



TRIBUNAL
DE CONTAS
DE SANTA
CATARINA

PROCESSO: **@PAP 22/80001904**

AUTUADO: **21/01/2022** PROTOCOLO: **864/2022**

RELATOR:

UN. GESTORA: **Prefeitura Municipal de Palmeira**

RESPONSÁVEL:

INTERESSADO: **Fernanda de Souza Córdova, Prefeitura Municipal de
Palmeira**

ESPÉCIE: **Procedimento Apuratorio Preliminar**

ASSUNTO: **QuestionarioPAP**

Informações recebidas via denúncia pelo canal da ouvidoria

Dados para análise de instauração do Procedimento Apuratório Preliminar (PAP)

Ente: PALMEIRA

Unidade Gestora: Prefeitura Municipal de Palmeira

Área denuncia Administração

Fraude/corrupção: Sim

Matéria: Licitação - serviços

Período: há menos de 5 anos

Valor: R\$ 9.500,00

Descrição:

O Município de Palmeira, representado por sua prefeita, a Sra. Fernanda de Souza Córdova, visando a contratação de apresentação artística, firmou contrato absolutamente ilegal com a seguinte empresa: Luiz Augusto de Medeiros, inscrita sob CNPJ nº 30.033.961/0001-63. Desde logo, conforme atesta a documentação disponível no Diário Oficial dos Municípios, importa ter em mente que a prefeita, através da Dispensa 22/2021 e Inexigibilidade 04/2021 https://edicao.dom.sc.gov.br/pdjs/web/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fedicao.dom.sc.gov.br%2F2021%2F12%2F1640106066_edicao_3716_assnada.pdf#page=2281, declarou a dispensa e/ou inexigibilidade do procedimento licitatório de apresentação artística.

TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA – TCE-SC

“(…) constitui ato de improbidade administrativa a contratação, sem processo de licitação, pela Prefeita Municipal, contratação de apresentação artística, quando comprovada a possibilidade de competição pela existência de outros profissionais de igual capacidade.” (Excertos do voto proferido pelo Dr. João Ubaldo Ferreira, Desembargador do TJGO, nos autos da Apelação Cível nº 112106-7/188).

DENÚNCIA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

em desfavor de **FERNANDA DE SOUZA CÓRDOVA** (brasileira, solteira, prefeita de Palmeira-SC, nascida aos 17/02/1982, domiciliada na sede da Prefeitura deste município, situada na Rua: Roberto Henckmaier, Centro, Palmeira-SC, pela fundamentação fática e jurídica a seguir exposta:

I) DOS FATOS

O Município de Palmeira, representado por sua prefeita, a Sra. Fernanda de Souza Córdova, visando a contratação de apresentação artística, firmou contrato absolutamente ilegal com a seguinte empresa: Luiz Augusto de Medeiros, inscrita sob CNPJ nº 30.033.961/0001-63.

Desde logo, conforme atesta a documentação disponível no Diário Oficial dos Municípios, importa ter em mente que a prefeita, através da Dispensa 22/2021 e Inexigibilidade 04/2021 https://edicao.dom.sc.gov.br/pdfjs/web/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fedicao.dom.sc.gov.br%2F2021%2F12%2F1640106066_edicao_3716_assinada.pdf#page=2281, declarou a dispensa e/ou inexigibilidade do procedimento licitatório de apresentação artística.

Palmeira**PREFEITURA****DISPENSA 22/2021**

Publicação Nº 3492386

Cód. de Registro de Informação (e-Sfinge) B0732C0F7Aafb9DF7A0FAC0645E507A88F204F33

EXTRATO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE Nº 04/2021. Objeto: contratação de apresentação artística, do grupo vocal MRKA e Banda do Papai Noel no Município de Palmeira para festa de natal de 2021. Partes: Município de Palmeira, e a empresa Luiz Augusto De Medeiros, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ sob o n. 30.033.961/0001-63, no valor total de R\$ 9.500,00. Fundamento Legal: artigo 25, caput, da Lei de Licitações (8.666/93). Ratificação: Autoridade Superior - Art. 26 da Lei 8.666/93. Palmeira/SC, 06 de dezembro de 2021. Ana Teresa Goulart, Presidente da Comissão Municipal de Licitação.

INEXIGIBILIDADE 04/2021

Publicação Nº 3491236

Cód. de Registro de Informação (e-Sfinge) 79FBA7DF72E86BDE9FD878412A64A40B9C3B05B8

EXTRATO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE Nº 04/2021. Objeto: contratação de apresentação artística, do grupo vocal MRKA e Banda do Papai Noel no Município de Palmeira para festa de natal de 2021. Partes: Município de Palmeira, e a empresa Luiz Augusto De Medeiros, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ sob o n. 30.033.961/0001-63, no valor total de R\$ 9.500,00. Fundamento Legal: artigo 25, caput, da Lei de Licitações (8.666/93). Ratificação: Autoridade Superior - Art. 26 da Lei 8.666/93. Palmeira/SC, 06 de dezembro de 2021. Ana Teresa Goulart, Presidente da Comissão Municipal de Licitação.

