



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.128 - SP (2018/0185174-9)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : MARCO AURÉLIO DE SOUZA
RECORRENTE : MARIA CRISTINA DE PAULA MACHADO
ADVOGADOS : HÉLIO FREITAS DE CARVALHO DA SILVEIRA - SP154003
MARCELO SANTIAGO DE PADUA ANDRADE - SP182596
RAFAEL SONDA VIEIRA - SP315651
RONAIR FERREIRA DE LIMA - SP342053
RECORRIDO : JOSÉ MILTON BATISTA DE MATOS
ADVOGADO : EDGARD ROCHA FILHO - SP062111
INTERES. : MUNICÍPIO DE JACAREÍ
PROCURADOR : LUCIANA SOARES SILVA DE ABREU E OUTRO(S) - SP187201
INTERES. : JACAREI TRANSPORTE URBANO LTDA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO DE SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS PARA TRANSPORTE ESCOLAR. LEI 8.666/1993. DISPENSA. EMERGÊNCIA FABRICADA OU FICTA. ILICITUDE. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO DEMONSTRADA. TESE NÃO LEVANTADA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.

1. Trata-se, na origem, de Ação Popular ajuizada contra o Prefeito do Município de Jacareí, a Secretária Municipal de Educação e Vice-Prefeita do Município de Jacareí e a empresa Jacareí Transporte Urbano Ltda., por terem celebrado contrato mediante dispensa de licitação não amparada pelo art. 24 da Lei 8.666/1993.

2. O Tribunal *a quo* entendeu não estar configurada hipótese de dispensa de licitação, nos moldes do artigo 24, IV, da Lei 8.666/1993, para a contratação de serviços de locação de veículos para transporte escolar de alunos da zona rural do Município agravado. Afirmou que a dispensa de licitação na "contratação direta de empresa prestadora de serviço de locação de 34 (trinta e quatro) ônibus de, no mínimo, 40 (quarenta) lugares, para transporte de alunos da zona rural do Município" (fl. 996, e-STJ) foi baseada "na emergência que, na hipótese dos autos, é ficta e não real" (fl. 995, e-STJ). Entendeu que, "em anos letivos anteriores, houve a devida realização de concorrência pública para a contratação dos mesmos serviços e que, portanto, a Administração Pública tinha plena ciência de que o procedimento deveria ser renovado periodicamente e também de quanto tempo, aproximadamente, seria necessário para percorrer todas as suas fases, até a adjudicação do contrato administrativo" (fl. 996, e-STJ). Asseverou ainda que "não se sustenta o argumento segundo o qual a emergência se fazia presente devido à proximidade da data do início do ano letivo sem que o procedimento licitatório tivesse se encerrado" (fl. 996, e-STJ), uma vez que, "se isso, de fato, aconteceu, ou seja, se o contrato ainda não havia sido celebrado mesmo às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vésperas do início das aulas, a omissão se deveu única e exclusivamente por desídia do agente público" (fl. 996, e-STJ). Contudo, diante da efetiva prestação do serviço, entendeu que a empresa faz jus ao recebimento pelos serviços prestados e reformou a sentença tão somente quanto à redução no valor da condenação e à majoração dos honorários advocatícios, condenando os ora recorrentes ao pagamento de valor resultante da lesão ao Erário provocada pela dispensa ilícita do procedimento licitatório.

3. Após o provimento do Recurso Especial, o Tribunal local realizou novo julgamento dos Aclaratórios e então deu parcial provimento ao apelo recursal para reduzir o valor do ressarcimento devido ao erário (fl. 1.354, e-STJ): "(...) para o arbitramento da condenação, deve-se levar em consideração o aumento da frota contratada em cinco ônibus em relação ao ano anterior. (...) Por conseguinte, imperioso é o acolhimento em parte dos embargos de declaração opostos pelos réus, para o único e específico fim de reduzir-se para R\$ 106.634,88 (cento e seis mil, seiscentos e trinta e quatro reais e oitenta e oito centavos) o valor da condenação, correspondente ao ressarcimento devido ao erário, mantidas as verbas acessórias (correção monetária e juros de mora) tais como lançadas na r. sentença".

4. Não se configura a ofensa ao art. 1.022 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Cabe esclarecer que a tese referente à correção monetária quando do cálculo dos prejuízos não foi levantada nos Embargos de Declaração opostos na origem.

