

Agravo de Instrumento n. 2014.078216-7, de São Bento do Sul
Agravante : Becker Construção Civil Ltda
Advogadas : Drs. Giane Brusque Bello (12303/SC) e outro
Agravado : Manolo Rodriguez Del Olmo
Advogado : Dr. Manolo Rodriguez Del Olmo (13976/SC)
Interessado : Estado de Santa Catarina
Procuradores : Drs. Ronan Saulo Robl (Procurador do Estado) (16923/SC) e
outro
Interessado : Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Promotora : Dra. Walkyria Ruicir Danielski (Procuradora de Justiça)
Relator: Des. Subst. Luiz Zanelato

DECISÃO MONOCRÁTICA

I - Becker Construção Civil Ltda interpôs agravo de instrumento da decisão de fls. 204-235, proferida pelo Juízo da 1ª Vara da comarca de São Bento do Sul, que, nos autos da Ação Popular n. 03007700920148240058, ajuizada por Manolo Rodriguez Del Olmo, deferiu a antecipação de tutela pleiteada, suspendendo a eficácia do Contrato n. 006/2013/FERMP, oriundo da Dispensa de Licitação n. 005/2013/FERMP, entabulado entre o agravante e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina-MPSC visando a aquisição de imóvel pela instituição pública.

Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão recorrida.

II - Por presentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 525, I, do CPC, conheço o recurso.

III - Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo fundado nos arts. 527, III, e 558, *caput*, ambos do CPC.

Da interpretação conjugada desses dispositivos extrai-se que a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento condiciona-se ao preenchimento de dois requisitos: relevância da motivação (as razões devem ser plausíveis, com fundada possibilidade de acolhimento do recurso pela câmara competente) e possibilidade de lesão grave e de difícil reparação até o julgamento pelo órgão colegiado decorrente do cumprimento da decisão agravada.

A princípio cabe observar que, nesta fase incipiente do procedimento recursal, em que a cognição é apenas sumária, a análise dá-se de forma perfunctória, de modo a verificar eventual desacerto da decisão recorrida, pois o exame aprofundado do mérito recursal fica reservado ao Órgão Colegiado, já com a resposta e os elementos de prova da parte agravada.

Trata-se, na origem, de ação Popular, manejada no intuito de ver declarado nulo o contrato firmado entre o Ministério Público do Estado de Santa

Catarina e a Becker Construção Civil Ltda, cujo objeto se refere à aquisição, com dispensa de licitação, da nova sede do *parquet*. Pacto este tido por ilegal pelo autor, ao considerar que a aquisição de prédio ainda não construído representaria fraude ao necessário procedimento de licitação destinado à execução de obras públicas.

Asseverou o autor, ademais, que o contrato não poderia ser firmado com a construtora ré, já que esta possuiria débitos fiscais e responderia ações judiciais decorrentes de falhas na prestação de serviços, não possuindo patrimônio suficiente para assegurar a execução contratual, estando o pacto descoberto das garantias necessárias para proteger o erário público.

No caso em apreço, a controvérsia cinge-se na decisão do juízo *a quo* que, considerando aparente a ilegalidade do procedimento, entendeu presentes os requisitos do art. 273 do CPC, deferindo a antecipação de tutela pleiteada, mediante a determinação das seguintes medidas (234-235):