No que tangencia ao objeto adjudicados, percebe-se que tanto o ato de dispensa e/ou inexigibilidade do contrato não estão presentes quaisquer das hipóteses previstas no art. 25 e 26 da Lei 8.666/93, razão pela qual o demandado não poderia ter declarado a dispensa e/ou inexigibilidade do procedimento licitatório para a contratação da empresa Luiz Augusto de Medeiros.

A prefeita demandada, declarou dispensado e/ou inexigível o certame licitatório, mas não se conhece as justificativas para que assim fossem feitos. Como será demonstrado adiante, a prefeita municipal valeu-se de seu poder administrativo, servindo apenas para que ela, malferindo diversos princípios de extração constitucional, contratasse a banda, ainda que indiretamente de seu cunhado Sanger Xavier (marido de sua irmã Franciéli Córdova), qual é o vocalista da banda “segundo plano” para a apresentação artística de natal no dia 17/12/2021 (imagens abaixo), onde tais atividades poderiam ser prestadas por inúmeros outros profissionais de nossa região, que ainda sofrem com o retorno de eventos em virtude da PANDEMIA COVID-19. Isso é, mesmo que embora de menor valor, deveria ser feito em outra forma, fomentando a cultura regional e permitindo a participação de vários outros grupos na licitação.



banda_2plano
Agenda



- 02 HAPPY LOUNGE BAR
LAGES-SC
- 03 NATAL ENCANTADO
S.J DO CERRITO-SC
- 03 BARRAÇÃO EVENTOS
LAGES-SC
- 04 EVENTO FECHADO
LAGES-SC
- 04 FESTA DCE-AABB
LAGES-SC
- 10 CACHAÇARIA S.GABRIEL
LAGES-SC
- 17 FESTA DE NATAL
PALMEIRA-SC
- 18 FESTA FECHADA
LAGES-SC
- 23 HAPPY LOUNGE BAR
LAGES-SC
- 27 HAPPY LOUNGE BAR
LAGES-SC



PROGRAMAÇÃO DIA 17/12

PROMOÇÃO

Natal Encantado

- 18:30h - Abertura Festa Natal Encantado**
19h - Apresentação Alunos CEI Laura de Souza Rafaeli.
Turma da Pré Escola da Professora Carla:
"Natal, vida que nasce"
- 19:10h - Apresentação Alunos Núcleo Municipal
Antonieta Farias de Souza.**
Professora Janaína: "Desejo de Natal"
- 19:20h - Apresentação Alunos Escola Estadual Antonieta Silveira.**
Professoras Sabrina e Karine: "Natal Moderninho"
- 19:30h - Apresentação Coral Municipal Santa Catarina, de Otacílio Costa.**
20h - Chegada do Papai Noel – Distribuição de Doces
20:30h - Sorteio promoção de Natal do Comércio Local
21:00h - Entrega Premiação Concurso Natal Encantado
21:30h - Show Banda Segundo Plano
Local: Praça do Paço Municipal



APOIADORES:



Da análise desse bosquejo, tem-se que a conduta ímproba consistente na dispensa e/ou inexigibilidade indevida de licitação, com a consequente formalização de contrato irregular pago com dinheiro público, atentam contra o patrimônio público e os princípios que regem a Administração Pública, motivo pelo qual a prefeita deve responder judicialmente pelos seus atos de improbidade administrativa.

O descaso da requerida com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, e a dispensa e/ou inexigibilidade indevida do

procedimento licitatório, configura escandaloso ato ímprobo, razão pela qual esse cidadão denuncia, no afã de que seja reconhecida a nulidade do contrato supramencionado, haja o ressarcimento ao erário no montante ilegalmente despendido com os pactos nulos e, ao final, seja punido o demandado com as sanções catalogadas na Lei de Improbidade Administrativa.

As contratações não se deram diretamente com os artistas, nem tampouco através de empresário exclusivo, razão pela qual deveria ter sido realizada licitação. O contratado, Luiz Augusto de Medeiros, não é empresário exclusivo da banda, o que contraria a lei.

O termo empresário não pode ser confundido com intermediário. Empresário é aquele que gerencia os negócios de artistas determinados, numa relação contratual duradoura. O intermediário intermedia qualquer artista, sempre numa relação pontual e efêmera.

Para haver a inexigibilidade de licitação com base na lei, o contrato deveria ser firmado com o próprio artista ou seu empresário exclusivo e não com a empresa previamente acertada pelo município para intermediar as contratações.

II) DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1) DA NULIDADE DO CONTRATOS ADMINISTRATIVO FIRMADO COM LUIZ AUGUSTO DE MEDEIROS

Primeiramente, traz-se à colação a regra geral insculpida no art. 37, XXI, da Lei Fundamental, que estabelece a obrigatoriedade de licitar, para assegurar os princípios constitucionais da legalidade e moralidade, fixados no *caput* deste artigo:

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.

Seguindo a linha traçada pela Constituição Federal, a Lei de Licitações (Lei 8.666/93) estabelece, logo no seu início, após fixar no art. 1º o âmbito do seu alcance (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), a delimitação da normal geral:

Art. 2º. As obras, **serviços**, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, **quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação**, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.

