
**EXCELENTÍSSMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA
COMARCA DE CUBATÃO/SP**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, pela Promotora de Justiça abaixo assinada, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição Federal, no art. 5º, *caput*, da Lei 7.347/1985, no art. 17, *caput*, da Lei 8.429/1992, no art. 25, inc. IV, alínea *b*, da Lei 8.625/1993 e no art. 103, inc. VIII, da Lei Complementar Estadual 734/1993 - Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, em face dos elementos coligidos no Inquérito Civil **14.0248.0000807/2020-6**, originário da 4ª Promotoria de Justiça de Cubatão, ajuizar **AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**, em face de:

- 1- **ADEMARIO DA SILVA OLIVEIRA**, Prefeito Municipal de Cubatão, brasileiro, portador do CPF n.º 133.863.986-44, podendo ser encontrado na sede da Prefeitura Municipal de Cubatão, na Praça dos Emancipadores, S/Nº - CENTRO, Cubatão - SP, 11510-900,
 - 2- **SANDRA LÚCIA FURQUIM DE CAMPOS**, ex-Secretária Municipal de Saúde, portadora do CPF n.º 069.395.888.-09, com endereço na Rua IMPERATRIZ LEOPOLDINA, 14, 74, CEP 11030-480, Ponta da Praia, Santos/SP;
 - 3- **INSTITUTO MEDICINA, SAÚDE E VIDA - IMSV**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 15.494.593/0001-67, com sede na Rua Enxovia n.º 472, sala 1211 e 1212, Vila São Francisco-São Paulo, CEP 04.711-030, representada por Rafael de Carlo Rovere da Silva, brasileiro, portador do CPF 336.029.628-14, que também deve responder como pessoa física;
-

4- **MUNICÍPIO DE CUBATÃO**, pessoa jurídica de direito público representada pelo Senhor Prefeito Municipal, com endereço para citação na Praça dos Emancipadores, S/Nº - CENTRO, Cubatão - SP, 11510-900; pelos motivos de fato e de direito que passa a expor, para ao final requerer o seguinte:

1 – BREVE SÍNTESE

No ano de 2020, a Promotoria de Justiça de Cubatão, órgão com atribuição na defesa do patrimônio público e social, recebeu representação noticiando a existência de irregularidades na contratação emergencial do IMSV – INSTITUTO MEDICINA, SAÚDE E VIDA, para o gerenciamento, operacionalização e execução das ações e serviços da Unidade de Pronto Atendimento (UPA) do Município de Cubatão, uma vez que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo julgou irregular a dispensa de licitação e o contrato dela decorrentes.

Ao serem realizadas diligências no bojo do Inquérito Civil, apurou-se, em síntese, que a dispensa de licitação para a contratação do referido instituto se deu de forma irregular, pois não havia hipótese emergencial que a justificasse, posto que a Administração esperou o término do contrato anterior para tomar providências. Ainda, foram constatadas diversas outras irregularidades que comprometeram a lisura da contratação, tais como a recente mudança do objeto social do Instituto para viabilizar a contratação, não preenchimento de requisitos previstos em lei municipal, dentre outras.

2 - DA ALEGADA SITUAÇÃO EMERGENCIAL.

As atividades previstas no contrato de gestão ora em análise eram anteriormente executadas pela OSS REVOLUÇÃO, que firmou a avença respectiva em 26 de janeiro de 2015, havendo sucessivas prorrogações do contrato, que perdurou até 27 de julho de 2017.

Apenas na data de 24 de julho de 2017, ou seja, três dias antes do término da última prorrogação, após a requerida SANDRA LÚCIA, ex-Secretária de Saúde, **encaminhar solicitação ao Prefeito Municipal de contratação emergencial por dispensa de licitação de empresa**

para operacionalizar o funcionamento da Unidade de Pronto Atendimento de Cubatão, alegando que não seria possível esperar o trâmite regular de uma licitação sob pena de paralização dos serviços (documento de fls. 03), a municipalidade instaurou procedimento para escolha de nova instituição para o desenvolvimento das atividades da UPA Dr. Mario Ruivo, por meio do Edital de Chamamento Público nº 03/2017 (documento 04).

