha a discriminação velada ou indireta, em que se atribui à naturalidade, à sede ou ao domicílio algum efeito jurídico para fins de classificação de propostas (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 82).

Neste caminho, *mutatis mutandis*, colhe-se da jurisprudência da Corte Suprema:

LICITAÇÃO PÚBLICA. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei nº 12.204/98, do Estado do Paraná, com a redação da Lei nº 13.571/2002. **Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade. Ofensa ao art. 19, II, da vigente Constituição da República. Inconstitucionalidade declarada.** Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. **É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro** (ADI n. 3583/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 21/02/2008).

E também deste Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR CONCEDIDA EM MANDADO DE

SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA DESARRAZOADA PARA A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS. IMPUGNAÇÃO DE CLÁUSULA EDITALÍCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

"A exigência de localização da empresa licitante a uma distância não superior a 100 km do município contratante, sem qualquer justificativa por parte da Administração da necessidade de impor tal restrição à participação no certame, viola o princípio da isonomia e o caráter competitivo da licitação (TJSC, Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2007.046812-4, de Camboriú, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 08-04-2008) (Agravo de Instrumento n. 2013.048578-9, de Biguaçu, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 17/10/2013 - grifou-se).

Destarte não há como dar respaldo a conduta do administrador que, pautado em critério geográfico, autoriza a contratação direta de serviço público, com fundamento na inexigibilidade de licitação em razão da inviabilidade de competição, sustentando apenas existir uma empresa apta nos limites territoriais do Município a desempenhar o serviço de que a Administração necessita, quando na região existem inúmeras outras empresas potencialmente capacitadas a prestar o serviço.

Do mesmo modo, não há como isentar o Procurador Municipal de sua responsabilidade pelos pareceres por ele emitidos - ambos com idêntico teor, ou seja, mera repetição de argumentos -, os quais, no visível objetivo de "dar ares de legalidade" ao ato improbo, atestaram a viabilidade da contratação direta, ainda que com evidente violação à legislação federal.

Ademais, pelas próprias palavras do acusado Orlando, vislumbra-se que os pareceres emitidos por Antônio, de fato, influenciaram negativamente a decisão de avaliar a inexigibilidade da licitação - situação que, embora não afaste a responsabilidade do gestor público, que deveria munir-se das cautelas necessárias antes da prática do ato, determina seja o Procurador Municipal também responsabilizado por seus atos, na medida de sua culpabilidade.

A propósito da responsabilidade do procurador nestes casos, tema, não se ignora, ainda muito controvertido, convém trazer os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

24) Responsabilidade da assessoria jurídica

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que vier a ser praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.

A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações,

para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição. Entendimento similar pode pôr-se quanto à avaliação sobre os fatos relevantes para uma decisão.

Por isso, poderá (deverá) punir-se o servidor público que adota interpretação contrária ao Direito, aberrante, ou se o prolator do parecer desvirtuar os fatos ocorridos, adotando versão não fundada em documentos ou outras provas.

[...]

O tema foi trazido à tona especialmente em virtude de decisão do STF, proferida no Mandado de Segurança nº 24.073-3/DF, em cuja ementa se lê o seguinte:

-Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativa a serem estabelecidas nos atos de administração ativa (-). **O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo (-).** (rel. Min. Carlos Velloso)

No âmbito do TCU, a decisão do STF acabou gerando o entendimento consagrado no Acórdão nº 462/2003, Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, no sentido de que:

-O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos (-) **Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexó de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário. Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.-**

Seguindo essa linha de entendimento, o TCU deixou de responsabilizar o signatário de parecer jurídico favorável a uma contratação posteriormente reputada viciada porque seu conteúdo não se configurava como -desarrazoado, omissivo ou tendencioso-, tendo sido elaborado com fundamento em informações não exatas (Acórdão nº 1.616/2003, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti). Mas, **em outra oportunidade, impôs a responsabilização -porque, no presente caso, o parecer jurídico de responsabilidade do ex-Procurador-Geral foi fundamental para a contratação direta, que resultou grave infração à norma legal (-).**

(Acórdão nº 1.412/2003, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa)

Ao longo do tempo, vem se verificando uma série de precedentes relativamente ao tema, com uma evidente tendência à responsabilização do subscritor de parecer jurídico eivado de defeitos técnicos ou que deixe de identificar problemas concretos existentes na realidade.