Mais adiante, a legislação especial estatui:

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

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.

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

Vale ressaltar, no ponto, que pela vastidão da seara jurídica e pelo grande número de profissionais conhecidos na região (especialmente na área de cultura e apresentações artísticas), certamente poderia ter sido objeto de outra modalidade de licitação, ofertando a diversos grupos dessa e de outras regiões, então a

contratação de apresentação artística não se enquadra no estreito rol das hipóteses *sui generis* que abonariam uma contratação direta (sem prévia licitação).

Com efeito, para a regularidade do procedimento de inexigibilidade da licitação, necessário se faz que o serviço contratado possua “natureza singular”, ou seja, deve o administrador público, por imposição legal (art. 26 da Lei de Licitações), demonstrar de modo inequívoco a **singularidade objetiva** do serviço contratado.

Com isso, o contrato firmado pela Prefeitura Municipal de Palmeira, em afronta à Lei de Licitações e Contratos, deve ser tido por nulo e o ato ímprobo não deve ser devidamente sancionado.

Portanto, deve ficar bem claro que o decreto de inexigibilidade do procedimento licitatório só será válido se for observada a conjugação dos três requisitos exigidos pela lei, a saber: natureza singular do objeto, notória especialização do profissional e total inviabilidade da competição. A falta de qualquer destes elementos configura razão suficiente para a declaração da nulidade da contratação e o consequente reconhecimento do ato de improbidade administrativa.

Por todo o exposto, a contratação direta e irregular da contratação da apresentação artística, pela prefeita demandada, mostra-se indecorosamente ilegal e desarrazoada, não havendo razão alguma para a decretação da inexigibilidade do procedimento licitatório, uma vez que se encontra ausente, em todo o caso aqui denunciado, a inviabilidade de competição, a singularidade dos serviços prestados e a “notória especialização” dos contratados.

II.2) DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMETIDOS PELA PREFEITA

Ab initio, importa registrar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 4º, dispõe que:

Art. 37, § 4º, CF/88. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Com o escopo de conferir densidade normativa ao indigitado preceito constitucional, o legislador infraconstitucional editou a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), que dispôs sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de improbidade no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

O referido diploma normativo contempla, basicamente, três categorias de atos de improbidade administrativa, a saber: em seu artigo 9º, os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito do agente ou de terceiros; em seu artigo 10, os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e no artigo 11, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

De antemão, verifica-se que a contratação inconstitucional promovida pela denunciada se amolda claramente à duas modalidades de atos de improbidade administrativa previstos na Lei de Improbidade Administrativa, senão vejamos:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I - Praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

Frise-se, desde logo, que a conduta da denunciada – que causou prejuízo aos cofres municipais na ordem de **R\$ 9.500,00 (nove mil e quinhentos reais)** –, consistente em contratar diretamente uma apresentação artística por ela “escolhida” para uma apresentação natalina de final de ano nesse município de Palmeira, ausentes os requisitos para a decretação da inexigibilidade da licitação, submetem-se ao art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, conforme a tese bem esposada pelo distinto EMERSON GARCIA, *in verbis*:

A segunda figura prevista no art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992, consiste na indevida dispensa do procedimento licitatório. Regra geral, todo contrato administrativo deve ser precedido de licitação. (...)

Não havendo perfeito enquadramento da situação fática aos permissivos legais [arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93] ou sendo provada a simulação, **ter-se-á a indevida dispensa da licitação e a consequente configuração da improbidade**. Sendo nebulosa a presença das exceções, a regra geral haverá de prevalecer. É relevante observar que ao se referir unicamente à dispensa no art. 10, VIII, a Lei nº 8.429/1992 *minus dixit quam voluit* (disse menos do que deveria), não devendo ser albergada uma interpretação restritiva do preceito.

A ideia fundamental do texto é coibir o indevido alargamento das hipóteses em que não é exigida a licitação, logo, sob este prisma, dispensa e inexigibilidade se equivalem, sendo importante observar que a conduta do administrador que declara ser inexigível o procedimento licitatório é tão nociva quanto a daquele que o dispensa, pois é sustentada a absoluta impossibilidade fática de sua realização. O vocábulo utilizado é inadequado, mas a *ratio* da norma é clara, cabendo ao intérprete romper as fronteiras da incoerência para abrigar-se sob o manto da justiça que emana da teleologia da norma e da própria dicção do *caput* do art. 10.

De igual forma, não pode ser olvidado o perfeito enquadramento típico da conduta ímproba da denunciada ao art. 10, XII, da Lei de Improbidade Administrativa, a teor do que leciona EMERSON GARCIA:

Avançando no iter de individualizações do ato de improbidade, ao contratar sem prévia realização de licitação, **estará o agente público concorrendo para o enriquecimento ilícito do contratado, já que ilícita a causa que motivou o recebimento dos subsídios, o que configura o ato de improbidade previsto no art. 10, XII, da Lei nº 8.429/1992** (“permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente”).