5. Não se pode conhecer da irresignação contra a ofensa aos arts. 389, 395 e 884 do CC e a tese de que não foi levada em consideração a correção monetária quando do cálculo do prejuízo ao erário, uma vez que os mencionados dispositivos legais e este ponto recursal não foram analisados pela instância de origem. Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF.

6. Ressalte-se ainda que a matéria deveria ter sido questionada em novos Embargos de Declaração, o que não ocorreu, inviabilizando-se o prequestionamento.

7. É evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, verificando se houve ou não lesão ao erário, é preciso exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.

8. Admite-se dispensa de licitação "nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos" (art. 24, IV, da Lei 8.666/1993).

9. Destaque-se que, no julgamento dos Embargos de Declaração, o Tribunal local confirmou seu entendimento (fl. 1.353, e-STJ): "(...) não resta caracterizada a emergência arguida, bem como não resta justificada a dispensa de licitação, haja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vista que a desídia ou o despreparo administrativo foi a causa principal da ilicitude praticada. Não se nega a necessidade da contratação, apenas não está suficientemente demonstrada a real legitimidade do afastamento do procedimento licitatório, uma vez que não se configuraram as hipóteses autorizadoras de dispensa previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93".

10. Apura-se, nos autos, o motivo da suposta *emergência*. Segundo o acórdão recorrido, lastreado em premissas fáticas, a dispensa de licitação foi indevida. Assim, inadmissível o reexame da matéria fática dos autos para identificar a existência ou não de situação emergencial que justifique a contratação na forma do art. 24, IV, da Lei 8.666/93. Súmula 7/STJ.

11. Recurso Especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "'A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."' Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 11 de dezembro de 2018(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.128 - SP (2018/0185174-9)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : MARCO AURÉLIO DE SOUZA
RECORRENTE : MARIA CRISTINA DE PAULA MACHADO
ADVOGADOS : HÉLIO FREITAS DE CARVALHO DA SILVEIRA - SP154003
MARCELO SANTIAGO DE PADUA ANDRADE - SP182596
RAFAEL SONDA VIEIRA - SP315651
RONAIR FERREIRA DE LIMA - SP342053
RECORRIDO : JOSÉ MILTON BATISTA DE MATOS
ADVOGADO : EDGARD ROCHA FILHO - SP062111
INTERES. : MUNICÍPIO DE JACAREÍ
PROCURADOR : LUCIANA SOARES SILVA DE ABREU E OUTRO(S) - SP187201
INTERES. : JACAREI TRANSPORTE URBANO LTDA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a", da CF) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cuja ementa é a seguinte:

AÇÃO POPULAR - Contratação de serviços de locação de veículos para o transporte escolar sem a devida licitação - Hipótese de dispensa de licitação não configurada, nos moldes do artigo 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93 - Diante da efetiva prestação do serviço por parte da empresa de ônibus, da impossibilidade de se reverter ao status quo ante, esta faz jus ao recebimento pelos serviços prestados, razão pela qual não deve restituir ao Erário aquilo que recebeu - Honorários advocatícios majorados, nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC - Reforma em parte da r. sentença, tão somente no que tange à redução do valor da condenação e à majoração dos honorários advocatícios - Recursos do autor popular, do Prefeito e da Secretária de Educação providos em parte e recurso do Município desprovido.

Os Embargos de Declaração foram inicialmente rejeitados (fls. 1.096-1.099, e-STJ).

Todavia, após a interposição e provimento de Recurso Especial, os Aclaratórios foram novamente julgados e parcialmente providos para reduzir o valor do ressarcimento devido ao erário, nos seguintes termos (fl. 1.351, e-STJ):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - APELAÇÕES - Ação POPULAR - Contratação de serviços de locação de veículos para o transporte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

escolar sem a devida licitação - Reforma em parte da r. sentença, tão somente no que tange à redução do valor da condenação e à majoração dos honorários advocatícios - Recursos do autor popular, do prefeito e da secretária de educação providos em parte e recurso do Município desprovido - Embargos de declaração opostos pelo autor e pelos réus, aduzindo existirem vícios de omissão, obscuridade e contradição na referida decisão - Omissão constatada e sanada - Acórdão alterado parcialmente para o fim de reduzir-se o valor do ressarcimento devido ao erário — Embargos do autor rejeitados e embargos dos réus acolhidos em parte, com efeito modificativo.