Jurisprudência do STF

-Advogado Público - Responsabilidade - artigo 38 da Lei nº 8.666/93 - Tribunal de Contas da União - Esclarecimentos. **Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não,** descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.- (MS nº 24.584/DF, Plenário, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09.08.2007, DJ de 20.06.2008).

-I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; **(ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;** (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica [sic] deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. **Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.** Mandado de segurança deferido.- (MS nº 24.631/DF, Plenário, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. Em 09.08.2007, DJ de 31.01.2008)

Esses dois julgados do STF comportam algumas ponderações. Primeiramente, cabe destacar que o sujeito assume responsabilidade pela emissão de um parecer (de cunho jurídico ou não jurídico). Justamente por isso, poderão ser exigidos esclarecimentos do sujeito e poderá vir ele a ser responsabilizado pelas manifestações expostas na peça.

[...]

A natureza vinculante ou não do parecer relativamente à autoridade administrativa é irrelevante para determinar a extensão da responsabilidade do seu emitente. Dita eficácia pode apresentar relevo relativamente à autoridade administrativa, não quanto ao emitente do parecer. Assim, é evidente que não caberá responsabilizar a autoridade administrativa que, em virtude de determinação legal, for constrangida a decidir nos termos exatos e precisos de um parecer fornecido pelo assessor jurídico. Mas daí não se segue que o emitente do parecer jurídico seria automaticamente responsabilizável por todo e qualquer parecer de cunho vinculante

que emitisse.

A responsabilidade do emitente do parecer - tenha ou não dito parecer cunho vinculante, seja ou não obrigatório - depende do conteúdo e das circunstâncias.

Em todos os casos, **não se admite que o parecer teria cunho meramente -opinativo-, tal como se o emitente de um parecer fosse um inimputável, não subordinado ao dever de formular a melhor e mais adequada manifestação possível.** O que se deve ressaltar é que **o emitente de um parecer não pode ser punido nem responsabilizado por adotar uma dentre diversas interpretações ou soluções possíveis e teoricamente equivalentes.** Cabe ao autor de um parecer examinar com cautela todas as circunstâncias do caso concreto, apontando as possíveis divergências e revelando conhecimento técnico e jurídico sobre os fatos, a ciência e a lei. A opção por uma dentre diversas alternativas dotadas de idêntico respaldo não comporta responsabilização, mesmo que o parecer seja obrigatório e de cunho vinculante. Mas a escolha por uma solução desarrazoada, tecnicamente indefensável, incompatível com os fatos concretos, não respaldada pela doutrina e pela jurisprudência acarreta a responsabilização de seu autor *ainda* que o parecer seja facultativo e não vinculante.

Enfim, a natureza obrigatória ou vinculante do parecer pode agravar a responsabilização do emissor de um parecer mal elaborado e defeituoso, mas não significa a punibilidade para um parecer bem fundamentado, ainda que tenha manifestado entendimento que não venha a ser reputado como o mais adequado e correto.

Jurisprudência do TCU

[...]

-Lembro que o parecer jurídico é obrigatório no procedimento licitatório, nos termos do art. 38 da Lei de Licitações e, como tal, possui caráter até vinculante, podendo levar à responsabilização do parecerista, como apregoado no Acórdão 462/2003-Plenário. (-)

Logo, ao emitir parecer pela legalidade do edital (e seu anexo), em afronta ao art. 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666, de 1993, o procurador municipal opinou em sentido contrário ao ordenamento jurídico e, dessa forma, subsidiou decisão da administração pela publicação incompleta do orçamento da obra a ser contratada pelo município. E o gestor municipal, ao acolher a proposição do parecerista, decidiu de forma contrária ao interesse público.

Nesse sentido, o parecerista jurídico merece ser responsabilizado pelo ato praticado com erro grosseiro e inescusável, mormente neste caso em que a não divulgação da planilha de custo permitiria o favorecimento da empresa do sobrinho do prefeito, cabendo-lhe assim a apenação, conforme já assentado na jurisprudência deste Tribunal.- (Acórdão nº 607/2011, Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho)

[...]