É certo que “apesar de nulo, o ato de contratação de servidores sem a prévia realização de concurso público [ou a devida realização de certame licitatório] nem sempre acarretará danos de natureza patrimonial ao erário, havendo, normalmente, efetiva prestação de serviço por parte do contratado.” Todavia,

Ainda aqui, deverá o agente público responsável pela contratação irregular ressarcir os cofres públicos no montante gasto com a contratação irregular, pois 'quod nullum est, nullum producit effectum'.

Além de ser presumida a lesividade, a responsabilidade do agente, por força do art. 21, I, da Lei nº 8.429/1992, não está associada à ocorrência de dano patrimonial, mas, sim, à violação aos princípios regentes da atividade estatal, sendo oportuno frisar que a má-fé deste será normalmente incontestável, pois é inconcebível que alguém se habilite a desempenhar relevante atividade na hierarquia administrativa sem ter pleno conhecimento das normas que legitimam e disciplinam sua função. (...)

Identificada a contratação ilegal, o ressarcimento evitará a consagração do enriquecimento ilícito e não permitirá que o ímprobo fique impune ao contratar determinada pessoa com inobservância aos princípios da legalidade, moralidade e igualdade, vícios que caracterizam a ilicitude da causa que ensejou o vínculo com o ente contratante.

Em outros termos:

Quanto à tese de que o ressarcimento acarretará o enriquecimento ilícito do Poder Público com o serviço prestado, deve-se observar que o seu acolhimento tornará legítimo o constante descumprimento dos princípios regentes da atividade estatal, transformando em letra morta o estatuído no art. 37, inciso II e parágrafo 2º, da Constituição e fazendo com que sejam sistematicamente suscitados os possíveis benefícios auferidos, afastando qualquer possibilidade de punição ao ímprobo. (...)

A jurisprudência dominante tem encampado o entendimento de que o contratado, não obstante a ilicitude da causa que os originou, não deve restituir os vencimentos recebidos, isto porque efetivamente despendeu a energia que motivou o seu percebimento. Nesta linha, **o ressarcimento do numerário despendido em desacordo com a ordem jurídica será de responsabilidade do agente responsável pela contratação irregular.**

Nesse exato sentido, em lição que não pode ser olvidada e que se adequa perfeitamente ao caso em exame, o afamado professor HUGO NIGRO MAZZILLI, com sua conhecida habilidade jurídica, vocifera:

Não raro o administrador comete ilegalidades e, ao ser cobrado, diz que está pronta a obra que mandou fazer sem licitação, ou que os funcionários que contratou sem concurso trabalharam regularmente, e não teria, pois, havido qualquer dano ao patrimônio público. Assim, argumenta ele, não poderia o Estado locupletar-se ilicitamente com as

obras realizadas ou com os serviços prestados, de forma que não haveria dano ao patrimônio público nem, pois, o que indenizar. (...).

Tal entendimento é inaceitável porque: a) o ordenamento jurídico admite vários casos de presunção de lesividade ao patrimônio público; b) ainda quando não haja dano patrimonial, a lesividade ao erário pode decorrer da própria ilegalidade do ato praticado; c) a Lei de Improbidade Administrativa não sanciona apenas os atos que causem danos ao erário ou enriquecimento ilícito do agente, mas também os atos que importem violação a princípios da Administração; d) as sanções da Lei de Improbidade Administrativa independem, pois, da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; e) **é ato de improbidade administrativa, que presumivelmente causa prejuízo ao erário, frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente,** ou ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; f) não só os danos patrimoniais, como os danos morais devem expressamente ser objeto da ação de responsabilidade.

Quanto ao prejuízo patrimonial em contratações ilegais, não se trata apenas de presumir sua ocorrência. Não raro existe de forma efetiva: a uma, porque as contratações podem recair em favor de apadrinhados políticos, parentes e por valores sem correspondência no mercado de trabalho (...). **Além disso, tais ilicitudes eliminam ou restringem o direito de todos de concorrerem em igualdade de condições, dentro de critérios impessoais, e, ademais, permitem que, não raro, se degrade a qualidade das obras ou serviços contratados.**

A finalidade do concurso ou da concorrência é assegurar igualdade de condições para todos os concorrentes, evitando-se favorecimentos ou discriminações, e permitindo-se à Administração selecione os melhores. Fere, pois, os princípios da impessoalidade, igualdade, publicidade, probidade, legalidade e moralidade que a Administração escolha com quem quer contratar independentemente de licitação ou concurso, e discrimine aqueles com quem não quer contratar. Trata-se de princípios consagrados no art. 37, caput, da Constituição.

A moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo; o ato administrativo nulo, que de forma contrária à lei efetua a contratação de uma obra ou um serviço, sempre gera efeitos econômicos. (...)

Como corretamente anotou o MIN. MILTON PEREIRA, “a escusar-se a responsabilidade do administrador público, pela salvaguarda de que o empregado, em contraprestação, prestou serviços, será construir um estranho indene de impunidade em favor do agente político que

praticou ato manifestamente contra a lei – nexo causal das obrigações da relação de trabalho nascida de ato ilegal – criando-se inusitada convalidação dos efeitos de ato nulo. Será estimular o ímprobo a agir porque, a final, aquela contraprestação o resguardará contra ação de responsabilidade civil”.

