

Apuração de ilegalidade na dispensa de procedimento licitatório para alienação de bem imóvel para a federação israelita.

1. PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DE DEFESA DA CIDADANIA.

PP n.º 9300

Portaria: 29.04.08

Inquérito civil. Alienação de bem imóvel sem licitação para a federação israelita para uso como cemitério. Desnecessidade de procedimento licitatório. Interpretação do arcabouço legislativo. Maximização da garantia constitucional de liberdade de culto. Arquivamento.

PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO

Relatório.

Trata-se de Inquérito Civil instaurado para apurar eventual ilegalidade na alienação de bem imóvel- cemitério comunal israelita- para a federação israelita, que não teria sido precedida de processo licitatório como exige a lei 8.666/93.

A notícia chegou ao *Parquet* por meio de ‘representação’ de cidadão que alegou que a área de cerca de 22 mil metros quadrados fora vendida pelo permissivo da lei municipal n. 4422/06.

Para facilitar o manuseio deste Procedimento e do seu anexo, destaca-se, fls. 05/10 ‘representação’; a lei municipal autorizadora, fls. 18; descrição da área alienada, fls. 19, 29; avaliação do imóvel, fls. 30, em R\$ 1 milhão de reais; homologação pelo Procurador Geral do Município de parecer sustentando a dispensa da licitação nos termos do art. 25 *caput* da lei 8.666/93, fls. 31. Anexo 01 procedimento n. 001365/2003 contendo: pedido de prorrogação da permissão de uso do cemitério pela federação israelita; parecer jurídico a fls. 45/47; cópia do contrato de prorrogação de uso do local como cemitério de 18.12.78, fls. 73 e SS; parecer jurídico opinando ser hipótese de dispensa de licitação da lavra do Dr. Sérgio Paulo de Abreu Martins Teixeira, fls. 83/91; fls. 109 a 192 cópias de diversos documentos, leis e decretos.

Razões do arquivamento.

Perspectiva infraconstitucional.

Compulsando minuciosamente as páginas deste procedimento preparatório verifica-se que se trata de cemitério particular localizado dentro de área usada como cemitério público (cemitério São Francisco Xavier, conhecido como 'caju'), em uso pela comunidade judaica desde 1952 por força da lei 716/52 que regulamentou o parágrafo 10 do art. 141 da CRFB de 1946, *verbis*:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 10 - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal. É permitido a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos. As associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares.

Observa-se ainda que de acordo com a descrição do imóvel referida no anexo da legislação municipal autorizadora, este está localizado integralmente dentro do cemitério do caju só servindo para ser usado como cemitério.

Esta característica do imóvel advém do próprio bom senso sendo difícil de imaginar outro empreendimento a ser construído no meio do cemitério do caju, conforme reconhecido no brilhante parecer do Procurador do Município acostado a fls. 83/91 do anexo, que aplica à hipótese destes autos o regramento do art. 25 da lei 8.666/93, *verbis*

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

A doutrina aponta que muitas vezes não se realizará a licitação por uma impossibilidade fática de licitar, ou seja, algo extraível do caso concreto que põe a regra de licitar em segundo plano por uma impossibilidade de fato e não de direito, sendo possível, evidentemente a licitação, mas dispensando-a pela situação do caso concreto.

Nessa linha de pensamento, invocam-se as palavras de JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR,

"Há situações em que a Administração recebe da lei o comando para a contratação direta; há outras em que a Administração recebe autorização para deixar de licitar, se assim entender conveniente ao interesse do serviço; hipóteses há em que a Administração defronta-se com inviabilidade fática para licitar, anuindo a lei em que é inexigível fazê-lo; e há um caso em que à Administração é defeso licitar, por expressa vedação da lei. Estes

quatro grupos de situações constituem exceções ao dever geral constitucional de licitar. No primeiro grupo estão as hipóteses do art. 17, incisos I e II; no segundo, as do art. 24; no terceiro, as do art. 25, entre outras que com elas se venham a identificar no dia-a-dia da Administração; no último, a do art. 7º, § 5º. As hipóteses de dispensabilidade do art. 24 constituem rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas pela lei federal. (...) A par de exauriente, o elenco de situações em que a licitação é dispensável apresenta-se com a característica de reservar à Administração discricionariedade para decidir, em face das circunstâncias do caso concreto, se dispensa ou não o certame.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Ed. Renovar, 4ª ed., p. 166).

Observe-se que o regramento do art.25 admite uma ampliação de sua aplicação por uma exegese construtiva com resultado extensivo, *verbis*: “.....a inexigibilidade de licitação quando for inviável a competição. O conceito de inviabilidade de competição não foi explicitado pela lei, retratando intencional amplitude de abrangência. Todas as situações que caracterizarem a inviabilidade de competição podem propiciar a ausência de licitação e a contratação direta.” Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial (...) A Lei adotou o mesmo conceito amplo de inexigibilidade consagrado na legislação anterior. Os casos referidos nos incisos têm cunho claramente exemplificativo. Isso se confirma pela cláusula “em especial”, adotada na redação do caput. Assim, sempre que inexistir viabilidade de competição, poderá efetivar-se a contratação direta, ainda quando não se configurem situações expressamente constantes do elenco do art. 25. Como sublinhou Adilson A. Dallari, a diversa natureza jurídica das figuras da dispensa e da inexigibilidade de licitação acarreta incidência de princípios hermenêuticos diversos: “a exigibilidade da licitação deve ser interpretada extensivamente, ao passo que a dispensa exige interpretação restritiva”. (JUSTEN FILHO, Marçal; Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 1999, página 260 e 267.)