- 1) a proibição, até decisão judicial em contrário, de qualquer novo repasse financeiro do MPSC à Becker Construção Civil Ltda. com base no contrato n. 006/2013/FERMP. Na remota hipótese de descumprimento desta determinação, fixo multa, a cada um dos demandados, no valor equivalente ao dobro do valor ilegalmente repassado.
- 2) a proibição do início (ou imediata paralisação do que eventualmente tiver sido iniciado) das obras no imóvel objeto do contrato n. 006/2013/FERMP. Na remota hipótese de descumprimento desta determinação, fixo multa, a cada um dos demandados, no valor equivalente a R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais).
- 3) a indisponibilidade dos bens da Becker Construção Civil Ltda., tantos quantos sejam necessários para garantir o que já foi pago (R\$ 30 milhões) pelo MPSC, devendo incidir, primeiro, sobre o próprio imóvel objeto da controvérsia. Para tanto, deverá a il. Sra. Chefe de Cartório oficial ao Registro de Imóveis da Comarca da Capital, aonde registrado o terreno discutido.
- 4) seja trazido aos autos pelo MPSC cópia de inteiro teor dos autos do processo administrativo n. 2013/023826, no prazo de 15 (quinze) dias. Providencie a il. Sra. Chefe de Cartório. Certificar.
- 5) seja trazido aos autos pela ALESC cópia de todas as peças e depoimentos lá existentes em razão da CPI instaurada para investigar fatos conexos a esta demanda. Providencie a il. Sra. Chefe de Cartório. Certificar.
- 6) a intimação do Representante do Ministério Público local para, como pedido na peça de ingresso, acompanhamento do feito e demais atos previstos em lei, inclusive o ajuizamento de ação ou, se entender, o encaminhamento de peças para apuração da responsabilidade civil por ato de improbidade e responsabilidade criminal dos demandados, nos termos postulados pelo autor-popular.
- 7) a remessa de cópia de todo o processado, inclusive desta decisão, via ofício, ao Tribunal de Constas do Estado de Santa Catarina, para conhecimento e providências de sua alçada. Providencie a il. Sra. Chefe de Cartório. Certificar.
- 8) a citação e intimação dos demandados para cumprimento integral da liminar e para que, querendo, apresentem defesa, no prazo legal, cientes dos efeitos da revelia.

Irresignada, sustenta a recorrente que, diversamente dos fundamentos da decisão combatida, a qual considera equivocada, o pacto firmado com o Ministério Público do Estado de Santa Catarina não se trata da aquisição de terreno em conjunto com a execução de obra pública, mas consiste na aquisição do imóvel por inteiro, considerado o terreno e o edifício a ser construído e entregue pronto, ainda

que futuramente, à semelhança de uma compra e venda de imóvel na planta.

Argumenta, desta forma, que o contrato se revestiria de legalidade, destacando, ainda, que preenche todos os requisitos para a contratação com o Poder Público, já que não possui débitos fiscais e seu patrimônio é suficiente a assegurar a execução contratual, afirmando, por isso, não haver qualquer risco de prejuízo ao erário público, na medida em que o imóvel destinatário da obra encontra-se hipotecado em favor da Administração, não excluindo a possibilidade da constituição de novas garantias de acordo com os bens ofertados pela agravante.

Requer, assim, a concessão de efeito suspensivo ao recurso, a fim de que seja autorizada a continuação da obra, bem como dos pagamentos efetuados pelo Ministério Público, pugnando, ainda, pela suspensão da indisponibilidade de seus bens, mesmo que necessário o prévio reforço das garantias contratuais.

Cotejados os autos, todavia, tem-se que as razões recursais não apresentam a relevância necessária à total suspensão da decisão agravada.

Isto porque, à margem da discussão acerca da regularidade fiscal e da saúde financeira da agravante, fato é que, nesta etapa de análise superficial do litígio, não transparece lícito o procedimento adotado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina-MPSC no intuito de assegurar a aquisição de imóvel para sua sede.

Não se trata, no momento, de considerar verídicos todos os apontamentos do autor popular no sentido de que houve dolo dos envolvidos em fraudar procedimento licitatório e obter qualquer vantagem ilícita. Mas, o que se reconhece, *prima facie*, é que a cúpula do MPSC, no afã de obter imóvel que lhe interessava, adotou procedimento que não se compatibiliza por completo às hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 24, X, da Lei n. 8.666, que contém a seguinte redação:

Art. 24. É dispensável a licitação:

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

Do dispositivo em comento, intui-se, claramente, que a dispensa de licitação exige a constatação de uma série de circunstâncias que, cumulativas, devem caracterizar o negócio jurídico entabulado, sendo elas: a) que o imóvel adquirido atenda às finalidades precípuas da administração, sendo essencial ao desempenho da atividade fim do órgão adquirente; b) que sua localização e instalações sejam tão adequadas às necessidades do ente que demonstrem ser o imóvel único desta natureza, se comparado às demais possibilidades de que dispõe o órgão; c) a existência de avaliação prévia indicando estar o preço de aquisição compatível com o valor de mercado.