Nem se poderia invocar falta de dolo do administrador. O dolo que se exige é o comum, a vontade genérica de fazer o que a lei veda, o a não fazer o que a lei manda. Não seria preciso que o administrador violasse um concurso ou uma licitação por motivos especiais (como para contratar parentes, beneficiar amigos ou prejudicar adversários). O mero ato culposos é apto, na esfera cível, a determinar o dever de indenizar; quanto mais o comportamento voluntário, que consiste em fazer conscientemente algo em contrariedade com a lei.

É preciso deixar claro que está em questão um princípio: pode o administrador contratar impunemente, sem licitação, fazendo tabula rasa da lei?

Se o administrador puder fazê-lo, poderá, então, contratar impunemente seus parentes ou apaniguados para ocuparem sinecuras ou fazerem obras que terceiros poderiam fazer melhor e mais barato para a Fazenda Pública.

Em outras palavras, em matéria de dinheiros públicos, ‘quem gastar, tem que gastar de acordo com a lei’ – é o que corretamente anotou **BATISTA RAMOS**.

Assim, aduzem **SÉRGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO**: ‘quem gastar em desacordo com a lei, há de fazê-lo por sua conta, risco e perigos. Pois, impugnada a despesa, a quantia gasta irregularmente terá de retornar ao Erário Público. Não caberá a invocação, assaz de vezes realizada, de enriquecimento ilícito da Administração. (...)’.

O dano à moralidade administrativa está sempre presente quando a Administração dispensa indevidamente licitação ou concurso: estará contratando pessoal sem a seleção necessária, desconsiderando critérios de probidade e impessoalidade, deixando de selecionar os melhores; estará, em suma, abrindo mão do dever de buscar os melhores preços e a melhor qualidade de materiais ou concorrentes; estará, enfim, ferindo a moralidade administrativa. Além disso, é extremamente provável que, de acréscimo, ainda haja danos materiais concretos à qualidade da obra ou dos serviços contratados (...). Por fim, é raro terem sido os serviços ou a obra executada de boa-fé, quando contratados ilicitamente sob dispensa de concurso ou licitação, quando exigíveis.

Corretamente arrematam SÉRGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, cuidando de caso análogo: 'A presunção de lesividade desses atos ilegais é fácil de intuir. **Se o ordenamento jurídico obriga o procedimento licitatório, para o cumprimento da isonomia e da moralidade da Administração, o esquivar-se a esse procedimento constitui inequívoca lesão à coletividade. Será esta ressarcida pela devolução do dispêndio à revelia do procedimento legal. Aquele que praticou os atos terá agido por sua conta, riscos e perigos. Ainda que pronta a obra, entregue o fornecimento ou prestado o serviço, se impassível de convalidação o ato praticado, impõe-se a devolução. Não estaremos diante do chamado enriquecimento sem causa.** (...)'.

Não só não pode a Administração locupletar-se ilícitamente, como ainda não pode realizar despesas não autorizadas pela lei.

Ainda que devam receber pela obra ou serviços os que acaso os tenham realizado de boa-fé, pela sua retribuição, quando devida, deve arcar o administrador ímprobo que contratou indevidamente, e não a coletividade, que não pode ser condenada a custear as contratações ilegais que o administrador faça de seus favorecidos.

Enfim, em se tratando de dano ao patrimônio público, em diversos casos a própria lei expressamente presume a lesividade.

Exatamente na linha destas asserções, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já decidiu que o agente público responsável pela contratação irregular deve ressarcir o valor dispensado com a remuneração dos servidores (em sentido amplo) irregularmente contratados, independentemente de terem efetivamente trabalhado. *Verbis:*

ACÇÃO POPULAR. ATOS LESIVOS. ANULAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES DE SERVIDORES MUNICIPAIS. RESSARCIMENTO. (...). 2. A palma da demonstração de lesividade e, **anulado o ato malsinado, o ressarcimento é consequência inafastável**, obviando-se a restituição dos valores indevidamente recebidos, com os acréscimos estabelecidos e consectários legais. 3. Recurso improvido. (REsp 10338/SC. 1ª Turma do **STJ**, Rel. **Min. Milton Luiz Pereira**, votação unânime, DJ 14/10/1996).

No que se refere à adequação típica da conduta do demandado ao art. 11 da LIA, cumpre fazer alguns esclarecimentos.

Ante a natureza e a importância dos interesses passíveis de serem lesados pelos ímprobos, afigura-se louvável a técnica adotada pelos arts. 4º e 11 da LIA,

preceitos em que a violação aos princípios regentes da atividade estatal, ainda que daí não resulte danos ao erário (art. 21, I, LIA), consubstanciará ato de improbidade. Deve-se observar, ainda, que referidos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, no dizer dos mestres EMERSON GARCIA, “apresentam-se como verdadeiras normas de integração de eficácia da Constituição da República, pois os princípios por eles tutelados há muito foram consagrados nesta”.