Por causa de falhas do próprio órgão, esse chamamento acabou revogado em 31 de agosto de 2017. Ainda, a entrega das propostas no referido chamamento público foi marcada para 09 de agosto de 2017, após o prazo do término do contrato anterior, o que evidencia lentidão, inércia e dolo do gestor municipal no caso concreto, não se justificando a contratação emergencial.

A OSS Revolução continuou prestando os serviços até o dia 31 de agosto de 2017.

No dia 01 de setembro de 2017, acolhendo a justificativa emergencial, o requerido ADEMÁRIO determinou a contratação da empresa Organização Social Instituto de Medicina, Saúde e Vida IMSV (Contrato de Gestão 008/2017), mediante o instituto da dispensa de licitação, para administração da UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO – UPA, do Parque São Luiz, pelo valor de R\$ 6.900.000,00 (seis milhões e novecentos mil reais), com parcelas mensais de R\$ 1.150.000,00 (documento de fls. 14).

A ilegalidade da contratação também foi atestada pelo relatório de fiscalização do Tribunal de Contas de São Paulo (documento de fls. 34).

As condutas dos requeridos ADEMÁRIO e SANDRA ocasionaram prejuízos ao erário público, pois não houve licitação para obtenção da proposta mais vantajosa para o Município, alegando-se, erroneamente, situação emergencial, quando, na verdade, esta fora dolosamente provocada para que houvesse contratação direcionada, sem qualquer justificativa plausível, o que viola a Lei n. 8.666/93.

O motivo apontado pela Administração não justificava a contratação da maneira que o foi, causando assim, prejuízo ao erário e quebra dos princípios do direito administrativo.

Para Justen Filho (2002, p. 234),

“a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável a competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público. Toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinadas caso a caso. Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração. Esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se a licitação não tivesse existido. Muitas vezes, sabe-se de antemão que a relação custo-benefício será desequilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício do interesse público. Impõe-se a contratação direta porque a licitação é dispensável”.

Segundo o autor, as hipóteses de dispensa de licitação podem ser classificadas segundo o ângulo de manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício, do seguinte modo: a) custo econômico da licitação; b) custo temporal da licitação; c) ausência de potencialidade de benefício; e d) destinação da contratação (JUSTEN FILHO, 2002).

A dispensa por “emergência”, pois, encontra-se respaldada no seu custo temporal, uma vez que a demora no atendimento de algumas situações pode acarretar danos irreversíveis para a sociedade e para o Estado.

Percebe-se, pois, que o interesse público sempre deve estar presente nas dispensas de licitações, o que não significa sobrepor esse ao princípio da isonomia.

No caso dos autos, a Administração Pública de Cubatão, tinha ciência que o contrato anterior para prestação dos mesmos serviços tinha prazo final previsto para 27 de julho de 2017. Contudo, só lançou chamamento público para escolher organização social capaz de realizar os mesmos serviços no início do segundo semestre de 2017. Ainda, a entrega das propostas no referido chamamento público foi marcada para 09 de agosto de 2017, após o prazo do término do contrato anterior, o que evidencia lentidão, inércia e dolo do gestor municipal no caso concreto, não se justificando a contratação emergencial.

Se não bastasse, provocada a apresentar parecer técnico jurídico acerca da legalidade da contratação, a Procuradoria Municipal apontou que a justificativa apresentada pela requerida SANDRA não era suficiente, pois não constava informações sobre o término do contrato anterior nem as razões que a impediram de ultimar os procedimentos para a contratação regular dentro do prazo legal (documentos de fls. 26/27). Apontou, assim, ausência de justificativa pela requerida que autorizasse a contratação emergencial.

E não só. Apontou que aparente urgência na contratação foi causada pela própria Administração Municipal que por omissão e ausência de planejamento adequado deixou de dar continuidade na prestação de serviço essencial.

O Administrador Público, no caso, o requerido **ADEMÁRIO**, tinha ciência do término do contrato. Portanto, durante longos meses poderia realizar o competente procedimento licitatório, modalidade concorrência, visando à contratação de empresa para o objeto pretendido.

A falta de planejamento, atraso, inércia dos requeridos em prorrogar os seus contratos e instaurar os certames licitatórios não podem autorizar a dispensa de licitação, abrindo espaço para o direcionamento da contratação, ferindo, com isto, o princípio da impessoalidade.