-(...) o simples fato de o parecer ser reconhecidamente de caráter opinativo não tem o condão de liberar automaticamente seus autores de toda e qualquer responsabilidade. Resta ainda a responsabilidade pela produção da própria peça opinativa, que não pode dissociar-se dos objetivos que a lei para ela estabelece (-).

Assim, persiste ainda a responsabilidade pelo conteúdo do parecer ou pela maior ou menor eficácia do parecerista em informar corretamente o administrador acerca da decisão a ser tomada. Ao não alertar o gestor para as manifestas ilegalidades implícitas na contratação pretendida, o parecer deixa

de cumprir a função precípua que lhe reserva a lei, atraindo inevitavelmente a responsabilidade dos seus autores, salvo o erro de avaliação ou a omissão escusáveis.- (Acórdão nº 2.739/2010, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes)
[...]

-A responsabilidade solidária do advogado parecerista só poderia ser afastada se restasse comprovado que o parecer em questão estava devidamente fundamentado na doutrina e na jurisprudência, o que não parece ser o caso em exame, como anteriormente exposto. A responsabilização também não poderia ocorrer se não ficasse perfeitamente caracterizado o nexos causal entre a opinião emitida e a tomada de decisão pelo gestor, o que também não parece ser a hipótese que enquadra o fato concreto examinado.- (Acórdão nº 1.186/2010, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro)
[...]

-5. Quanto à questão dos pareceres jurídicos, este Tribunal tem adotado o entendimento de que **é possível aplicar sanção aos gestores e aos assessores jurídicos pelos pareceres que não estejam fundamentados em razoável interpretação das normas e com grave ofensa à ordem jurídica.** Nesse sentido, cito os Acórdãos nºs 462/2003, 512/2003 e 1.412, todos do Plenário do TCU. No corrente caso, os pareceres do assessor jurídico da Codevasf apresentam patente dissonância com as razoáveis exegeses acerca do assunto tratado nestes autos, como bem demonstrou a instrução da unidade técnica.- (Acórdão nº 2.189/2006, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes)

-(...) É fundamental também esclarecer que esta Corte admite, em determinados casos, a possibilidade de responsabilização de procurador responsável pela emissão de parecer jurídico, que embasa dispensa de licitações, sempre que pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato (Acórdão nº 1.116/2004 - Plenário). 11. **Ademais, quanto ao gestor que alega estar amparado em parecer, alerto que, conforme o Acórdão n. 19/2002 - Plenário. -(...) não aproveita ao recorrente [gestor] o fato de haver parecer jurídico e técnico favorável à contratação. Tais pareceres não são vinculantes ao gestor, o que não significa ausência de responsabilidade daqueles que os firmam. Tem o administrador obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração.--** (Acórdão nº 3.564/2006, 1ª C., rel. Min. Marcos Bemquerer Costa)

Por outro lado, verifica-se a ausência de definição precisa da situação jurídica da autoridade competente para decidir. Há precedentes em que se afirma que a decisão administrativa que invoca o parecer jurídico não acarreta responsabilidade para a autoridade competente. Há outros casos em que se decidiu que a responsabilidade da autoridade administrativa não é afastada nos casos em que a autoridade encampar o parecer jurídico. Em princípio, o reconhecimento do cunho vinculativo do parecer jurídico tem de acarretar a ausência de responsabilização pessoal da autoridade competente. Se a autoridade competente nada mais pode fazer senão seguir a orientação contemplada no parecer jurídico. Assim se passa porque não se pode cogitar de responsabilidade objetiva da autoridade. Deve haver um elemento subjetivo reprovável, hipótese que não se verifica quando a decisão consiste em pura e simples adoção de um parecer de eficácia vinculante.

Logo, a responsabilização pessoal da autoridade competente somente

pode ser cogitada se for reconhecida a ausência de vinculatividade do parecer jurídico. Em tal hipótese, reconhece-se a autonomia da autoridade competente para avaliar o conteúdo do parecer jurídico e aceitá-lo ou não. Logo, remanesceria uma margem de competência decisória na atuação da autoridade competente. Essa margem de competência é que poderia justificar a responsabilização da autoridade. Em outras palavras, todas as decisões que reconhecem a responsabilidade pessoal da autoridade competente importam, de modo necessário, o reconhecimento da ausência de eficácia vinculante do parecer da assessoria jurídica.