Assim, na sistemática da Lei de Improbidade, o dever jurídico de observar os princípios regentes da atividade estatal é inicialmente visualizado em seu art. 4º, segundo o qual:

Art. 4º. Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.

Importa frisar que o dever jurídico previsto no dispositivo retrotranscrito é complementado e integrado pelo art. 11, *caput*, da LIA, dispositivo este que instituiu a tipologia legal dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, estando assim redigido:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

Verifica-se, pois, que as malfadadas ilicitudes cometidas pela demandada amoldam-se claramente à tipificação formada pela fusão dos arts. 4º e 11, ambos da Lei de Improbidade Administrativa.

Como é cediço, condutas ímprobas consistentes na prática de atos que atentam contra os princípios da Administração Pública não pressupõem dano ao erário (art. 21, inc. I, da LIA), como dito alhures, e tampouco o enriquecimento ilícito do agente ímprobo (conforme ensinam doutrina e jurisprudência pacíficas). Basta, para caracterizar a conduta ilegal, a subsunção fática aos arts. 4º e 11, da Lei 8.429/92, isto é, que se demonstre a ocorrência de agressão aos princípios da Administração Pública (como ficou sobejamente demonstrado no presente caso).

Diante desse panorama normativo delineado pela Constituição Federal e pela Lei de Improbidade, conclui-se que os atos ilegais, imorais, impessoais, abusivos e, sobretudo, inconstitucionais, praticados pela denunciada afrontaram em demasia a ordem jurídica global, contrariando diretamente os mais diversos vetores reinantes do regime jurídico administrativo.

No ponto, insta tecer algumas específicas considerações quanto aos princípios agredidos pela demandada:

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – por haver feito *tabula rasa* de inúmeros dispositivos constitucionais (art. 37, *caput*, e inciso XXI, da Constituição Federal) e legais (arts. 2º; 13, V; 25, *caput*, II, § 1º; e 26, todos da Lei 8.666/93). Em síntese: o princípio da legalidade foi malferido na medida em que a denunciada contratou irregularmente uma empresa de apresentação artística sem licitação, mesmo sendo patente a viabilidade da competição ante a natureza comum e rotineira dos serviços pactuados e por conseguinte, a banda contratada tem como um de seus componentes, o vocalista que é seu cunhado, ferindo o princípio da impessoalidade também do interesse público, dando prioridade ao interesse pessoal.

Nesse átimo, com o ímpeto de comprovar cabalmente a violação pela demandada ao princípio da legalidade, socorre-se da imortal doutrina de HELY LOPES MEIRELLES, para quem:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, **sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade** disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (...) **Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.**

Na mesma trilha de raciocínio, delineando os contornos doutrinários sobre o princípio em análise, EMERSON GARCIA escreve de maneira singular que:

Atualmente, **o princípio da legalidade é concebido em uma perspectiva distinta da de outrora**, época em que a atividade estatal não

tinha como pressuposto a previsão normativa, mas unicamente a ausência de limitação por ela imposta.

Nada dispondo a lei, ou sendo ela obscura, reconhecia-se ao agente público uma larga margem de liberdade para a apreciação dos fatos e consequente definição de sua esfera de atuação. **De acordo com essa concepção, majoritária até o século XIX, a administração pública podia fazer tudo o que não lhe fosse proibido por lei.** A liberdade era a regra, sendo a vinculação a exceção, o que tornava exigível que existisse unicamente uma relação de compatibilidade entre o ato e a lei, vale dizer, o ato era válido sempre que não a contrariasse, ainda que na lei não encontrasse amparo imediato.

Com o evoluir da doutrina publicista e a contínua reflexão sobre o papel desempenhado pelo Estado, a lei deixou de ser unicamente o elemento limitador da atividade estatal, passando a assumir posição de substrato legitimador desta, o que interdita a prática de atos *contra legem* ou *praeter legem* e torna cogente a obrigação de agir *secundum legem*, conforme a conhecida fórmula de Stassinopoulos.

(...)

A subordinação da atividade administrativa à lei é concebida em um sentido negativo, sendo o princípio da legalidade o limite a que estará sujeita a administração, contendo a atuação desta, e em um sentido positivo, **somente podendo a administração fazer o que por lei seja consentido.** Neste último sentido, constata-se a relação de conformidade que deve existir entre o ato e a lei.

(...)

Com isto, **conferiu-se tratamento distinto ao Estado e ao particular,** permanecendo este com a possibilidade de fazer tudo o que não lhe seja vedado (art. 5º, II, da CR/1988). (...)

Portanto, tendo a demandada, com seus atos despóticos e ilegais, se afastado do primado da legalidade administrativa (*na medida em que na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*), não há como deixar de se reconhecer a subsunção dos fatos por ela praticados à tipificação dos arts. 4º e 11 da LIA.

PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE – haja vista que a finalidade pública deve nortear toda a atividade administrativa. O que significa dizer, em outros termos, “*que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento*”.