Perspectiva constitucional.

A dispensa de licitação na hipótese dos autos, mais que uma exegese técnica do regramento da lei 8.666/93, é um resultado de uma interpretação constitucionalizada do direito. Explica-se.

No terreno em questão são enterrados há 60 anos os restos mortais da comunidade judaica do Rio de Janeiro, não sendo um local onde se planta bananas ou se comercializa quinquilharias, não podendo ser tratado como um simples imóvel independentemente daqueles que lá jazem.

Aplicável aqui a garantia do art. 5º inciso VI da CRFB/ 88, eis que um cemitério é um local de ‘culto’ religioso, tomando a expressão ‘culto’ no seu sentido mais amplo possível com o senso de ‘respeito’ e de ‘grande importância

cultural religiosa'. Observe-se que às garantias fundamentais deve ser conferida exegese maximizante, potencializando o seu âmbito de incidência (efeito radiante das garantias constitucionais), *verbis*, o artigo citado e a doutrina :

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

"A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional (...) Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados". (BARROSO, Luis Roberto; Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>)

Faz-se necessário atribuir proteção e valor jurídico ao traço cultural da raça humana de respeito/culto aos mortos. Tal traço é comum em diversas civilizações antigas como os persas, era fortíssimo no antigo Egito e até mesmo entre tribos indígenas. A cultura do respeito aos mortos é existente no ocidente e no oriente, entre católicos, islâmicos, judeus, espíritas, mórmons, umbandistas, hinduístas e budistas (sobre o tema confira-se *O livro das religiões*, escrito por Victor Hellern, Jostein Gaarder e Henry Notaker, tradução de Isa Mara Lando, São Paulo, Ed. Companhia das Letras, 2000, pp. 23/24 e 92).

Perspectiva histórica e poética.

O historiador Aníbal de Almeida Fernandes em "*A Genealogia como fator básico na formação da Civilização*", matéria publicada em setembro de 2003 através do *Jornal Brasileiro de Cultura* conclui, *verbis*, "*é o marco divisório entre o animal e o primeiro homem, e ocorreu há cerca de 40.000 anos com o Homo Sapiens e o Homo Neanderthal, antes mesmo da agricultura, e é o início da história humana. O sentimento*

de cultivar os mortos foi moldado, pois, a partir de época bem remota e está sedimentado em quase todas as tendências religiosas. As comunidades primitivas, peninsulares, agropastoris, inclinadas ao culto agrícola e ao culto da fertilidade, acreditavam, originariamente, que, em sepultando seus mortos nas proximidades dos campos agrícolas, os espíritos desses cadáveres ressurgiriam à vida com mais vigor, quais sementes plantadas em solo fértil, mas criam que isso se daria como algo secreto e misterioso. Com essa crença, reverenciavam-se os mortos próximos às tumbas, com festas e, sobretudo, com muita alegria, prática que se estendeu viva em algumas culturas contemporâneas”¹.

A poesia também não é indiferente aos mortos e ao apego que sentimos pelos que partiram, havendo fragmento famoso de Jorge Luis Borges que diz que, *Tu és nuvem, és mar, esquecimento/ És também o que perdestes em um momento/ Somos todos os que partiram/ O reflexo de nosso rosto no espelho muda a cada instante/ E cada dia tem o seu próprio labirinto/ A nuvem que se desfaz no poente é nossa imagem*².

CONCLUSÃO

Assim, na hipótese dos autos a dispensa de licitação mais que um permissivo legal é uma realização da garantia constitucional da ‘liberdade do culto’ e um respeito a um traço cultural e histórico dos seres humanos.

Ante o exposto,

ARQUIVO o presente procedimento preparatório, na forma do Art. 9º da Lei n.º 7.347/85, e determino a remessa dos autos presentes ao Egrégio Conselho Superior do Ministério Público, para os fins e fundamentos previstos no Art. 9º,

1. O texto pode ser encontrado no sítio organizado pelo autor no endereço http://www.genealogiahistoria.com.br/index_historia.asp?categoria=4, consulta realizada em 20 de dezembro de 2008.
2. O fragmento chama-se *Nuvem I*, estando em diversas publicações, por exemplo, a fls. 239 do livro *Finalidades sem Fim: ensaios sobre poesia e arte*, escrito por Antônio Cícero, e publicado pela Companhia das Letras, 2005. O texto original é: “No habrá una sola cosa que no sea una nube. Lo son las catedrales de vasta piedra y bíblicos cristales que el tiempo allanará. Lo es la Odisea, que cambia como el mar. Algo hay distinto cada vez que la abrimos. El reflejo de tu cara ya es otro en el espejo y en el día es un dudoso laberinto. Somos los que se van. La numerosa nube que se deshace en el poniente es nuestra imagen. Incesantemente la rosa se convierte en otra rosa. Eres nube, eres mar, eres olvido. Eres también aquellos que has perdido.”

parágrafo 1º. da Lei n.º 7.347/85 e art. 10 par. 1. da resolução 23 de 2007 do CNMP; e **determino** seja o noticiante e a Federação israelita informados via ofício (com cópia desta promoção) do arquivamento deste procedimento nos termos do art. 10 par. 1. da resolução 23 de 2007 do CNMP.

Rio de Janeiro, 24 de dezembro de 2008.

Rafael Luiz Lemos de Sousa
Promotor de Justiça- MP 3986.