Essa se afigura a orientação juridicamente mais adequada. Em qualquer caso, caberá verificar o conteúdo da atuação de cada um dos agentes para avaliar a existência de erro ou defeito na sua atuação.

Jurisprudência do TCU

[...]

-(...) Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar o posicionamento a ser adotado pelas instâncias decisórias, uma manifestação contaminada por erro técnico, de difícil detecção, acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos possíveis prejuízos daí advindos.

8. O gestor que autoriza, homologa e assina os atos impugnados torna-se responsável pela sua prática e não pode, posteriormente, tentar eximir-se atribuindo responsabilidade às demais instâncias envolvidas na prática do ato.- (Acórdão nº 342/2007, 1ª C., rel. Min. Marcos Bemquerer Costa) (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 596-602 - grifou-se).

Cumpre, outrossim, novamente colacionar a nova posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal nestas hipóteses:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) **quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;** (iii) **quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.**

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do

parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. **Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.** Mandado de segurança deferido (Tribunal Pleno, MS n. 24631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09/08/2007 - grifou-se).

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. **Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não,** descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos (MS n. 24584/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09/08/2007).

E desta Corte, pinça-se o seguinte precedente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATAQUE À DECISÃO QUE RECEBEU A EXORDIAL EM AÇÃO CIVIL DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **AGRAVANTE OCUPANTE DE CARGO DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO. ÔNUS DE FISCALIZAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS NO CURSO DOS PROCESSOS LICITATÓRIOS. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO NO BOJO DOS DOIS CERTAMES, ATESTANDO A LICITUDE DOS PROCEDIMENTOS. INDÍCIOS PLAUSÍVEIS DE SEREM AVERIGUADOS JUDICIALMENTE E HÁBEIS A JUSTIFICAR O RECEBIMENTO DA INICIAL,** MORMENTE NESTA FASE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA DA AÇÃO, REGIDA, QUE É, PELO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. **PARECER, DEVERAS SUCINTO, EXARADO PELA AGRAVANTE, INCAPAZ DE ESCLARECER ACERCA DA APROVAÇÃO DOS ATOS LICITATÓRIOS.** AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE PROVA DE INEXISTÊNCIA DO ATO ÍMPROBO, DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO OU DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA QUE IMPORTARIA O NÃO RECEBIMENTO DA ACTIO. EXEGESE DO ARTIGO 17, §§ 8º E 9º, DA LEI N. 8.429, DE 2.6.1992. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...] (Agravo de Instrumento n. 2011.005569-0, de Imaruí, rel. Des. Gaspar Rubick, j. 12/06/2012 - grifou-se).

Como se vê, há posicionamentos diversos sobre o assunto.

Conquanto, concorda-se com o doutrinador susomencionado quando pondera que, ainda que o Administrador não esteja completamente vinculado ao parecer, podendo agir de forma contrária ao sugerido, o procurador deve, sim, ser responsabilizado nas hipóteses em que emitir solução desarrazoada, não respaldada pelo ordenamento jurídico, pela doutrina ou pela jurisprudência, ou seja, quando opinar por uma decisão manifestamente ilegal, influenciando os atos decisórios para o caminho da ilicitude.

E esta é exatamente a situação presente.

Portanto, verificada a manifesta ilegalidade atestada pelo procurador nos

pareceres por ele emitidos, ou seja, vislumbrado o erro grosseiro, correta a sua responsabilização pela participação no ilícito previsto no art. 89, *caput*, da Lei de Licitações, nos moldes do art. 29 do Código Penal, em concurso (solidariamente) com o acusado Orlando.

Por outro viés, quanto à culpabilidade dos acusados, embora não se desconheça o atual posicionamento da Corte da Cidadania, no sentido de que apenas existirá o crime do art. 89 da Lei de Licitações se houver dolo específico do agente em causar prejuízo à administração pública, além de provas de que a conduta perpetrada resultou em evento danoso ao erário, com a máxima vênia, não é este o entendimento deste Órgão Fracionário.