Os recorrente, nas razões do Recurso Especial, sustentam que ocorreu violação do art. 1.022 do CPC; dos arts. 1º, *caput* e § 1º, e 14 da Lei 4.717/1965; dos arts. 5º, *caput* e § 1º, 24, IV, e 40 da Lei 8.666/1993; dos arts. 389, 395 e 884 do CC; e do art. 2º da Lei 10.192/2001.

Argumenta que o Tribunal local não sanou os vícios apontados nos Embargos de Declaração, nem obedeceu ao dispositivo legal que dispensa a realização de licitação nos casos de emergência, o que teria ocorrido no presente caso, e que não houve lesão ao erário.

Contrarrazões não apresentadas.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do Recurso Especial, *in verbis* (fl. 1.472-1.476, e-STJ):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. I – AUSÊNCIA DE OMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO NCPC NÃO CARACTERIZADA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ADEQUADA E SUFICIENTE. II – A EVENTUAL ALTERAÇÃO DAS CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS IMPORTA NO REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO, PROVIDÊNCIA VEDADA PELA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. III – PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.760.128 - SP (2018/0185174-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 11.10.2018.

A irrisignação não merece prosperar.

O Tribunal local, ao dirimir a controvérsia, consignou (fls. 995-997, e-STJ, grifei):

Quanto ao mérito, com efeito, **a licitação foi indevidamente dispensada pela Administração Pública**, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

(...)

Em outras palavras, **a dispensa de licitação foi baseada na emergência que, na hipótese dos autos, é ficta e não real.**

Houve contratação direta de empresa prestadora de serviço de locação de 34 (trinta e quatro) ônibus de, no mínimo, 40 (quarenta) lugares, para transporte de alunos da zona rural do Município (fls. 116/121).

Como é incontroverso, em anos letivos anteriores, houve a devida realização de concorrência pública para a contratação dos mesmos serviços. Portanto, **a Administração Pública tem plena ciência de que o procedimento deve ser renovado periodicamente e também de quanto tempo, aproximadamente, é necessário para se percorrer todas as suas fases, até a adjudicação do contrato administrativo.**

Nesta esteira, **não se sustenta o argumento segundo o qual a emergência se fazia presente devido à proximidade da data do início do ano letivo sem que o procedimento licitatório tivesse se encerrado.**

Se isso, de fato, aconteceu, ou seja, se o contrato ainda não havia sido celebrado mesmo às vésperas do início das aulas, **a omissão se deveu única e exclusivamente por desídia do agente público.**

(...)

Destarte, a continuidade do serviço público de transporte escolar de alunos era medida de rigor. Entretanto, **tal continuidade deveria se dar pelos trâmites regulares e não com a dispensa irregular da licitação.**

A observância do procedimento administrativo próprio para a dispensa não valida o vício anterior.

Ademais, não se sustenta o argumento lançado pelo Município de Jacareí no sentido de que se tratava de início de mandato e, portanto, o novo Prefeito empreendia medidas para solucionar os diversos problemas sofridos pela Administração Pública Municipal. **Os próprios agentes públicos apelantes admitem que 2002 era o segundo ano da gestão e que a contratação de 2001 havia obedecido ao procedimento licitatório indispensável** (fl. 707).

Nesta linha de raciocínio, a responsabilidade do Prefeito e da Secretária de Educação é inquestionável.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após rejeição dos Embargos de Declaração opostos da origem, foi dado provimento ao Recurso Especial interposto pelos recorrentes para que o Tribunal *a quo* realizasse pronunciamento expresso quanto às alegações de que o cálculo de uma possível lesão foi realizado de maneira equivocada, uma vez que o número de ônibus objetos do contrato foi maior em 2002 do que no ano anterior, utilizado como parâmetro (fls. 1.334-1.339, e-STJ).

Assim, em novo julgamento dos Aclaratórios, o Tribunal local deu parcial provimento ao apelo recursal para reduzir o valor do ressarcimento devido ao erário, *in verbis* (fl. 1.354, e-STJ):

Contudo, ***para o arbitramento da condenação, deve-se levar em consideração o aumento da frota contratada em cinco ônibus em relação ao ano anterior.*** Isto, pois como demonstrado pelos embargantes, caso houvesse se mantido o preço de 2001 em 2002, o contrato teria sido da ordem de R\$ 1.028.160,00 (um milhão, vinte e oito mil e cento e sessenta reais), e não do valor apontado no acórdão, anulado, de R\$ 876.960,00 (oitocentos e setenta e seis mil e novecentos e sessenta reais).

