

COORDENADORIA DO SISTEMA JURÍDICO

Promoção nº 02/06 – Denise Amin Miguel Ferres Aua

Senhor Procurador-Chefe,

I

Cuida-se de relatório das atividades jurídicas desenvolvidas por Assessoria Jurídica de Secretaria de Estado no mês de janeiro de 2006, encaminhado a esta Coordenadoria em junho do corrente, em cumprimento do art. 5º, do Decreto nº 10.443, de 09.10.87.

Embora a ilustre Assessoria Jurídica da Secretaria tenha analisado as hipóteses de dispensa de licitação de fls. 31/34 e 35/38, em suas manifestações exarou o seguinte entendimento:

Logo, fica claro que a obrigatoriedade legal do exame prévio da assessoria jurídica para a emissão de parecer diz respeito a atos inaugurais de procedimentos referentes a modalidades de concorrência, tomadas de preços, concurso e leilão.

Com isso, parece entender que nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação não é necessário o prévio exame por parte da Assessoria Jurídica.

Ocorre que, como se sabe, a regra geral nas contratações pelo Poder Público é a realização de licitação, por força do art. 37, XXI, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Da leitura do dispositivo acima transcrito, percebe-se que, embora a realização de licitação seja a regra, a própria Constituição Federal a excepciona ao permitir que a lei especifique os casos em que o certame poderá não ser efetuado, que são as hipóteses de licitação dispensada e de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas nos arts. 17, 24 e 25, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, respectivamente.

Por ser uma exceção a regra fixada expressamente na Constituição Federal, a opção do Administrador Público pela não realização de licitação deve ser cercada de cautela e da certeza de que os requisitos exigidos pela legislação infraconstitucional para que seja efetuada a contratação direta foram preenchidos.

Por esta razão, a contratação direta deve ser precedida por uma análise da Assessoria Jurídica, não sobre a conveniência e oportunidade da prática do ato, mas acerca do atendimento dos requisitos legais que a autorizam, a fim de evitar que a determinação constitucional seja burlada.

É bem verdade que o art. 38, VI, parágrafo único parece conceder uma faculdade ao Administrador Público ao dispor:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

No entanto, uma interpretação do dispositivo legal acima transcrito, que prestigie a observância dos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, contidos no art. 37 e que devem nortear a prática dos atos da Administração Pública, não só autoriza, mas recomenda que a contratação direta seja precedida de análise da Assessoria Jurídica.

É de se notar o Parecer nº 19/97, do ilustre Procurador do Estado Marcos Juruena Villela Souto, que, ao analisar hipótese de dispensa de licitação, assim recomendou:

Frise-se, portanto, que, nos termos dos arts. 26 e 38, par. único da Lei nº 8666/93, cada contratação com licitação dispensada deverá merecer uma análise pelo órgão jurídico, ao qual serão apresentadas justificativa, inclusive do preço, ratificação para posterior publicação do ato. Ao órgão jurídico cabe apreciar a observância da formalidade e não o conceito ou a reputação da entidade, que devem ser atestados pela autoridade competente.

No mesmo sentido a lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹:

Em que consistem as justificativas a que a Lei nº 8.666/93, nos arts. 26, caput e respectivos incisos, e 38, inciso VI, se refere?

É um documento em que a Administração explicita as

¹In Contratação Direta sem Licitação, Brasília Jurídica, 5ª ed., 2000, págs. 636/637.

razões da contratação direta, demonstrando a ocorrência de todos os requisitos exigidos pela lei para que o órgão possa contratar diretamente, além de evidenciar os motivos da escolha do fornecedor ou executante e explicitar a justificativa do preço contratado.

Assim, o conteúdo varia conforme o caso em que se fundamenta, ficando sempre demonstrada a ocorrência de todos, sempre todos, os requisitos legais. Mais do que isso, deve o administrador evidenciar, demonstrar que foi diligente no trato do erário e está atento ao interesse público, porque a licitação, tradicionalmente, é o procedimento por meio do qual a Administração busca selecionar o interessado que apresente a proposta mais vantajosa para o futuro contrato de seu interesse. Como a "proposta mais vantajosa" é o objetivo da licitação, quando o administrador decide deixar de realizar a licitação, atrai para si a presunção juris tantum de que abandonou a busca da proposta mais vantajosa. Caber-lhe-á, portanto, demonstrar cabalmente contra a presunção legal, para atender o ônus da prova.