Ora, o fato de existir contratação emergencial anterior, de forma nenhuma, impedia o prosseguimento do procedimento licitatório em questão, o que deixou de ser feito pela Administração Pública.

Ou seja, em face de todas estas circunstâncias ocorridas, não há de se falar em situação emergencial a justificar a dispensa de licitação, pois era de conhecimento do município o término do contrato anterior.

Cuida-se na hipótese de um claro desvio de poder, posto que a ilegitimidade da conduta veio dissimulada sob a aparência de perfeita legalidade. Na lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: *“Trata-se, pois de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento soez, insidioso. A Autoridade atua embuçada em pretensão interesse público, ocultando dessarte seu malicioso desígnio¹”*.

Portanto, da conduta do agente é possível extrair as irregularidades nas contratações emergenciais, que no caso, não se justificavam.

Neste caso, a ilegalidade está no fato de que o inciso IV do art. 24 é invocado indevida e propositadamente, servindo-se o intérprete de má fé dos vocábulos emergência e urgência, para encobrir um mau planejamento da Administração.

Isto porque o art. 8º, da Lei nº 8.666/93, reza:

Art. 8º A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

Mesmo que não tivesse dotação orçamentária para tanto, a lei de licitação permite a contratação por programação parcial e, portanto, possível à realização da licitação. Assim se expressa o Parágrafo único do Art. 8º:

Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado

¹ O desvio de poder, RDA 172/9

motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei.

Como se vê, para que a hipótese de emergência possibilitasse a dispensa de licitação, não basta que o gestor público entenda dessa forma.

Necessário se faz a comprovação da situação emergencial, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. A dispensa por emergência tem lugar quando a situação que a justifica exige da Administração Pública providências rápidas e eficazes para debelar ou, pelo menos, minorar as consequências lesivas à coletividade.

No caso dos autos, estas situações não se encontravam. Não havia direta correlação entre o significado da palavra “emergência” e o tempo necessário à realização de licitação. Aqui, o termo “emergência” diz respeito à necessidade de atendimento imediato a certos interesses, diferentemente do sentido vulgar do termo, em que significa uma “situação crítica; acontecimento perigoso ou fortuito; incidente”. (FERREIRA, 1989, p. 634).

Em outras palavras, a emergência é um conceito relacional entre a situação fática anormal e a realização de certos valores. A ocorrência anômala conduzirá ao sacrifício desses valores se for mantida a disciplina estabelecida como regra geral. No caso, a situação emergencial não existia na realidade, mas somente nas condutas do Prefeito **ADEMÁRIO**, que deixou escoar tempo suficiente para a realização de procedimento licitatório e, em face de seu mau planejamento a necessidade de contratação emergencial, surgiu.

Segue a definição de Marçal Justen Filho:

“No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores”. (JUSTEN FILHO, 2002:239).

Examinando de forma perfunctória essa conceituação, poderíamos concluir que o simples argumento da urgência sempre poderia ser alegado e a regra de dispensa sempre utilizada, mas não se pode olvidar que este instituto é a exceção e não a regra.

Portanto, este dispositivo deve ser interpretado como os casos onde o decurso do tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção da medida indispensável para evitar danos irreparáveis. Essa atividade acautelatória é de interesse público. Portanto, é o interesse social, e não o da Administração, que é determinante para a não realização de licitação. E, no caso dos autos, tempo para a realização da licitação existia e, com sobra.

Impende destacar, neste ponto, a distinção entre dois institutos bem próximos, quais sejam urgência e emergência. Conforme nos ensina o prof. Caldas Furtado,

[...] não se pode confundir urgência com emergência; esta última combina urgência com imprevisibilidade. Qualquer despesa pode se tornar urgente, desde que as providências necessárias para a sua satisfação não sejam tomadas no tempo certo. (FURTADO, 2009:147).

Ou seja, esse conceito de emergência capaz de justificar a dispensa do procedimento licitatório deve estar respaldado em situação real decorrente de fato imprevisível ou, embora previsível, que não possa ser evitado. Repita-se, no caso concreto, a licitação poderia ser realizada, a partir do momento em que se constatou a proximidade do término do contrato anterior.

Em face do exposto, vale dizer, portanto, para que a contratação direta fundamentada nos casos de emergência seja realizada de forma lícita, necessário se faz a presença dos seguintes requisitos: a urgência concreta e efetiva de atendimento; a plena demonstração da potencialidade do dano; a eficácia da contratação para elidir tal risco, bem como a imprevisibilidade do evento.