É sabido que o procedimento licitatório, além de ser um instrumento apto a alistar a proposta mais vantajosa à Administração, revela-se, em sua concepção mais moderna, um recurso de suma importância a garantir a possibilidade de participação de todos os interessados, vinculando a Administração "à lei e ao edital, ao agir impessoal, moral e probo, e à obrigatoriedade de publicar todos os atos licitatórios" (BARROS, Wellington Pacheco. *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 133-134).

Segundo o entendimento de Guilherme de Souza Nucci "licitação é um procedimento democrático de eleição de prestadores de serviços e fornecedores de bens, respeitando-se os princípios gerais, norteadores dos atos do Poder Público, tais como legalidade, moralidade, publicidade, eficiência, dentre outros" (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 459).

Devido à sua essencialidade, a Constituição Federal de 1998, por meio dos arts. 37, XXI e 175, tornou obrigatório o procedimento da licitação para toda a Administração.

Por tais razões, e considerando que o legislador, no tipo penal em estudo, silenciou a respeito, é que, há muito, se defende que o crime do art. 89 da Lei de Licitações é delito de mera conduta, bastando, pois, para sua configuração, a dispensa ilegal do procedimento licitatório, ou seja, inexige dolo específico do agente de lesar a Administração, tampouco que a conduta gere efetivo prejuízo ao erário.

No entender desta Câmara, o simples dispensar do certame, fora das hipóteses expressamente previstas pelo legislador, fere os princípios norteadores do Poder Público, tais como a legalidade, a impessoalidade, moralidade e a publicidade. Além do mais, a dispensa de licitação nas hipóteses em que o certame afigurava-se viável, sem sombra de dúvidas resulta em prejuízo, ainda que abstrato, ao erário, uma vez que inviabiliza que propostas possivelmente mais vantajosas cheguem ao conhecimento do administrador da máquina pública.

Tal entendimento, ainda que conflite com o atual posicionamento predominante nas Cortes Superiores, encontra amparo tanto na doutrina, quanto em precedentes jurisprudenciais, inclusive, exarados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Neste caminho, André Guilherme Tavares de Freitas sustenta que o art. 89 busca preservar "a moralidade administrativa que se vê lesada com a prática de condutas descritas nesse tipo penal incriminador". Assim, "**o crime ora em estudo,**

quando praticado, pode não gerar nenhuma consequência prejudicial ao patrimônio do ente contratante, pois o contratado pode ter oferecido, v.g., preços de mercado ao serviço ou produto fornecido" (*Crimes na Lei de Licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 51-52 - grifou-se).

Acerca do dolo, Guilherme de Souza Nucci esclarece que o tipo penal não exige qualquer elemento subjetivo específico para a caracterização do crime, citando, inclusive, precedente da Corte da Cidadania. Confira-se:

Elemento subjetivo: é o dolo. Não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa. Conferir: STJ: 'A simples leitura do caput do art. 89 da Lei n. 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do artigo 89, *caput*, da Lei n. 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas a título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei n. 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como 'com o fim de', 'com o intuito de', 'a fim de' etc. **Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária'** RESP. 991.880-RS, 5.^a T., rel. Feliz Fischer, 38.02.2008, DJ 28.04.2008) (NUCCI, 2013, op. cit., p. 464 - grifou-se).

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça colhe-se acerca da dispensa de comprovação do dolo específico e do prejuízo ao erário:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS (ART. 89, *CAPUT* DA LEI 8.666/93). EX-PREFEITO MUNICIPAL. DOLO COMPROVADO. **DESNECESSIDADE DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. PRECEDENTES DA 3A. SEÇÃO.** PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO CONHECIDO PELA DIVERGÊNCIA, MAS DESPROVIDO.

Pelo que restou expresso na sentença e no acórdão, não há como afastar o dolo da conduta do ora recorrente, porquanto foi procurar a empresa de transportes oferecendo solução para a contratação sem licitação com o objetivo de não deixar de atender a população durante período eleitoral. A revisão desse entendimento somente poderia ser feita com o amplo reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

O tipo penal descrito no art. 89 da Lei de Licitações busca proteger uma série variada de bens jurídicos além do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, também, o respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei.