Ocorre que, conquanto as partes envolvidas no contrato tenham se esforçado em demonstrar configuradas tais características, não é sobre elas que se assenta a decisão do juízo de primeiro grau, objeto do presente recurso.

Já há tempo, é notório o interesse da Administração Pública em adquirir o imóvel objeto do contrato, devido às facilidades inerentes à sua localização estrategicamente privilegiada, vizinha à atual sede do *parquet*, parecendo certo que

as novas instalações destinadas à Procuradoria de Justiça de Santa Catarina e seus órgãos de assessoria se amoldam ao atendimento das finalidades precípuas do respectivo órgão.

Por sua vez, as avaliações apresentadas apontam que a negociação poderia estar de acordo com o valor de mercado atribuído ao empreendimento após a respectiva conclusão, embora precise ser sopesado que a edificação está sendo realizada com o dinheiro pago pelo erário público.

Poderia se questionar, por ora, se o projeto original de edifício idealizado pela Becker Construção Civil Ltda realmente atendia às necessidades de instalação do Ministério Público, como preconiza o dispositivo legal em destaque, ao que se obteria a resposta negativa já que a própria Administração contratante efetuou alterações no projeto com vista a promover sua devida adequação. Certo que, neste prisma, o questionamento restou superado, pois se as futuras instalações, de plano, não atenderiam a necessidade do órgão, agora atenderão, deixando-se tal circunstância, portanto, para análise em tópico que será, mais à frente, tema de apreciação.

Isto porque, o cerne da controvérsia paira na própria natureza do contrato firmado entre o MPSC e construtora, no que tange à definição de compra de imóvel em contraponto ao conceito de execução de obra pública.

A respeito, traz-se à baila as definições contidas na Lei n. 8.666/93, que disciplina a matéria:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

[...]

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

[...]

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

[...]

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

Analisado o contrato entabulado entre as partes (fls. 199-206, Anexo 1 de 5), que registra a compra e venda de imóvel, constituído de terreno e edifício a ser entregue pronto em momento futuro, bem como aferidas as circunstâncias que permeiam o negócio, pode se fazer algumas constatações no que concerne a seu enquadramento nas citadas definições legais:

a) Por meio do pacto, o Ministério Público de Santa Catarina adquire terreno e edifício, este, à época, não existente e sequer iniciado (Cláusula Primeira), a ser construído segundo as diretrizes, necessidades, e modificações efetuadas pela

Administração no projeto original, e que inclusive acarretaram o aumento do valor inicialmente previsto para a "aquisição", à semelhança de um projeto fornecido mesmo pela Administração Pública para a execução indireta.

b) O pacto assegura ao Ministério Público a prerrogativa de fiscalizar a execução da obra no intuito de conferir a regularidade de seu andamento e a adequação às especificações descritas pelo contratante no projeto (Cláusula Décima Segunda), exatamente como se a Administração Pública estivesse fiscalizando a execução de uma obra por ele contratada.

c) O contrato prevê o adiantamento de valores pela Instituição Pública, composto de diversos pagamentos com data definida, anteriores à entrega do prédio, valores utilizados para financiar o empreendimento e dos quais depende a construtora para a continuidade da construção, como alegado na própria peça recursal, prática inerente ao contrato de empreitada.

Ora, o que se percebe, assim, das características do contrato firmado, é que, excluída a aquisição do terreno, está-se diante de verdadeira contratação de execução indireta de obra pública por empreitada integral, e não compra e venda na planta como querem fazer crer os contratantes.

Desta sorte, em se tratando de execução de obra pública, não poderia ter o Ministério Público renegado a contratação por meio de processo licitatório, somente sendo cabível a dispensa de licitação para a aquisição do terreno objeto da demanda, na medida em que este, sim, atende aos ditames do art. 24, X, da Lei n. 8.666/93, sem esquecer-se, outrossim, que o terreno poderia ter sido adquirido, igualmente, por meio de desapropriação em vista do interesse público, mediante a competente indenização paga ao proprietário, seguida da superveniente deflagração de licitação para execução da obra.

Aliás, de se destacar que as próprias tratativas entre a Becker Construção Civil Ltda e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, acerca do referido empreendimento, iniciaram-se já em 17-09-2012 (fl. 11), antes mesmo da aquisição do terreno pela construtora, demonstrando a ausência de isenção do ente público em tais negociações, porquanto desatendeu aos princípios da impessoalidade e da isonomia, privilegiando a agravante em detrimento de possíveis concorrentes.