Daí, estaremos diante de um caso emergencial, como se observa no entendimento do TCU a respeito do assunto:

[...] para a regularidade da contratação por emergência é necessário que o fato não decorra da falta de planejamento, deve existir urgência concreta e efetiva de atendimento, exista risco concreto e provável e a contratação seja o meio adequado de afastar o risco. [TCU. Processo nº 014.243/93-8. Decisão nº 374/1994 - Plenário]. (FERNANDES, 2005:417).

Não se trata, pois, de urgência simplesmente teórica. O Administrador causou a situação de urgência, por mau planejamento, incapacidade de levar a termo um procedimento licitatório e falta de dotação orçamentária, não tomando medidas práticas para que esta situação não tornasse regra em seu governo.

É de suma importância, ainda, relevar o descabimento da dispensa de licitação quanto aos casos do que a doutrina comumente reconhece como “emergência ficta ou fabricada”, que ocorre quando a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível, o que constitui uma grave violação ao princípio da moralidade administrativa.

Quanto a esses casos, a Secretaria do Tesouro Nacional editou uma normatização:

A previsibilidade da situação de risco afasta a legalidade da contratação por emergência, a exemplo do estoque de medicamentos. [STN. Mensagem CONED/STN 174920, de 13 set. 93]. (FERNANDES, 1995: 417).

O Tribunal de Contas da União também já firmou jurisprudência nesse sentido, consubstanciadas, por exemplo, nos acórdãos nº 348/2003 e nº 1705/2003, orientando no sentido da realização de licitação com a antecedência necessária, de modo a evitar situações em que o atraso do início dos certames licitatórios seja a causa para as contratações com fulcro no Art. 24, inciso IV da Lei nº 8.666/93.

Para ilustrar referido entendimento, o TCU decidiu que:

[...] só se deve realizar aquisições com dispensa de licitação, fundada no inciso IV do art. 24 da Lei n°. 8.666/93, quando devidamente caracterizada a situação de emergência ou de calamidade pública, desde que a situação não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis e desde que esteja comprovado que a imediata contratação é o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado. [TCU. Processo n° 015.764/95-8. Decisão n° 811/1996 - Plenário]. (FERNANDES, 2005: 416).

E ainda:

[...] a falta de planejamento adequado pelo administrador, principalmente quanto aos cronogramas dos procedimentos licitatórios, não justifica a contratação direta por emergência. Várias decisões proferidas bem antes dos atos em debate já convergiam nesse sentido, a exemplo do Acórdão 25/99, das Decisões n° 530/96, n° 811/96, n° 172/96 e n° 347/94, todos do Plenário, sendo esta última proferida em sede de Consulta, portanto, de caráter normativo [...]. [TCU. Processo n° 007.215/2003-0. Acórdão n° 1.454/2003 - Plenário]. (FERNANDES, 2005: 420).

Dessa forma, deveria o requerido **ADEMÁRIO** adotar as providências cabíveis para que fossem promovidos os processos licitatórios com a antecedência necessária para a sua conclusão antes do término dos contratos vigentes, evitando-se a descontinuidade da prestação dos serviços e a realização de dispensa de licitação por emergência.

Ora, caso a demora no procedimento normal puder ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras ou serviços, públicos ou particulares, não restam dúvidas que mesmo assim deve-se proceder à dispensa por emergência, pois o interesse público

em questão conduz necessariamente nesse sentido. Entretanto, deve-se punir o agente que não adotou as cautelas necessárias em tempo oportuno.

Em conclusão, o demandado **ADEMÁRIO** praticou ato de improbidade administrativa prevista no art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, porque dispensou licitação para contratação de Empresa médica, fora das hipóteses legais, porquanto inexistir a situação emergencial alegada para contratação. Ainda, a conduta ensejou quebra dos princípios do direito administrativo.