Por conseguinte, imperioso é o acolhimento em parte dos embargos de declaração opostos pelos réus, para o único e específico fim de reduzir-se para R\$ 106.634,88 (cento e seis mil, seiscentos e trinta e quatro reais e oitenta e oito centavos) o valor da condenação, correspondente ao ressarcimento devido ao erário, mantidas as verbas acessórias (correção monetária e juros de mora) tais como lançadas na r. sentença.

Sendo assim, constato que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Cabe esclarecer que a tese referente à correção monetária quando do cálculo dos prejuízos não foi levantada nos Embargos de Declaração opostos na origem.

Ademais, não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/08/2007; e, REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJ de 28/06/2007.

Dessarte, como se observa de forma clara, não se trata de omissão, mas sim de inconformismo direto com o resultado do acórdão, que foi contrário aos interesses dos ora agravantes.

Ressalte-se que a mera insatisfação com o conteúdo da decisão embargada não enseja Embargos de Declaração. Esse não é o objetivo dos aclaratórios, recurso que se presta tão somente a sanar contradições ou omissões decorrentes da ausência de análise dos temas que lhe forem trazidos à tutela jurisdicional, no momento processual oportuno, conforme o art. 1.022 do CPC. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. LEI 9.316/96. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA).

1. O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de reformar o decisum, não há como prosperar, porquanto inócuentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC.

2. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos

(...)

4. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no REsp 824.309/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/05/2009, grifei).

Prosseguindo, não se pode conhecer da irresignação contra a ofensa aos arts. 389, 395 e 884 do CC e a tese de que não foi levada em consideração a correção monetária quando do cálculo do prejuízo ao erário, uma vez que os mencionados dispositivos legais e este ponto recursal não foram analisados pela instância de origem. Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DISPOSITIVO LEGAL NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA 282/STF. (...)

1. *No que tange à violação do artigo 25, inciso V, alínea a, da Lei 8.625/93, não houve apreciação pelo Tribunal de origem sobre a incidência do dispositivo de referência, o que impossibilita o julgamento do recurso nesses aspectos, por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula 282/STF.*

(...)

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 920.879/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 13/03/2013, grifei).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. (...) PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF e 211/STJ. (...)

(...)

2. *Observa-se que o Tribunal a quo não emitiu carga decisória sobre os arts. 8º, 16, III, "b" e 17, II e IX, da Lei nº 8.080/90. Ausente o prequestionamento, inviável a discussão em recurso especial, a teor do disposto nas Súmulas 282/STF e 211/STJ.*

(...)

(AgRg no AREsp 37.232/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 28/03/2012, grifei).

Ressalte-se ainda que a matéria deveria ter sido questionada em novos Embargos de Declaração, o que não ocorreu, inviabilizando-se o prequestionamento.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. REAJUSTE DE 84,32%. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. AÇÃO COLETIVA. ENTIDADE DE CLASSE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LEGITIMIDADE. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO ANTES DO SEU ADVENTO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DO STJ.

1. Afasta-se a ofensa ao art. 535, II, do CPC quando o decisório está claro e suficientemente fundamentado, decidindo integralmente a controvérsia.

2. Incide a Súmula 282/STF caso os dispositivos legais supostamente violados não tenham sido enfrentados no aresto recorrido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.

(REsp 1.257.597/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, SEGUNDA TURMA, DJe 25/8/2011).

Além disso, é evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, verificando se houve ou não lesão ao erário, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7 desta Corte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

No mérito, melhor sorte não assiste aos insurgentes.

Quanto à suposta contrariedade ao art. 24, IV, da Lei 8.666/1993, o Tribunal de origem assim consignou (fls. 1.001-1.003, e-STJ, grifei):

"No mais, no tocante à legitimidade ad causam do Prefeito e da Secretária Municipal de Educação, para figurarem no pólo passivo da presente demanda, é questão que se confunde com o mérito e, como tal, deve ser apreciada.

Quanto ao mérito, com efeito, **a licitação foi indevidamente dispensada pela Administração Pública**, com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

"(...) nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos".

Em outras palavras, **a dispensa de licitação foi baseada na emergência que, na hipótese dos autos, é ficta e não real.**

Houve contratação direta de empresa prestadora de serviço de locação de 34 (trinta e quatro) ônibus de, no mínimo, 40 (quarenta) lugares, para transporte de alunos da zona rural do Município (fls. 116/121).