Ademais, preciso frisar que a modalidade de compra e venda de imóvel na planta é dada somente aos particulares, uma vez que o desconto que recebem na aquisição do bem, referente à especulação imobiliária que recai sobre prédio pronto, é devida justamente por sua participação no financiamento de parte da obra, salvando as construtoras do custo do capital envolvido em financiamentos contratados com instituições financeiras.

Nunca é demais lembrar que, enquanto ao particular é dado fazer o que a lei não proíbe, à Administração Pública é dado somente agir de acordo com o que a lei preceitua (princípio da legalidade), ressaltando-se que, malgrado a atividade dos Bancos Públicos de desenvolvimento/fomento à economia, não cabe à Administração Pública aqui representada pelo Órgão Ministerial, na gestão do erário, financiar o desenvolvimento de atividade econômica privada.

Neste sentido, sobre o tema em destaque, extrai-se do Parecer

CORAG/SEORI/AUDI-MPU n. 081/2008, bem elaborado pela Auditoria Interna do Ministério Público da União em resposta à consulta formulada pela Procuradoria da República no Rio Grande do Norte:

[...] De acordo com o regramento legal, uma vez atendidos os requisitos exigidos, a Administração estaria autorizada a promover a compra ou locação do imóvel pretendido. Todavia, convém esclarecer que o simples fato do legislador não ter adentrado no mérito de especificar quais os tipos de imóvel que poderiam ser objeto de compra ou locação (imóvel pronto e acabado, em construção, ou ainda na planta, que é o caso em análise), não constitui, por si só, elemento capaz de levar ao entendimento de que a finalidade da norma teria sido garantir à Administração a possibilidade de comprar ou locar qualquer espécie de imóvel, ainda que em fase de pré-lançamento.

Ao contrário, cremos que a solução pensada na lei foi justamente a de permitir, frise-se por dispensa de licitação e, portanto, mediante procedimento mais ágil, a aquisição ou locação de edificação pronta e acabada, compreendendo que se o órgão estivesse diante de comprovada necessidade de ocupar um novo imóvel, aliado à existência de determinado bem que se adequasse às condições de instalação e localização pretendidas, poderia o poder público efetivar a contratação. Logo, nesse caso, o silêncio da norma deve ser interpretado de forma restritiva e não extensiva, de modo a empreender maior eficácia na sua aplicação e segurança na gestão dos recursos públicos.

[...] Por outro lado, paralelamente à hipótese acima tratada, resta clara a possibilidade de compra de terreno para futura construção de edifício para abrigar a repartição pública, o que será feito por empresa contratada mediante licitação, oportunidade em que acontecerá a disputa de preço para a execução da obra, vencendo a que oferecer o menor. Vale ressaltar que nessa situação, além da concorrência em relação ao preço, a obra será planejada e executada em função e buscando a sua adequação às necessidades do órgão, em conformidade com as disposições da Lei nº 8.666/93.

De qualquer modo, a aquisição de imóvel deve atender os requisitos do inciso X do art. 24 da Lei de Licitações e Contratos, cabendo à Administração adotar as providências cabíveis a seu encargo, submetendo o processo respectivo à Gerência Regional da Secretaria do Patrimônio da União para os procedimentos de sua competência, nos termos dos incisos III, VII e XV do art. 38 do Decreto nº 6.081/2007. (disponível em http://www.auditoria.mpu.mp.br/bases/arqvs_corag/ADR006-08-compraimovel-PRRN.doc > acesso nesta data, grifou-se).

Na mesma linha, entende o Tribunal de Contas da União, em seus diversos julgados (Decisões n. 70/1996-Plenário, n. 231/1996-Plenário, n. 589/1997-Plenário e n. 045/1999-Plenário), que, em se tratando de edificação, a Administração deve orientar-se para a escolha de um imóvel pronto e acabado, que possa atender plenamente as suas necessidades, pois seria esta a melhor alternativa para resguardar o interesse público e alcançar o fim eligido pela norma, evitando, inclusive, riscos desnecessários na aplicação de recursos públicos.