Cabe transcrever, ainda, a determinação exarada pelo Egrégio Tribunal de Contas da União² acerca da matéria:

1.3 em situações em que esteja devidamente caracterizada a necessidade de contratação direta, na forma do que dispõe os arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, instrua o processo com parecer jurídico, nos termos do art. 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, bem como com a justificativa de preço (art. 26, parágrafo único, inciso III, da mesma lei), mediante a verificação da conformidade do orçamento do fornecedor ou executante com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, com os constantes do sistema de registro de preços, os quais devem ser necessariamente registrados nos autos, conforme Decisões TCU nºs 627/99 e 955/02 - Plenário.

Portanto, a cautela e o zelo pela coisa pública, além de uma interpretação dos princípios constitucionais que regem os atos do Administrador Público recomendam que as hipóteses de contratação direta sejam precedidas de exame da Assessoria Jurídica, a fim de assegurar que a exceção ao dever de licitar preenche os requisitos legais que a autorizam.

II

Embora a necessidade de preenchimento das condições de habilitação pelas empresas contratadas por dispensa ou inexigibilidade de licitação não tenha sido objeto de exame no presente relatório mensal, devido a importância da matéria e a natureza das atribuições desta Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico, aproveito para analisar a questão.

Dispõe o art. 27, da Lei nº 8.666/93:

²Decisão proferida no processo TC-012.912/2005-4, publicada no Diário Oficial da União, Seção 1, pág. 93, em 27.04.06.

Art. 27 - Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Apesar de o dispositivo legal fazer menção a licitação, penso que a exigência de preenchimento das condições de habilitação nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade não deve ser afastada.

Isto porque o fato de a contratação direta ser a melhor forma ou, em alguns casos, o único meio de atender o interesse público, ao ponto de afastar o dever constitucional de licitar, não autoriza que a Administração Pública proceda sem se cercar das cautelas necessárias de modo a garantir que o objeto do contrato seja efetiva e fielmente cumprido.

A observância dos princípios da legalidade e da moralidade e o atendimento do fim precípua da administração, que é a satisfação do interesse público, impõem que aquele que se pretende contratar diretamente seja submetido aos mesmos critérios que os participantes de um procedimento licitatório, vez que em ambas as hipóteses o que se almeja é que a contratação seja eficiente e segura.

É o que ensina Adilson de Abreu Dallari³:

Começando pela parte final do que foi dito acima, é evidente que a dispensa de licitação não pode levar a uma contratação aventureira, insegura, ilícita ou imoral. Não só o contratado deve ter idoneidade jurídica, técnica e financeira como o contratante deve estar atento aos princípios constitucionais (art. 37 da CF) da impessoalidade e da moralidade. A contratação não pode ser um meio de socorrer amigos em situação ruínosa, nem de saldar dívidas das campanhas eleitorais. Nem pode haver contratação quando houver exigência legal de outros requisitos além da licitação, como é o caso, por exemplo, da situação do contratado perante o sistema de seguridade social (art. 195, § 3º, da CF).

E, ainda, Diogenes Gasparini⁴:

A dispensabilidade da licitação é unicamente do procedimento de escolha da melhor proposta. Sendo assim, tudo o mais (verificação da personalidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade fiscal, empenho prévio, celebração de contrato, publicação) deve ser observado. Nenhum desses cuidados foi dispensado.

A questão também é analisada por Renato Geraldo Mendes e Nyura Disconzi⁵:

³ Aspectos Jurídicos da Licitação, Saraiva, 5ª ed., 2000, págs. 56/57.

⁴ In Direito Administrativo, Saraiva, 4ª ed., 1995, pág. 303.

⁵ A Habilitação nos Procedimentos da Dispensa e Inexigibilidade de Licitação, ILC nº 62, 1999, pág.

A finalidade básica da habilitação é permitir à Administração avaliar se uma pessoa, física ou jurídica, reúne as condições mínimas exigidas para, em vista da execução de um dado objeto, celebrar com ela um contrato cujo encargo representará para o interessado uma obrigação de dar ou fazer. Note-se que utilizamos os termos "pessoa" e "interessado", e não licitante, justamente em razão de pretendermos acentuar o fato de que a referida análise incida sobre a pessoa ou interessado que pretende contratar com a Administração, pouco importando se o contrato resultou de licitação ou não.