Como é incontroverso, em anos letivos anteriores, houve a devida realização de concorrência pública para a contratação dos mesmos serviços. Portanto, **a Administração Pública tem plena ciência de que o procedimento deve ser renovado periodicamente e também de quanto tempo, aproximadamente, é necessário para se percorrer todas as suas fases, até a adjudicação do contrato administrativo.**

Nesta esteira, **não se sustenta o argumento segundo o qual a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emergência se fazia presente devido à proximidade da data do início do ano letivo sem que o procedimento licitatório tivesse se encerrado.

Se isso, de fato, aconteceu, ou seja, se o contrato ainda não havia sido celebrado mesmo às vésperas do início das aulas, ***a omissão se deveu única e exclusivamente por desídia do agente público.***

"Portanto, não é de emergência real a situação que deve ser resolvida de imediato (compra de distintivos, hoje, para com eles serem agraciados amanhã os funcionários que completaram 20 anos de serviço público), quando dela já se tinha conhecimento muito tempo antes. Nessa hipótese, diz-se que a emergência é ficta, ou fabricada. Em tais casos, há negligência, não urgência. Apesar disso, contrata-se, e pela negligência responderá a autoridade omissa, depois de devidamente apurados todos os fatos" (in Direito Administrativo, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 523).

Destarte, a continuidade do serviço público de transporte escolar de alunos era medida de rigor. Entretanto, ***tal continuidade deveria se dar pelos trâmites regulares e não com a dispensa irregular da licitação.***

A observância do procedimento administrativo próprio para a dispensa não valida o vício anterior.

Ademais, não se sustenta o argumento lançado pelo Município de Jacareí no sentido de que se tratava de início de mandato e, portanto, o novo Prefeito empreendia medidas para solucionar os diversos problemas sofridos pela Administração Pública Municipal. ***Os próprios agentes públicos apelantes admitem que 2002 era o segundo ano da gestão e que a contratação de 2001 havia obedecido ao procedimento licitatório indispensável*** (fl. 707).

Nesta linha de raciocínio, a responsabilidade do Prefeito e da Secretária de Educação é inquestionável".

A contratação em questão foi amparada no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993, consoante o qual se admite a *dispensa de licitação* "nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos".

Marçal Justen Filho conceitua emergência como a "ocorrência fática que produz modificação na situação visualizada pelo legislador como padrão. A ocorrência anômala (emergência) conduzirá ao sacrifício de certos valores se for mantida a disciplina jurídica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecida como regra geral. A situação emergencial põe em risco a satisfação dos valores buscados pela própria norma ou pelo ordenamento em seu todo". Exige ainda a presença de alguns pressupostos: a) demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano; b) exposição de que a avença é a via adequada para eliminá-lo" (*Comentários à Lei de Licitações*, 13ª ed., São Paulo, Dialética, 2009, pp. 294-296).

Especificamente sobre as hipóteses de emergências fabricadas, Marçal Justen Filho assim discorre:

A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada 'emergência fabricada', em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tivesse sido realizada. Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação da emergência). O que é necessário é verificar **se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Deverá fazer-se a contratação pelo menor prazo e com o objeto mais limitado possível, visando a afastar o risco de dano irreparável. Simultaneamente, deverá desencadear-se a licitação indispensável** (idem, p. 296).

Para Diógenes Gasparini, são dois os requisitos necessários para a dispensa e, como consequência, para superar imputação de emergência ficta: a declaração específica da emergência para o caso e a **"imprevisibilidade da situação dentro de um quadro de mediana percepção pelo administrador"** (*Direito Administrativo*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 214).

Por sua vez, Jessé Torres Pereira Júnior, com referência a decisões do Tribunal de Contas da União, identifica os pressupostos para a contratação emergencial, dos quais se deduz, principalmente do primeiro, a divisa entre a contratação legítima e a dispensa ilegítima por situação de desvio imputável aos envolvidos em avença com a Administração Pública:

a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública não tenha se originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrência de tal situação;

a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;

a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;

a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 299).

Examinados os requisitos e condicionantes estabelecidos pela doutrina e transportando-os para o caso concreto, é possível extrair que a contratação de serviço público de transporte escolar de alunos da zona rural do Município era medida de rigor.

Porém, os demais elementos apontam para a deformação da dispensa – e, como consequência para o caso, geração de emergência *fabricada* ou *ficta* – **com base nas seguintes premissas fácticas estabelecidas no *decisum* combatido** (fl. 1.001-1.002, e-STJ):

"Em outras palavras, a dispensa de licitação foi baseada na emergência que, na hipótese dos autos, é ficta e não real.