Já decidiu a 3a. Seção desta Corte que o crime se perfaz com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente a consciência dessa circunstância; isto é não se exige qualquer

resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo ao erário, por exemplo) (HC 94.720/PE, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 18.08.2008 e 113.067/PE, Rel. Min. OG FERNANDES, Dje 10.11.2008).

4. Recurso conhecido pela divergência (Recurso Especial n. 1.073.676- MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23/02/2010 - grifou-se).

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 89, CAPUT, DA LEI N.º 8.666/93. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. DOLO ESPECÍFICO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. INEXIGÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. RECONHECIMENTO DA INOCÊNCIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

1. O crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 é crime de mera conduta, onde não se exige dolo específico de fraudar o erário ou efetivo prejuízo à administração pública, bastando para sua configuração que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa. Precedentes.

2. Ademais, absolver o Paciente reconhecendo a atipicidade da conduta por falta de dolo ultrapassa os limites do writ, pois depende, inexoravelmente, de amplo procedimento probatório e reflexivo, para que se possa concluir, com certeza, acerca da prática da infração delitiva.

3. Ordem denegada (Habeas Corpus n. 122011/PR, Rel. Mina. Laurita Vaz, j. 01/06/2010 - grifou-se).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO. EMPRESA PROMOTORA DE EVENTOS. ART. 89, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. DOLO ESPECÍFICO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. INEXIGÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

É entendimento pacífico desta Corte que o trancamento da ação penal, pela via do habeas corpus, é medida de exceção, só admissível se emerge dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

Quando indícios de que cabia ao agente público realizar licitação para a contratação de empresa promotora de eventos, afigura-se prematuro o trancamento da ação penal, ante a impossibilidade de revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos na estreita via do *habeas corpus*.

O tipo previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 é delito de mera conduta, não exige dolo específico, mas apenas o genérico, representado, portanto, pela vontade de contratar sem licitação, quando a lei expressamente prevê a realização do certame. Independe, assim, de qualquer resultado naturalístico, como por exemplo, prejuízo ao erário.

Ordem denegada (Habeas Corpus n. 113067/PE, Rel. Min. Og Fernandes, j. 21/10/2008 - grifou-se).

No mesmo caminho, desta Corte de Justiça, incluindo-se precedentes deste Órgão Fracionário, extraem-se os seguintes julgados:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME PREVISTO NA LEI DE LICITAÇÕES (ART. 89, CAPUT, DA LEI 8.666/1993). DISPENSA DE LICITAÇÃO AMPARADA

EM FALSO MOTIVO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. **ALMEJADA A ABSOLVIÇÃO DIANTE DA AUSÊNCIA DE ESPECIAL FIM DE AGIR DO AGENTE (DOLO ESPECÍFICO), DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME FORMAL E QUE PRESCINDE DA MATERIALIZAÇÃO DO RESULTADO. DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO MONETÁRIO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDUTA QUE VIOLA, DENTRE OUTROS, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, PROIBIDADE E MORALIDADE E É REVESTIDA DE TIPICIDADE FORMAL E MATERIAL. POSTULADA A GRATUIDADE JUDICIÁRIA. DISCUSSÃO AFETA JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO NÃO CONHECIDO NESSE PONTO. SENTENÇA MANTIDA.**

- O crime previsto no artigo 89, caput, da Lei 8.666/1993 (dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei ou sem observância da forma adequada) é formal, de modo que não exige para a sua consumação a constatação de especial fim de agir, por parte do agente, correspondente à vontade de gerar prejuízo ao erário, assim como a configuração de enriquecimento indevido pelo infrator ou por terceiros.

- Não é somente com a prática de prejuízo monetário que se configura ato criminoso e atentatório contra a Administração Pública, mormente quando se está diante de uma ordem jurídica que erigiu a legalidade, a moralidade e a impessoalidade como princípios constitucionais de observância obrigatória pelos servidores públicos, nos termos do art. 37, caput, da CRFB/1988.