No entanto, relegando esta orientação, a demandada declarou (ao arrepio da lei) a inexigibilidade dos vergastados procedimentos licitatórios e “elegeu”, *spont sua*, “escolheu” de forma subjetiva a banda (que é composta por seu cunhado-vocalista) que “quis”, atuando na festa natalina no ano de 2021, agindo assim não como gestor da *res publica*, mas como se fosse proprietário da prefeitura.

Ante esse estado de coisas, fica plenamente constatada a agressão ao princípio administrativo da impessoalidade. Nessas pegadas, para robustecer ainda mais tal conclusão, importa reproduzir a intangível doutrina de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO sobre o ponto:

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. **Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas**, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.

Com idêntico pensar, os eminentes professores MARCELO ALEXANDRINO & VICENTE PAULO lecionam de maneira assaz objetiva que:

Conforme sua formulação tradicional, **a impessoalidade se confunde com o princípio da finalidade da atuação administrativa**. De acordo com este, há somente um fim a ser perseguido pela Administração, fim este expresso ou implícito na lei que determina ou autoriza determinado ato. Sabemos que a finalidade de qualquer atuação da Administração é a defesa do interesse público.

A impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato por essência. Impede, o princípio, perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos

administrados. Qualquer ato praticado em razão de objetivo diverso da tutela do interesse da coletividade será inválido por desvio de finalidade.

Segundo **Celso Antônio Bandeira de Mello**, a impessoalidade é corolário da isonomia ou igualdade (...).

Logo, ao conferir tratamento especial (e ilegal, repita-se!) a empresa contratada e por conseguinte a banda, a demandada atropelou o comando normativo emanado do princípio da impessoalidade (tendo em conta que a Administração não pode atuar com vistas a beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público quem deve nortear o seu comportamento), devendo ser responsabilizado pelos atos ímprobos por ele cometidos.

PRINCÍPIO DA MORALIDADE – conquanto a demandada tenha desprezado o elemento ético dos seus atos, valendo rememorar que “*segundo uma formulação já consagrada (...) o servidor deve decidir não somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto*”.

Na feliz expressão de ALEXANDRE DE MORAES, “*pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração Pública*”.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA – em virtude de a demandada haver impedido, com as suas ilegais decretações de inexigibilidade do procedimento licitatório, que as propostas mais vantajosas – em sentido amplo – fossem escolhidas pela Administração Pública, tendo despendido irregularmente a quantia de **R\$ 9.500,00 (nove mil e quinhentos reais)**.

Esmiuçando os contornos do princípio da eficiência no âmbito das licitações, não pode ser olvidada a lição de WALDO FAZZIO JÚNIOR, segundo a qual:

Os contratos firmados pelo Poder Público, necessários para o exercício da ação administrativa, devem ser precedidos de **procedimento que leve à consecução de melhores condições, convivendo com a preservação da impessoalidade entre os que se dispõem a contratar**, a moralidade na

condução procedimental e a publicidade de todos os atos do certame. **A eficiência perpassa todo o processo e é sua própria razão de existir, de modo que, ao final, se materialize pela escolha do licitante mais idôneo e que ofereça mais vantagens para o ente contratante.**

Em outros termos,

Exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível. **Se, ao contrário, a improbidade frustra o objetivo da licitação, o responsável pela distorção deve sofrer a aplicação das sanções civis, penais e administrativas cabíveis.**

Destarte, vê-se de maneira cristalina que os atos dolosamente praticados pela demandada se distanciaram e muito do que enuncia o princípio da eficiência (intimamente ligado à ideia de economicidade), motivo pelo qual o reconhecimento da improbidade administrativa (arts. 4º e 11 da LIA) é medida de rigor.

Todavia, ainda que assim não fosse, seria o caso de se responsabilizar a Prefeita Municipal pela prática dos atos de improbidade administrativa a ela imputado, por duas ordens de razões, a saber: **I)** o art. 10, VIII, da LIA se contenta com a conduta culposa para o reconhecimento do ato ímprobo; **II)** para o novel entendimento firmado pelo STJ (especialmente como se infere da ementa subscrita pela notável Ministra ELIANA CALMON, relatora do REsp nº 708170/MG) sobre os atos de improbidade administrativa que importam violações aos princípios administrativos, após tantos anos de vigência das Leis de Improbidade Administrativa e de Responsabilidade Fiscal, não é crível supor que escancaradas agressões (que devem ser aferidas no aspecto objetivo) aos princípios da Administração Pública sejam vistas como “meras irregularidades”.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. 1. **A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao Erário Público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.** 2. Recurso especial

improvido. (Recurso Especial nº 826678/GO (2006/0031998-7), 2ª Turma do STJ, Rel. **Min. Castro Meira**, unânime, DJ 23.10.2006).