Necessário destacar, aliás, que, especificamente nas Decisões n. 589/1997-Plenário e n. 231/1996-Plenário, embora o TCU tenha se manifestado

firmemente no sentido de que o procedimento de compra e venda na planta pela Administração seria totalmente desaconselhável e irregular, acabou por decidir, isoladamente e em caráter excepcionalíssimo, pela regularidade de dispensa de licitação para aquisição de imóvel em construção, apenas levando em conta que os pagamentos já haviam sido efetuados pelo Poder Público e que a Administração já tinha inclusive assumido a propriedade e tomado posse do bem imóvel adquirido, ressaltando que tal prática não deveria ser difundida entre os vários órgãos do Poder Público.

É o que se extrai do corpo da Decisão n. 231/1996-Plenário, que trata do emblemático caso de aquisição de imóvel pelo TRT de São Paulo, à época sob a gestão do juiz Nicolau dos Santos Neto, da construtora Incal Incorporações S/A:

[...] O equívoco aí está exatamente na afirmação de que as obras seriam construídas por conta própria da contratada (INCAL), o que não condiz com a realidade, visto que dependiam, exclusivamente, dos recursos do órgão contratante (TRT), isto é, uma obra inteiramente financiada pelo mencionado licitante. Situação bem diferente da que ocorre, quando se trata de construção pelo setor privado de um edifício de apartamentos ou de salas comerciais, cujas unidades foram integralmente vendidas, ainda na planta, para particulares, ou mesmo para órgãos públicos, tendo em vista que o prosseguimento das obras não ficaria a depender exclusivamente dos recursos dos adquirentes, que haviam assinado um documento caracterizado como "promessa de compra e venda futura".

76. Assim, no primeiro caso acima referido, a operação se caracteriza como contratação de obra de engenharia, com a utilização do certame licitatório, cujo instrumento idôneo deve ser o contrato da administração pública, com a observação de todos os requisitos e exigências atinentes à espécie licitatória. Já a segunda situação envolve simplesmente um contrato de natureza privada, ainda que entre os adquirentes estejam administradores públicos, que não estão, no caso, assumindo quaisquer responsabilidades pela execução das obras.

[...] Ficou largamente comprovado nos autos que o contrato sob exame não tratou de uma simples "aquisição de imóvel", mas de uma complexa transação envolvendo compra de terreno e obras de engenharia para construção de um monumental edifício.

Em momento algum da análise da matéria este Tribunal levantou qualquer restrição quanto à necessidade e conveniência da instalação do Fórum Trabalhista, questão esta inteiramente dentro da discricionariedade administrativa. Tanto os Inspetores da SECEX-SP, quanto os Auditores da SAUDI, limitaram seu exame aos aspectos da legalidade, da legitimidade e da economicidade, nos termos constitucionais em vigor.

[...] De conformidade com a Enciclopédia Saraiva: "(...). No âmbito do direito administrativo, existem contratos privados comuns, de direito civil, e contratos públicos ou administrativos. Os contratos privados da Administração regem-se pelo CC e C. Com. Os contratos públicos da Administração, ao contrário, pelas características especialíssimas de que se revestem, estão sujeitos a regime autônomo, típico que "ultrapassa", "derroga" ou "exorbita" as normas do direito comum, o que é evidente, porque as pessoas administrativas, quando contratam, não se encontram na mesma situação dos simples particulares: outras as finalidades,

outras as condições, outro o regime jurídico. "Cláusulas" que escapam ao direito comum, chamadas exorbitantes ou derogatórias e, que se inserem nos contratos administrativos, dando-lhes fisionomia peculiar diversa da que revelam os contratos do direito privado. No contrato administrativo, o Estado fica em posição privilegiada, visto que se acham em jogo, fins de interesse público."

Tal conceituação vem demonstrar que somente em casos especialíssimos a Administração pode abrir mão de sua supremacia e contratar como mero particular. O Administrador, na qualidade de guardião do interesse público, deve adotar sempre o instrumento contratual mais adequado e seguro quanto a esse aspecto. Ainda que à míngua de disposições expressas, é imprescindível invocar os princípios vetoriais da função Administrativa: supremacia do interesse público e a indisponibilidade deste interesse. Quanto mais se busca conhecer as características entre as duas espécies de contratos mais se convence de que a opção correta, principalmente quando envolve obras de grande vulto, deve ser o contrato público da Administração.