[...] (Apelação Criminal n. 2012.078440-2, de Itaiópolis, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 25/02/2014 - grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 89, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/93. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA CONDENAÇÃO. EX-PREFEITO QUE PRORROGOU CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE TRANSPORTE ESCOLAR SEM REALIZAÇÃO DE NOVO CERTAME. CASO CONCRETO QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO NÃO PREVISTA NO EDITAL E NO CONTRATO. CRIME DE MERA CONDUTA. CONTRATADOS QUE CONCORRERAM PARA A CONSUMAÇÃO DA ILEGALIDADE E SE BENEFICIARAM COM A PRORROGAÇÃO INDEVIDA. DOLO EVIDENCIADO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2012.058685-1, de Capinzal, rel. Des. Torres Marques, j. 04/12/2012 - grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI (ART. 89, CAPUT, DA LEI N. 8.666/93). LEVANTADA NULIDADE DA SENTENÇA POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. COMPETÊNCIA DOS JUÍZOS DE PRIMEIRO GRAU PARA JULGAR EX-PREFEITOS DECIDIDA PELO STF. PRELIMINAR AFASTADA.

MÉRITO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. FRACIONAMENTO DE CONTRATO VISANDO DISPENSAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA DIRETA E CONSECUTIVA, EM DETRIMENTO DE EVENTUAIS INTERESSADOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS.

ALEGADA EXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO EMERGENCIAL. CONTRATAÇÕES REALIZADAS NO PERÍODO DE UM ANO. TESE AFASTADA. DEFENDIDA A ADOÇÃO DE MEDIDAS QUE VISAVAM ATENDER AS NECESSIDADES PÚBLICAS E QUE REVERTERAM EM PROL DA COMUNIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DO CERTAME DECORRENTE DA NECESSIDADE DE RESGUARDAR O INTERESSE PÚBLICO POR MEIO DA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS MAIS QUALIFICADOS PELO MENOR PREÇO, DE FORMA IMPARCIAL. **ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. IRRELEVÂNCIA DESSA CIRCUNSTÂNCIA.** DOLO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2008.055379-4, de Jaguaruna, rel. Des. Torres Marques, j. 16/06/2009, grifou-se).

Ademais, este relator, em casos análogos, assim já se posicionou em mais de uma oportunidade. Confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. **CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI N. 8.666/1993).** SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR FALTA DE PROVAS. MATERIALIDADE E AUTORIA ATESTADAS. PROVA TESTEMUNHAL EM CONSONÂNCIA COM NOTAS DE EMPENHO, RELATÓRIOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO E CONFISSÃO QUALIFICADA. PREFEITO QUE FRACIONOU CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA COM INTUITO DE BURLAR A NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. **ALEGADA AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. IRRELEVÂNCIA. INDUBITÁVEL OFENSA AOS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E CONCORRÊNCIA. DOLO CARACTERIZADO [...]** (Apelação Criminal n. 2013.015367-9, de Papanduva, j. 28/05/2013 - grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO E FÉ PÚBLICAS. **FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO,** FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO (**ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993** E ARTS. 299 E 304 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÕES DEFENSIVAS. [...] MÉRITO. FRAUDE À LICITAÇÃO. RECURSOS DOS ACUSADOS EDINEI, BERTILO E DJALMA. POSTULADA ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA, POR AUSÊNCIA DE DOLO E INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. INADIMISSIBILIDADE. MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA PÉLAS PROVAS DOCUMENTAIS CARREADAS AOS AUTOS. AUTORIA, POR SUA VEZ, QUE EMERGE DAS PALAVRAS DAS TESTEMUNHAS E DOS PRÓPRIOS ACUSADOS EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. APELANTES QUE SE UNIRAM PARA FRAUDAR O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DO OBJETO DO CERTAME, ANTES MESMO DA LICITAÇÃO. POSTERIOR FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA OCULTAR A ILEGALIDADE DO ATO. DOLO EVIDENCIADO. CIÊNCIA DE ILEGALIDADE. CLARA FINALIDADE DE BENEFICIAR TERCEIRO. **TIPO PENAL QUE PRESCINDE DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO PARA SUA CONFIGURAÇÃO. INDUBITÁVEL OFENSA AOS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS DA MORALIDADE,**

IMPESSOALIDADE E CONCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA [...] (Apelação Criminal n. 2012.051161-0, de Braço do Norte, j. 05/03/2013 - grifou-se).