3- IRREGULARIDADE NA CONTRATAÇÃO

No mérito, o contrato de gestão está comprometido por uma lista de irregularidades apontadas pela Fiscalização do Tribunal de Contas e que não foram justificadas ou nem sequer contestadas pelas recorrentes. A saber: concluiu-se pela irregularidade da matéria, em razão da ausência de:

- (i) comprovante da publicação na Imprensa Oficial da convocação pública de Organizações Sociais já qualificadas na área de interesse;
- (ii) justificativa quanto ao prazo estabelecido para a convocação pública e apresentação do plano operacional;
- (iii) aprovação pela autoridade competente e pelo Conselho de Administração da Organização Social;
- (iv) comprovante da publicação da intenção do Poder Público para firmar o Contrato de Gestão;
- (v) publicação do rol das entidades que manifestaram interesse na celebração do contrato;
- (vi) demonstrativo de custos apurados para a estipulação das metas e do orçamento;
- (vii) atendimento do disposto na LRF, infringindo-se ao disposto nos artigos 15 e 16 da Lei Complementar nº 101/2000,
- (viii) ato de aprovação do ajuste pelo Conselho de Administração da Organização Social e pelo contratante;

- (ix) declaração, firmada pelo representante legal da Organização Social, contendo a relação de todos os membros eleitos e/ou indicados para compor os órgãos diretivos, consultivos e normativos daquela entidade, atuantes no exercício, com indicação das datas de início e término dos respectivos mandatos;
- (x) Declaração atualizada acerca da existência ou não no quadro diretivo da Organização Social e no quadro administrativo da entidade gerenciada de agentes políticos de Poder, de membros do Ministério Público ou de dirigente de órgão ou entidade da Administração Pública celebrante, bem como seus respectivos cônjuges, companheiros ou parentes, até o segundo grau, em linha reta, colateral ou por afinidade;
- (xi) cláusulas essenciais do ajuste (especificação do programa de trabalho proposto, estipulação das metas a serem atingidas, critérios de avaliação de desempenho, indicadores de qualidade e produtividade, limites e critérios para despesa com remuneração a dirigentes e empregados e penalidades e sanções);
- (xii) demonstração da experiência anterior da contratada na área da saúde por no mínimo cinco anos, em desacordo com o previsto no § 4º, do artigo 2º da Lei Municipal nº 2764/2002, que rege os procedimentos para qualificação de entidades como organizações sociais, havendo ainda a utilização de documentação inidônea para tentativa dessa comprovação.

Dentre as irregularidades apontadas pela Fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo destaco que o plano de trabalho apresentado não atendeu as exigências do artigo 9º, inciso I, da Lei Municipal 2762/2002 porque deixou de definir as metas a serem atingidas, uma vez que o plano de trabalho afirma que as metas e pesos referentes aos indicadores de desempenho quantitativo e qualitativos serão especificados no Contrato de Gestão, enquanto que o parágrafo único da cláusula oitava do contrato de gestão dispõe que as metas estarão definidas no Termo de Referência constante do Processo Administrativo nº 10.291/2017.

Ainda, a ausência de demonstração da experiência anterior da contratada na área da saúde por no mínimo cinco anos, em desacordo com o previsto no § 4º, do artigo 2º da

Lei Municipal nº 2764/2002, que rege os procedimentos para qualificação de entidades como organizações sociais, havendo ainda a utilização de documentação inidônea para tentativa dessa comprovação.

Restou demonstrado que a IMSV – INSTITUTO MEDICINA, SAÚDE E VIDA não preenchia requisitos objetivos estabelecidos em legislação municipal para que fosse selecionada para prestar os serviços ajustados. Apesar de deter título de Organização Social reconhecido pelo município, sua qualificação não estava em conformidade com a Lei Municipal no 2764/2002, que em seu art. 2º, § 4º, exige cinco anos de experiência na área.

A Organização Social e Educacional Vitória da Vida (antigo nome) atuou até outubro de 2016 em serviços educacionais, quando ocorreu a renúncia coletiva da antiga diretoria, assumindo uma nova diretoria, que mudou o ramo de atividade para área da saúde. Conforme se infere do edital de convocação de assembleia extraordinária anexado aos autos.

Como se depreende dos documentos supramencionados, os fins da Organização Social foram alterados às vésperas do início do mandato do requerido ADEMÁRIO, justamente para participar do milionário contrato público, com dispensa de licitação.