[...] Assim sendo, não teria cabida o despojamento das potestades públicas agindo, a Administração Pública, como mero particular, contratando como e se lhe apetecesse. Em consequência, a Administração Pública encontra-se manietada aos fins que lhe cumpre perseguir.

Conclui-se, então, que os contratos privados são regulados pelo Código Civil e pelo Código Comercial; e os contratos da Administração Pública são regidos por leis específicas, respeitadas os princípios constitucionais em vigor.

No caso concreto sob exame, ante a presença do TRT-SP, o Decreto-lei nº 2.300/86 (então vigente), impunha às partes obediência aos preceitos nele inseridos, não cabendo buscar fundamento legal nos Códigos supracitados. **Trata-se, então, de um procedimento administrativo totalmente desaconselhável e que não deve servir de estímulo ou exemplo a nenhum órgão da Administração Pública Federal. Como ressaltou o Assessor da SAUDI: "... prática que, se generalizadas seria a negação e a fuga a todas as normas legais pertinentes à contratação de obras públicas, (...)"**

Os preceitos do DL. 2.300/86, bem como os da Lei nº 8.666/93 (atual Estatuto de Licitações e Contratos da Administração Pública), dispõem acerca da matéria de forma clara e objetiva, demonstrando a intenção dos legisladores quando definem "Obras e Serviços" e "Compras", não deixando qualquer dúvida a respeito das características de um e outro fato gerador de licitação. Tal observação vem ratificar colocação anterior no sentido de que a caracterização do objeto previsto na Concorrência nº 01/92 não corresponde à espécie ali indicada. Isto é, não se caracteriza como "Aquisição de imóvel", nos termos da legislação específica citada, mas se encaixa perfeitamente nos elementos identificadores de "Obras e Serviços" e, como tal, deveria ter sido tratada.

Da mesma forma, a Seção III - "Das obras e Serviços", no novo Estatuto de Licitações e Contratos, veio mais detalhada e com novas exigências a fim de assegurar a realização de um processo licitatório cujo objeto seja a execução de obras e serviços com todas as garantias possíveis, evitando surpresas desagradáveis.

112. Por tudo que acabo de registrar, tem-se a certeza de que a Lei nº 8.666/93, ao regulamentar o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, trouxe inovações visando dar maior segurança aos procedimentos licitatórios no âmbito da Administração Pública e, ao mesmo tempo, exigindo das autoridades responsáveis

mais atenção e cuidado quando realizarem licitações em suas áreas de competência.

113. Diante de tudo isso, considerando que não foi caracterizado, ato de improbidade administrativa da parte dos responsáveis; considerando as últimas informações a respeito do estágio em que se encontram as obras do edifício que irá sediar as Juntas Trabalhistas da cidade de São Paulo, em setembro próximo, não podemos deixar de enfrentar a realidade dos fatos. Qualquer determinação desta Corte de Contas terá que levar em conta esse aspecto, tendo em vista o tempo decorrido durante a tramitação do processo, indispensável à elucidação dos fatos em toda a extensão necessária, haja vista a complexidade das ocorrências aqui tratadas.

114. É importante ressaltar que tal posicionamento deste Tribunal, ante as dificuldades, a esta altura, de se implementar medidas corretivas e punitivas, não deve servir de estímulo ou exemplo a nenhum outro órgão ou entidade públicos a praticarem atos dessa natureza. O Administrador público de qualquer dos Três Poderes da República tem a obrigação de zelar pelo fiel cumprimento da lei e pelo regular emprego dos dinheiros públicos colocados sob sua responsabilidade e responde por qualquer prejuízo causado ao Erário, decorrente ação ou omissão de sua parte (DL nº 200/67, arts. 90 e 93). (disponível em

<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight-key=DECISAO-LEGADO-16558&texto=253238253> acesso nesta data, grifou-se).

Com efeito, reconhecida a irregularidade contratual, é de se negar o efeito suspensivo no que toca à continuidade de execução do Contrato n. 006/2013/FERMP, pedido que, contudo, não se confunde com a possibilidade de execução do empreendimento Becker Empresarial Bocaiúva.