Portanto, típica é a conduta daquele que dispensa ilegalmente o certame, independente da existência de dolo específico de lesar a Administração, tal como da efetiva comprovação do prejuízo ocasionado ao erário, uma vez que a ação perpetrada pelos gestores da máquina pública, em desacordo com o disposto na Lei n. 8.666/1993 (arts. 17, 24, 25 e 26), por si só, viola outros bens jurídicos igualmente protegidos pelo legislador no art. 89 da Lei em comento, tais como a legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, a publicidade, além de o direito subjetivo dos demais licitantes de ver respeitadas as formalidades inerentes ao procedimento.

Por todo o exposto, entendendo-se prescindível a demonstração de dolo específico de lesar a máquina pública, tal como de efetiva comprovação de dano ao erário para configuração do ilícito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, a sentença condenatória merece permanecer hígida.

De ofício, a pena de multa merece ajuste.

Algumas considerações são necessárias acerca da aplicação do artigo 72 do Código Penal.

É que segundo se infere do julgamento operado, embora este relator tenha entendimento de que o caso concreto é típico de concurso material de crimes, *ex vi* do art. 69 do Código Penal, tendo em vista o lapso temporal decorrido entre os fatos narrados na proemial, o togado entendeu por bem aplicar a continuidade delitiva.

Reza o mencionado dispositivo: "*no concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente*".

Ao analisar essa matéria, constata-se haver divergência a respeito do assunto, pois a corrente jurisprudencial majoritária entende não ser o citado dispositivo aplicável ao crime continuado, mas somente nas hipóteses de concurso material e formal de crimes.

É esse o entendimento desta Câmara:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PELO USO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, INCS. I E II, DO CP). PLEITO DE RECONHECIMENTO DO CRIME NA FORMA CONTINUADA.

[...] **AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DO ART. 72 DO CP SOBRE A PENA DE MULTA DOS CRIMES CONTINUADOS. ADEQUAÇÃO, EX OFFICIO, DA REPRIMENDA** (Apelação Criminal n. 2010.070312-1, de Joinville, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 07/12/2010, grifou-se).

O mesmo é o que aplica o Superior Tribunal de Justiça:

A aplicação da hipótese do art. 72 do Código Penal restringe-se aos casos dos concursos material e formal, não lhe estando no âmbito de abrangência da continuidade delitiva. Recurso especial não conhecido (REsp 909.327/PR, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. 7/10/2010, grifou-se).

Desta análise resulta que não é aplicável o artigo 72 do Código Penal aos casos de continuidade delitiva.

Portanto, no caso presente em que o togado sentenciante fez incidir aludido dispositivo legal, consoante se verifica às fls. 1435, 1436 e 1453, a pena pecuniária arbitrada aos recorrentes merece ajuste, de ofício, por esta Corte.

Nesse viés, mantendo-se as frações empregadas pelo juízo *a quo* para aplicação da regra da continuidade delitiva - 1/3 (um terço) de aumento na pena aplicada ao recorrente Orlando e 1/6 (um sexto) de aumento na reprimenda aplicada ao recorrente Antônio -, as penas de multas tornam-se definitivas nos seguintes patamares:

A) 16 (dezesesseis) dias-multa, cada qual no valor indicado na sentença, pois devidamente fundamentado pelo togado (fl. 1435), ao acusado **Orlando Krautler**, considerando, como dito, o aumento de 1/3 (um terço) na pena mais grave aplicada, qual seja, 12 (doze) dias-multa, e

B) 11 (onze) dias-multa, cada dia no *quantum* grafado na sentença (fl. 1436), ao acusado **Antônio Eduardo Martins Weinfurter**, tendo em vista o aumento de 1/6 (um sexto) na pena de multa mais grave aplicada, qual seja, 10 (dez) dias-multa.

Mantêm-se as demais cominações da sentença atacada.

Em decorrência, vota-se pelo conhecimento e, afastada a preliminar de inépcia da exordial, pelo não provimento dos recursos, e de ofício, adequar as penas pecuniárias fixadas na sentença atacada.

É o voto.