Gize-se, por último, que o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS acompanhou a evolução da jurisprudência do Tribunal da Cidadania e, recentemente, proferiu o julgamento cuja ementa segue abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISPENDÊNCIA. CONSTATAÇÃO DA CONDUTA ÍMPROBA. IMPOSIÇÃO DAS SANÇÕES LEGAIS PREVISTAS. I – **Consoante entendimento já pacificado na jurisprudência do STJ, em relação ao disposto no art. 11 da Lei 8.429/92, por tratar-se de violação a princípios administrativos, a lei não exige prova da lesão ao erário público, bastando nesse ponto a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.** De sorte que, demonstrada a lesão, o inciso III, do art. 12, da mesma lei, autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário, ou, na hipótese de não houver dano o agente poderá ser condenado às demais sanções previstas no dispositivo, como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, ou a impossibilidade de contratar com a administração pública por determinado período de tempo. II - Noutra vertente, **consoante, ainda, entendimento firmado no âmbito daquela Corte, tem-se que, para a condenação do agente ímprobo por infração ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, não se exige dolo ou culpa na conduta do agente, afigurando-se suficiente a demonstração da ilicitude ou da imoralidade do ato.** RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Apelação nº 127636-3/188 (200802605502). 1ª Câmara Cível do TJGO, Rel. **Des. Luiz Eduardo de Souza**. Julgamento unânime. 17/02/2009).

Pela primeira vez em nossa história Constitucional o princípio da moralidade encontrou previsão expressa no Texto Magno, apesar de admitir-se sua existência implícita nas Constituições anteriores, demonstrando a preocupação do Constituinte de 88 com a proteção da probidade na administração pública.

No artigo 37, § 4º, da Carta Política percebe-se a severidade com que a Constituição quis reprimir as transgressões à probidade administrativa.

As condutas da demandada subsumem-se as disposições dos arts. 10, incisos VIII e XII, e 11, *caput* e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92, sendo, pois,

imperativa a sua obrigação de reparar o dano causado ao patrimônio público, nos exatos termos dos arts. 5º, 7º e 12, II, da Lei de Improbidade Administrativa.

No caso dos autos, diante da exposição dos fatos e da análise da prova material, o *fumus boni juris* encontra-se devidamente caracterizado, ante a flagrante ofensa aos preceitos legais e constitucionais já citados, o que torna indubitável a probabilidade de a providência principal ser acolhida nos moldes pleiteados por essa denúncia.

II) DOS PEDIDOS

Ante o exposto, com esquite nos argumentos fáticos e jurídicos acima declinados, esse denunciante apresenta em termos práticos as irregularidades encontradas nessa denúncia:

- a)** Todo o trâmite do certame, nem justificativas estão presentes no site da Prefeitura, ferindo o princípio da Transparência Pública
- b)** Através de consulta no site da Receita federal do Brasil, o CNPJ da contratada não condiz em seu CNAE, atividade compatível com o objeto, ferindo o princípio da legalidade.

Principal: 85.92-9-03 - Ensino de música
Secundária(s): 85.92-9-99 - Ensino de arte e cultura não especificado anteriormente
- c)** A banda subcontratada pela empresa tem como um de seus componentes, o cunhado da demandada, ferindo o princípio da impessoalidade e moralidade

Nestes termos, pede-se deferimento.

Lages, 21 de janeiro de 2022.

PROCESSO N°: @PAP 22/80001904
UNIDADE GESTORA: Prefeitura Municipal de Palmeira
RESPONSÁVEL:
INTERESSADOS: Fernanda de Souza Córdova, Prefeitura Municipal de Palmeira
ASSUNTO: QuestionarioPAP
RELATOR:
UNIDADE TÉCNICA: Ouvidoria - PRES/Ouvidoria
DESPACHO: PRES/GAP - 9/2022

TRIBUNAL DE CONTAS DE SANTA CATARINA

GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Ouvidoria

21 de Janeiro de 2022

Protocolo Esiproc: N° 864/2022

Prezada diretora Caroline de Souza

Encaminhamos a Comunicação n° 99/2022, relacionada à sua área de competência, formulada por cidadão que solicita total sigilo de sua identidade, para sua análise e pronunciamento:

Unidade Gestora: Prefeitura Municipal de Palmeira

Área da denúncia: Administração

Fraude/Corrupção: Sim

Assunto: Licitação - serviços

Período: Há menos de 5 anos

Valor: 9.500,00

Descrição:

O Município de Palmeira, representado por sua prefeita, a Sra. Fernanda de Souza Córdova, visando a contratação de apresentação artística, firmou contrato absolutamente ilegal com a seguinte empresa:

Luiz Augusto de Medeiros, inscrita sob CNPJ n° 30.033.961/0001-63.

Desde logo, conforme atesta a documentação disponível no Diário Oficial dos Municípios, importa ter em mente que a prefeita, através da Dispensa 22/2021 e Inexigibilidade 04/2021

https://edicao.dom.sc.gov.br/pdfjs/web/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fedicao.dom.sc.gov.br%2F2021%2F12%2F1640106066_edicao_3716_assinada.pdf#page=2281

declarou a dispensa e/ou inexigibilidade do procedimento licitatório de apresentação artística.

Órgão envolvido: **Prefeitura de Palmeira**

Atenciosamente,

Ouvidoria/TCESC
Ramal 3610