Isto porque, o imóvel objeto do contrato continua sob propriedade da construtora agravante, não se podendo impedir que esta exerça seu direito de propriedade enquanto suspenso o Contrato com o Poder Público, dando continuidade à construção de empreendimento regularmente aprovado pela prefeitura, desde que promova a edificação às suas próprias expensas e por sua conta e risco.

Tal medida, inclusive, visa a impedir não apenas a ocorrência de dano à agravante, permitindo-lhe concluir seu empreendimento, o qual, futuramente, na provável hipótese de final provimento da demanda, com a anulação do Contrato n. 006/2013/FERMP, poderá ser comercializado a terceiros, bem como se destina a salvaguardar a estrutura dos imóveis vizinhos, impedindo que sofram qualquer abalo decorrente da paralisação da obra da recorrente, que se encontra ainda na fase de fundação, conforme mostram as fotografias atuais encartadas pelo MPSC (fls. 04-07, anexo 1 de 5).

Neste contexto, é mesmo de se conceder o efeito suspensivo a fim de autorizar que a Becker Construção Civil continue, por sua conta, a execução do empreendimento, como já havia sido autorizado em sede de decisão liminar do Agravo de Instrumento n. 2014.048523-2, na medida em que, paralisado, encontra-se sujeito à deterioração derivada da ação do tempo, representando risco também para os imóveis lindeiros.

De outro vértice, como já mencionado, descabido o deferimento do efeito suspensivo no intuito de autorizar os pagamentos antecipados a serem promovidos pelo Ministério Público, consistindo a previsão de tais pagamentos,

justamente, no maior óbice à continuidade contratual.

Aliás, não houvesse a previsão do adiantamento de valores pelo Ministério Público, nada haveria que se discutir quanto legalidade/ilegalidade da natureza contratual, tendo em vista que, em tese, nada impede que o empreendimento venha, futuramente, a ser adquirido pela Administração Pública, após sua respectiva conclusão.

Neste sentido, só para argumentar, em que pese não tratar especificamente da compra de imóvel, mas da locação na modalidade "built-to-suit", também conhecida como "locação sob medida", o Tribunal de Contas da União, em consulta formulada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (TC 046.489/2012-6- Plenário), entendeu pela regularidade/aplicabilidade da dispensa de licitação prevista no art. 24, X, da Lei n. 8.666/93, às contratações de locação sob medida de imóvel a ser construído/reformado de acordo com parâmetros mínimos estabelecidos por órgão ou entidade da Administração Pública, desde que a Administração demonstre claramente: a) que as necessidades de instalação e de localização condicionam a escolha de determinado imóvel, e que o imóvel até então, em uso não atende mais ao interesse público e não comporta readequação; b) a inexistência de imóveis disponíveis da âmbito da Administração Pública do mesmo ente federativo a que pertence a instituição; c) a compatibilidade do preço exigido com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; d) que o contrato represente economia de escala a ponto de não ofender o princípio do parcelamento do objeto, previsto art. 23, § 1º, e no art. 15, IV, da Lei n. 8.666/93; e desde que não haja o adiantamento, pela Administração, dos valores despendidos com a construção.

Aplicado tal entendimento à operação de aquisição de imóvel, fica evidente, assim, que, um dos pontos principais que não se permite nesta modalidade de dispensa de licitação, prevista no art. 24, X, da Lei n. 8.666/93, é o Poder Público financiar a construção do prédio adquirido, sob pena de nítida descaracterização da simples operação de compra e venda. Pois, do contrário, ainda que sob a gestão da construtora, havendo o financiamento público de construção de edifício destinado à Administração, sob a fiscalização e segundo as diretrizes e especificações criadas pelo Ministério Público em relação ao projeto, estar-se-ia diante de nítida execução de obra pública, que demanda, por certo, procedimento licitatório, conforme já amplamente elucidado em momento anterior.

Sabe-se, pois, que, não basta a simples leitura das cláusulas do contrato quando é o princípio da primazia da realidade que irá indicar o verdadeiro negócio pactuado, denunciando a ocorrência ou não de um negócio simulado e irregular, oculto sob uma roupagem jurídica diversa, de aparente legalidade.