As condições ou os aspectos que devem ser avaliados pela Administração foram fixados, de forma exclusiva, pelo legislador e são os seguintes: jurídico, fiscal, técnico e econômico-financeiro. Cada aspecto referido comporta exigências próprias que, sob o ponto de vista legal, foram estabelecidas nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93. As diversas exigências que informam cada aspecto específico devem ser comprovadas documentalmentemente, nos termos da própria lei.

Ora, se a habilitação é uma análise que recai sobre uma pessoa com a finalidade de saber-se se ela reúne as condições jurídicas, fiscais, técnicas e econômico-financeiras indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais que terá de assumir, é fácil concluir que pouco importa o procedimento pré-contratual adotado (licitação ou não). A análise deverá ser realizada necessariamente.

Cabe ressaltar que, assim como nas hipóteses em que ocorre o prévio procedimento licitatório, as condições de habilitação devem estar presentes não só no momento da contratação direta, mas durante a execução do contrato, a fim de assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas.

Portanto, embora o art. 27, da Lei nº 8.666/93 determine o preenchimento das condições de habilitação nas licitações, a fiel observância dos princípios da legalidade e da moralidade e o resguardo do interesse público, bem como a cautela e cuidado que devem cercar a contratação pela Administração Pública recomendam a sua aplicação nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

É o entendimento, s.m.j..

DENISE A. M. FERES AUA
Procuradora-Assistente
Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico

VISTO

Proc. nº E-01/90076/06

De acordo com a promoção nº 02/06 da ilustre Procuradora do Estado DENISE A. M. FERES AUA. De fato, os processos de contratação direta (por se constituírem em exceção à regra geral do dever do licitar) devem ser interpretados com vistas à ampliação do controle e não de sua restrição.

Se a manifestação da Assessoria Jurídica do órgão ou entidade no procedimento licitatório é obrigatória (art. 38, § único, da Lei nº 8.666/93), parece lógico concluir, em uma interpretação sistemática, que deverá também ser obrigatória nos casos de contratação direta.

Os requisitos de habilitação – ponto também abordado na promoção – não são imperativos aplicáveis apenas às licitações, mas de observância obrigatória nos processos de dispensa e inexigibilidade.

À d. PG-02, em prosseguimento, solicitando autorização, para em caso de aprovação desta orientação, divulgar por meio de ofício circular para o Sistema Jurídico, uniformizando a atuação das Assessorias Jurídicas dos órgãos e entidades da Administração Indireta.

Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2006.

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico

VISTO

Aprovo a Promoção nº 02/2006 – DAMFA da lavra da ilustre Procuradora do Estado Denise Amim M. Ferres Aua, visada pela Chefia da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico (PG-15), que, analisando o relatório mensal das atividades desempenhadas pela ASJUR da Secretaria de Estado de Administração e Reestruturação no mês de janeiro de 2006, conclui o seguinte:

a) Nas hipóteses de contratação direta, é obrigatória a manifestação da Assessoria Jurídica do órgão ou entidade no procedimento licitatório, a fim de assegurar que a exceção ao dever de licitar preencha os requisitos legais que a autorizam.

b) A satisfação dos requisitos de habilitação pelas empresas contratadas por dispensa e inexigibilidade de licitação são de observância obrigatória, pois a contratação direta (exceção ao dever constitucional de licitar) não autoriza que a Administração Pública aja sem as cautelas necessárias a garantir que o objeto do contrato seja efetiva e fielmente cumprido.

Diante da relevância do tema, determino a divulgação da Promoção nº 02/06-DAMFA/PG-15 por meio de ofício circular para todos os integrantes do Sistema Jurídico, com a finalidade de uniformizar a atuação das Assessorias Jurídicas dos órgãos e entidades da Administração Indireta.

Ao Gabinete Civil, para ciência. Após, retornem estes autos à Procuradoria Geral do Estado, com vistas à PG-15.

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2006.

FRANCESCO CONTE

Procurador-Geral do Estado