Tal fato também demonstra o dolo do requerido em fraudar o processo licitatório, tanto que infringiu expressamente o art. 2º, §4º, da Lei Municipal n. 2.764/02, a qual prevê que a entidade deve comprovar a atuação pelo prazo de 05 (cinco) anos na área a qual pretende celebrar contrato público, para ser qualificada como de interesse público.

A IMSV – INSTITUTO MEDICINA, SAÚDE E VIDA não preenchia requisitos objetivos estabelecidos em legislação municipal para que fosse selecionada para prestar os serviços ajustados, pois o estatuto social da entidade somente passou a prever atividades em unidades hospitalares após passar por reformulação no fim de 2016.

É importante frisar que também houve violação expressa ao art. 24, da supracitada lei, já que a qualificação e desqualificação de entidade de interesse público, prescinde

de parecer da Comissão de Publicização, seja para qualificar ou desqualificar a entidade como de interesse social, além de aprovar a redação final dos contratos de gestão.

A falta dos requisitos legais para contratar com município poderia ser verificada *prima facie*, pelo simples fato da Organização não ser reconhecida pelo município, com a alteração dos seus fins há menos de um ano, anteriormente a sua contratação.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo julgou irregular a contratação, declarando inclusive que foi utilizada documentação inidônea na tentativa de tentar qualificar a organização.

Nesse ponto, peço vênua para reiterar os termos da fiscalização técnica, que apontou que os atestados de capacidade técnica juntados, destinados a comprovar a atuação anterior na área da saúde, apresentavam apenas um carimbo simples atribuído ao 1º Tabelião de Diadema indicando o reconhecimento de firma de quem os assinou, não constando, porém, o carimbo com assinatura do serventuário do tabelionato e o selo de autenticação de firma. Dos documentos lá apresentados, notaram-se divergências nos atribuídos, respetivamente, à Secretaria Municipal de Saúde da Prefeitura de Santana de Ipanema e ao Residencial Lar Vida Ltda. Em ambos, foi suprimida a parte do carimbo, aposto próximo à assinatura, que continham a indicação de que pertenciam ao 1º Tabelião de Diadema.

Também em ambos constatou-se que os selos utilizados para dar autenticidade ao reconhecimento das firmas, apesar de indicarem serem oriundos de cartórios situados em Santana de Ipanema e Santos, na verdade foram distribuídos ao 1º Tabelião de Diadema, conforme pesquisas realizadas pelo referido órgão no Portal do Extrajudicial do TJSP. Não havendo também a identificação dos funcionários que procederam ao reconhecimento das firmas.

Finaliza o relatório, afirmando que tais circunstâncias comprometem a certificação de qualificação da contratada como Organização Social de Saúde, pela não remessa do Estatuto Social anterior e pela não comprovação de atuação na área da saúde pelo prazo mínimo de cinco anos, já que o único atestado que poderia indicar a pretendida qualificação (emitido pela entidade Residencial Lar Vida Ltda.-ME., certificando a prestação de serviços desde 26/08/2011)

apresentou as inidoneidades acima referidas. Os demais atestados mencionam prazos inferiores a cinco anos. Caracterizado o desatendimento ao preceituado no § 4º do artigo 2º da lei municipal nº 2764/2002 (documento de fls. 34).

Necessário se faz, nesse momento, tecer considerações acerca da conduta dolosa dos agentes envolvidos.

O dolo restou plenamente caracterizado no caso concreto.

A requerida SANDRA, então Secretária de Saúde, encaminhou solicitação ao Prefeito Municipal pela contratação emergencial, com dispensa de licitação, de empresa para operacionalizar a UPA do Município, ciente do término do prazo do contrato anterior, não apresentando justificativa acerca de sua inércia até então. Em suma, manteve-se inerte até o final do contrato anterior para então requerer a contratação emergencial com dispensa de licitação. Tal conduta foi inclusive ALERTADA pela Procuradoria Municipal em seu parecer jurídico, que alertou ausência de justificativa no pedido da então Secretária.

Complemente ciente da irregularidade apontada no parecer jurídico, o requerido ADEMÁRIO determina a contratação da empresa indicada pela sua Secretária Municipal, após chamamento público realizado.

E não só. Também a ausência de requisitos legais pela empresa contratada e a mudança repentina de seu objeto social, conforme amplamente citado ao longo da inicial, demonstram que a contratação foi mesmo dirigida para que esta se consagrasse vencedora, mesmo sem preencher os requisitos legais.