Não importa, no caso, que o contrato não explicita a vinculação dos pagamentos realizados pelo Ministério Público com as etapas de construção do empreendimento, se, o que se extrai da realidade fática, é que são esses pagamentos que disponibilizam o capital necessário à construção do prédio, fato este reconhecido pela própria Becker Construção Civil Ltda (fl. 32).

Assim, porque transparece, neste momento de análise sumária da lide, irregular a contratação, é de se negar o pretendido efeito suspensivo no que tange à

continuidade do Contrato n. 006/2013/FERMP, e principalmente no que tange ao adiantamento de pagamentos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, mesmo a despeito de outras garantias propostas pela construtora no presente recurso, porquanto estas não tem o condão de elidir a irregularidade do contrato e, a par disto, apresentam um aspecto perigoso, do fato consumado, que deve ser evitado.

Ressalta-se, se, realmente, como sustenta a agravante Becker Construção Civil Ltda em suas razões, está-se diante de contrato de compra e venda de imóvel finalizado (fls. 21 e 22), e não de obra (empreitada), por motivos óbvios, não haverá dano à recorrente em se negar o pagamento antecipado pelo ente público, não se podendo vincular o pagamento das prestações avençadas à continuidade do empreendimento, pois, a contrário senso, o Erário Público estaria financiando a obra privada promovida pela construtora à custo zero de capital, com reflexo na aferição do preço de compra do imóvel.

Por sua vez, no que tange à indisponibilidade dos bens da recorrente, tenho que razão lhe assiste ao requerer a suspensão da medida, porquanto de extrema gravidade ao inviabilizar a continuidade de sua atividade econômica, impedindo que a empresa honre o pagamento de seus empregados, os contratos com fornecedores, suas despesas administrativas, obrigações tributárias, bem como os demais custos decorrentes não somente da manutenção e continuidade do Becker Empresarial Bocaiúva, mas também de outros possíveis empreendimentos em andamento.

Neste ponto, é de se considerar que qualquer dano atual que possa ser constatado no Erário Público, em razão do pagamento já adiantado pelo MPSC no valor de R\$ 30 milhões, conforme previsto contratualmente, encontra-se coberto pela garantia prestada, referente à hipoteca do terreno em que está sendo construído o empreendimento Becker Empresarial Bocaiúva, aparentemente suficiente ao valor já adiantado pelo MPSC, tomada em comparação a avaliação do imóvel (Anexo 2 de 5).

Desta sorte, uma vez que estancada a possibilidade de dano futuro, impedindo-se o prosseguimento contratual, bem como o financiamento da obra pelo Ente Público, mas, autorizada somente a continuidade do empreendimento às expensas da própria construtora, e por sua conta e risco, não há porque manter a restrição sobre os bens da Becker Construção Civil Ltda, exceto acerca do imóvel objeto do contrato, pois dado em garantia hipotecária ao pagamento inicial já efetuado. Isto porque o excesso de garantia demonstra a contento o *periculum in mora* que milita em favor da recorrente.

À luz dessas considerações, visualizando somente em parte relevância na fundamentação do recurso (*fumus boni juris*), de onde deriva o dano a que se sujeita a agravante, presentes as circunstâncias que, a teor do art. 558, *caput*, do CPC, conduzem ao parcial deferimento do efeito suspensivo postulado.

IV - Ante o exposto, por presentes em parte os requisitos elencados no art. 558, *caput*, do CPC, defiro o parcial efeito suspensivo ao agravo, apenas para autorizar a continuidade do empreendimento Becker Empresarial Bocaiúva as expensas da agravante, e por sua conta e risco, sem qualquer expectativa de

vinculação ao Contrato n. 006/2013/FERMP, como já autorizado no agravo de Instrumento n. 2014.048523-2, bem como para sustar a indisponibilidade determinada pela decisão combatida sobre os bens da agravante, exceto quanto ao imóvel objeto do contrato dado em garantia hipotecária ao MPSC, mantendo, no mais, incólume a decisão recorrida até o pronunciamento definitivo pela Câmara competente.

Comunique-se, **com urgência**, o juízo de origem.

Redistribua-se (art. 12, § 4º, do Ato Regimental n.41/2000).

Cumpra-se o disposto no art. 527, V e VI, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Florianópolis, 21 de novembro de 2014.

Luiz Zanelato
RELATOR