Houve contratação direta de empresa prestadora de serviço de locação de 34 (trinta e quatro) ônibus de, no mínimo, 40 (quarenta) lugares, para transporte de alunos da zona rural do Município (fls. 116/121).

Como é incontroverso, em anos letivos anteriores, houve a devida realização de concorrência pública para a contratação dos mesmos serviços. Portanto, ***a Administração Pública tem plena ciência de que o procedimento deve ser renovado periodicamente e também de quanto tempo, aproximadamente, é necessário para se percorrer todas as suas fases, até a adjudicação do contrato administrativo.***

Nesta esteira, ***não se sustenta o argumento segundo o qual a emergência se fazia presente devido à proximidade da data do início do ano letivo sem que o procedimento licitatório tivesse se encerrado***".

Se isso, de fato, aconteceu, ou seja, se o contrato ainda não havia sido celebrado mesmo às vésperas do início das aulas, ***a omissão se deveu única e exclusivamente por desídia do agente público***".

No julgamento dos Embargos de Declaração, o Tribunal local confirmou seu entendimento (fl. 1.353, e-STJ, grifei):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Feitos tais questionamentos, impõe-se concluir que ***não resta caracterizada a emergência arguida, bem como não resta justificada a dispensa de licitação, haja vista que a desídia ou o despreparo administrativo foi a causa principal da ilicitude praticada.*** Não se nega a necessidade da contratação, apenas ***não está suficientemente demonstrada a real legitimidade do afastamento do procedimento licitatório, uma vez que não se configuraram as hipóteses autorizadoras de dispensa previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93.***

O caso concreto contempla, portanto, particularidades que se amoldam ao conceito de *emergência fabricada em dispensa de licitação*.

Ademais, existem referências a um quadro fático-probatório robusto e convincente, que não pode ser revisitado (Súmula 7/STJ) conforme precedente desta Turma, específico para hipóteses de *dispensa de licitação por emergência*:

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CASO DE EMERGÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7.

1. O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública que vise aplicar as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

2. A ação civil pública é meio processual adequado para buscar a responsabilização do agente público nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, sendo também possível a cumulação de pedidos.

3. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos infringentes é intempestivo.

4. Em sede de recurso especial é inadmissível o reexame da matéria fática dos autos para identificar a existência ou não de situação emergencial que justifique a contratação de pessoal sem concurso público, com base no art. 24, IV, da Lei 8.666/93.

5. Recurso especial do Parquet não conhecido e recurso especial de Nei Eduardo Serra conhecido em parte e não provido. (REsp 944295/SP, SEGUNDA TURMA, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 18/09/2007).

Por tais motivos, entendo caracterizado o ilícito por meio da indevida contratação sem licitação, dentro dos limites cognitivos do Recurso Especial.

Ademais, o acórdão paradigma assentou que o Poder Público não poderia perceber de volta a quantia referente aos vencimentos pagos sob pena de locupletamento ilícito. Tal posicionamento foi o mesmo adotado pelo acórdão recorrido. Acontece que o caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos autos condenou os réus ao pagamento de indenização decorrente de danos ocasionados ao Erário.

Diante do exposto, **não conheço do Recurso Especial.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2018/0185174-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.760.128 / SP

Números Origem: 00065608720028260292 01433039720088260000 11802005 1433039720088260000
201302961876 2920220020065600 8326725

PAUTA: 11/12/2018

JULGADO: 11/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MARCO AURÉLIO DE SOUZA
RECORRENTE	:	MARIA CRISTINA DE PAULA MACHADO
ADVOGADOS	:	HÉLIO FREITAS DE CARVALHO DA SILVEIRA - SP154003
		MARCELO SANTIAGO DE PADUA ANDRADE - SP182596
		RAFAEL SONDA VIEIRA - SP315651
		RONAIR FERREIRA DE LIMA - SP342053
RECORRIDO	:	JOSÉ MILTON BATISTA DE MATOS
ADVOGADO	:	EDGARD ROCHA FILHO - SP062111
INTERES.	:	MUNICÍPIO DE JACAREÍ
PROCURADOR	:	LUCIANA SOARES SILVA DE ABREU E OUTRO(S) - SP187201
INTERES.	:	JACAREI TRANSPORTE URBANO LTDA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos Administrativos

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.