5 - OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

5.1 - A indevida dispensa do procedimento licitatório

Dispõe o art. 10, inciso VIII da Lei nº 8.429/92:

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa, 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;

A dispensa de licitação para a contratação das empresas médicas não encontra respaldo nas exceções legais previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93, nada justificando a contratação sem a prévia licitação.

O fato de ter sido a licitação dispensada indevidamente constitui questão incontroversa.

A ausência de licitação, quando seria devida, gera por si só a conclusão de que a Administração Pública poderia obter contratação mais vantajosa se instalada a concorrência. Para parte da doutrina, o prejuízo ao erário em tais casos seria presumido. A presunção se não for absoluta, é, na grande maioria dos casos, de difícil ou impossível prova em contrário, sendo impossível prever, por exemplo, no caso concreto, que empresas teriam efetuado propostas, por qual preço, e em que termos ocorreria a disputa entre os licitantes para contratar com a Administração Pública.

Há também quem defenda a tese de que a tutela jurídica no caso em questão visa à proteção do bem jurídico erário, o que não poderia ser confundido com a noção civilista de prejuízo ao erário². E conclui o eminente doutrinador, analisando o art. 10 da Lei de Improbidade:

(...) a descrição típica concentra a ação no ato de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente. O que é intolerável é o entendimento de que seriam hipóteses de dano presumido (conceito civil), quando, em verdade, são condutas efetivamente agressivas ao bem jurídico

² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p.256.

tutelado. A própria Lei nº 8.429/92 sublinhando o seu caráter sancionatório específico, inteligível a partir da tutela jurisdicional própria conferida à probidade, não deixa margem de dúvida de que, tipificando condutas ofensivas ao erário, não está exigindo a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, como preceitua expressamente o seu art. 21, I. Esta norma é complemento necessário para o entendimento pleno e correto do art. 10, e não do artigo 11, porque confirma as descrições típicas da norma, a qual, mirando no bem jurídico, sancionou tipos de dano e tipos de perigo concreto como motivos legais a embasar as sanções previstas no art. 12, II.³

O elemento normativo do tipo “indevidamente” restou igualmente bem demonstrado, comprovando-se que a licitação era devida e não poderia ter sido dispensada.

5.2 - O atentado contra os princípios da administração pública

Ao estruturar a Lei 8.429/92, buscou o legislador abranger toda uma gama de condutas capazes de guardar plena identificação com o conceito de improbidade administrativa, extraído do texto constitucional.

Deve-se partir do princípio que qualquer das condutas descritas no extenso rol do art. 10 tem como pressuposto a ofensa a princípios constitucionais da administração pública. Ocorre que é possível a existência de ato de improbidade administrativa que não apresente o resultado do prejuízo ao erário, mas em se tratando de ato de improbidade, sempre trará impregnado em seu seio o flagrante desrespeito aos princípios expressos ou implícitos no art. 37 da Constituição Federal.

A hierarquização do art. 11 como norma residual objetiva apenas dar tratamento menos severo à conduta que, como as demais, violou os princípios administrativos, mas não ensejou consequências mais graves como o enriquecimento ilícito ou o prejuízo ao erário.

³ OLIVEIRA, op. cit. p. 256/257.

Trata-se de dispositivo que assegura a repressão aos atos de improbidade de forma originária, quando de plano já se constata a ausência de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário; ou de forma subsidiária, para satisfação do princípio da eventualidade quando, no curso da ação, verificar-se a desqualificação do ato inicialmente tido como causador de prejuízo ao erário, persistindo, porém, a ofensa aos princípios administrativos.

No caso *sub examine*, se por ventura não fosse possível provar a prática de ato de improbidade com causa de prejuízo ao erário, estaria a conduta submetida às sanções da improbidade pela violação dos princípios da administração pública.

A NULIDADE DA CONTRATAÇÃO

Restando demonstrado que a contratação da entidade supra indicada ocorreu ao arrepio da lei, o contrato firmado entre o Município de Cubatão e a entidade demandada é nulo de pleno direito por força do disposto nos arts. 49 e 59 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 49

(...)

§ 2º. A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

E da nulidade da contratação decorre a obrigação de desconstituição de seus efeitos, inclusive e principalmente a restituição dos valores pagos de forma solidária (art. 942 do Código Civil).

Como já analisado, manifesta a má-fé da entidade demandada, participando de esquema fraudulento destinado à sua contratação, sobretudo ao alterar seu objeto social poucos meses antes da contratação, deixando de prestar serviços educacionais para prestar serviços de saúde (absolutamente distintos), sendo contratada mediante dispensa de licitação, tornando óbvia a ciência de que seria contratada para esse fim sem que houvesse disputa com outros licitantes.

Acerca dos efeitos da indevida dispensa da licitação (que se aplica também a certames fraudulentos que na prática equivalem à ausência de licitação), Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz esclareceram:

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, risco 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. Isso porque o prestador do serviço, o fornecedor ou executor da obra serão indenizados, na medida em que tiverem agido de boa-fé. Entretanto a autoridade superior que determinou a execução sem as cautelas legais, provada sua culpa (o erro inescusável ou o desconhecimento da lei) deverá, caso se negue a pagar espontaneamente, em ação regressiva indenizar o erário por sua conduta ilícita.⁴

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo reconhecendo que a ilegalidade de contratos administrativos acarreta não apenas a nulidade dos instrumentos, mas a responsabilização dos agentes públicos e terceiros envolvidos pela devolução de todo o valor gasto indevidamente (Apelação 12.126, Rel. Des. EMMANOEL FRANÇA, j. 24/04/2003).

Por conseguinte, o valor das contratações, recebidos ilicitamente pelas entidades devem ser restituídos aos cofres públicos.

⁴ *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 93.

É essa também a opinião de Marçal Justen Filho:

(...) o particular que tiver atuado maliciosamente não pode ser beneficiado pela teoria da vedação ao enriquecimento sem causa, que se funda em juízo ético-moral. Aquele que atuou de modo reprovável eticamente não pode invocar benefícios fundados na equidade.

(...)

Ou seja, se a Administração e o particular estiverem conluídos para fraudar a regra legal, não é possível dar à situação concreta o tratamento reservado precisamente para uma contratação válida. Ou, por outra via, não se poderia invocar a tese da responsabilidade civil do Estado aquele sujeito que tivesse atuado de modo reprovável para fraudar a lei e produzir situação concreta qualificável como ilícita.

(...)

Nesse sentido é que se afirma que a boa-fé do terceiro se caracteriza quando não concorreu, por sua conduta, para a concretização do vício ou quando não tinha conhecimento (nem tinha condições de conhecer) sua existência. O particular tem o dever de manifestar-se acerca da prática de irregularidade. Verificando o defeito, ainda que para ele não tenha concorrido, o particular deve manifestar-se. Se não o fizer, atuará culposamente. Não poderá invocar boa-fé para o fim de obter indenização ampla.”⁵

É o entendimento do STJ:

Não há que se falar em restituição à empresa contratada dos valores já despendidos pela mesma na execução do contrato, quando esta age com má-fé. (REsp nº 440.178/SP, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 08.06.2004, DJ de 16.08.2004).

DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer o Ministério Público Estadual a Vossa Excelência:

⁵ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010 – 14ª ed., p. 748/749.

1) O recebimento da inicial e a citação dos demandados para, querendo, oferecer contestação;

2) a condenação dos demandados nos termos do art. 12, II da Lei 8.429/92, consistente na perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos, , sanções que deverão ser dosadas e escolhidas de acordo com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade adequados à conduta dos demandados;

3) subsidiariamente, caso não reconhecida a incidência das condutas do art. 10, a aplicação das sanções previstas no art. 12, III: pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos, sanções que deverão ser dosadas e escolhidas de acordo com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, adequados à conduta dos demandados.

4) a condenação dos demandados ao ressarcimento ao erário municipal da quantia de R\$ 6.900.000,00 (seis milhões e novecentos mil reais - valor não atualizado);

5) Seja declarada nulas a contratação realizada entre o município e a entidade demandada, indicada nesta petição inicial.

6) A condenação dos demandados ao pagamento de todas as custas judiciais e sucumbenciais;

Protesta-se provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, incluindo-se a juntada de documentos e provas periciais.

Dá-se à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$ 6.900.000,00 (seis milhões e novecentos mil reais).

Cubatão, 26 de novembro de 2021

VANESSA BORTOLOMASI

Promotora de Justiça