



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE SANT'ANA DO LIVRAMENTO
"Palácio Moisés Viana"
Unidade Central de Controle Interno

PARECER Nº 139/2006

ORIGEM: Processo Administrativo de Licitação – Dispensa 055/06

ASSUNTO: Parecer – Auditoria de Acompanhamento – Projeto Produzir

Senhor Chefe da UCCI:

Veio a conhecimento desta Consultoria Técnica na área Jurídica e Contábil, dispensa de processo licitatório, para análise quanto à legalidade e verificação das demais formalidades, no que tange a contratação de empresa para realização de curso sobre fruticultura.

Da Legislação:

Cabe-nos, desde já, trazer à colação a aplicação das regras constitucionais que disciplinam a matéria, invocando-se, assim, dentre outros, o Art. 37, XXI da CF/88.

Além da aplicação da Constituição Federal, adota-se a orientação das melhores práticas, implicando, igualmente, na sua absoluta adequação às normas legais, sendo que são atendidas as disposições da Lei 8.666/93, Lei 4.320/64 e Lei 101/00 que estabelecem normas cogentes de Direito Público.

Da Preliminar:

Visa a presente dar cumprimento às atribuições estabelecidas nos Arts. 31 e 74 da Constituição Federal, na Lei nº 4.242/01, Decreto 3.662/03 e demais normas que regulam as atribuições do Sistema de Controle Interno, referentes ao exercício de controle prévio e concomitante dos atos de gestão.

Ainda em preliminar, torna-se necessário referirmos que esta Unidade está se manifestando no sentido de, à vista das circunstâncias próprias do caso e na avaliação prévia das implicações legais a que está submetida a Administração Municipal, dar a Assessoria pertinente, a título de orientação e assessoramento, ressaltando-se que, foram identificadas irregularidades, quanto a falta de observância dos institutos da Lei 4.320/64.

Diante da análise do referido Processo Licitatório, realizado por esta UCCI, foi identificada situação que atinge frontalmente a lei de finanças, no que tange à “**forma de pagamento**”, conforme é possível depreender da documentação acostada aos autos, haja vista que na folha 03 existe registro de que o processo de dispensa veio a conhecimento da Assessoria Jurídica da UCCI, em **28 de agosto de 2006**, quando na verdade o objeto da licitação dispensada

já havia sido contratado e liquidado em **01 de agosto de 2006**, folhas 07 e 08, desatendendo as etapas estabelecidas pela Lei 4.320/64, de realização das despesas públicas.

“A despesa orçamentária, desde a edição do Código de Contabilidade Pública, em 08 de novembro de 1922, determinou que toda a despesa do Estado deve passar por três estágios:

- a) o empenho;*
- b) a liquidação;*
- c) o pagamento.*

*“...**empenho** é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.”*

*“...**liquidação** da despesa, como terceiro estágio da despesa, consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito...*

...a liquidação de despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

- I- o contrato, acordo, ou ajuste respectivo;*
- II- a nota de empenho;*
- III- os comprovantes da entrega do material **ou da prestação do serviço;**”*

*“...**ordem de pagamento** é o despacho exarado por autoridade competente, determinado que a despesa seja paga e só pode ser lavrado em documentos processados pelo Serviço de Contabilidade.*

O presente apontamento se deriva da disposição expressa da Lei 4.320/64, a qual, ao ser interpretada, significa dizer que, *“feita a liquidação da despesa à vista da verificação do recebimento do material, do fornecimento do serviço ou da medição da obra executada, indicando a importância a pagar e a quem se deve pagar...”* (Helio Kohama – Contabilidade Pública – Teoria e Prática).

Portanto, s.m.j., da forma como foi realizada a ação, em que pese a excelência do curso e os benefícios que advenham para a comunidade, trata-se de verba pública Federal, cuja fiscalização da despesa está a cargo do Tribunal de Contas da União. Portanto é imprescindível que se atente às disposições expressas na legislação que regula as licitações e a despesa pública.

Conforme manifestação exarada no Parecer UCCI 126/2006, amparada pelo entendimento do Exmo Sr. Prefeito, agindo com extrema prudência ao indeferir o prosseguimento do certame, ratificamos o entendimento da impraticabilidade da referida conduta, adotada por àquela Secretaria, **da forma como foi realizada. Registre-se que, se tivesse sido respeitado o planejamento e houvesse conformidade com a dispensa solicitada, atendendo aos prazos, nenhuma irregularidade haveria.**

Ainda sobre o aspecto da licitação é imprescindível ressaltar que, da forma como estava sendo realizada, o dano causado ao Exmo. Sr. Prefeito seria irreparável, pois estaria configurado o ato de Improbidade Administrativa:

(...) LIA: “Art. 10, inciso VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”(...)

A Lei 8.666/93 estabelece, de forma exaustiva, todas as hipóteses que autorizam a dispensa de licitação (art.24 e seus incisos). Em tais casos, é o próprio interesse público que afasta o procedimento licitatório. Mas o que deve ter em mente o administrador é que **a regra é a licitação**. A dispensa é excepcional. Na dúvida sobre a possibilidade ou não de contratar diretamente, licita-se. Sobre o exposto preconiza *Ivan Barbosa Rigolim e Marco Tulio Bottino*, em seu *Manual Prático de Licitações*, Editora Saraiva, p.31:

“(...)algo que poderia ser também enunciado como regra para excluir-se a licitação é a de que sempre que a justificativa da dispensa não convencer a autoridade responsável pela contratação, ou sempre que não for possível justificar a dispensa, de modo que aquela autoridade não se sinta segura para autorizar a aquisição direta, deve ser licitado o objeto. Apenas na fundada e bem justificada convicção de que pode ser dispensada a licitação é que pode ser exercitada a dispensa legal(...)”

É bem verdade que existem casos em que está prevista a contratação emergencial, no entanto, é imprescindível que se discorra sobre este aspecto. A emergência não pode ser confundida com a mera urgência na contratação. Conforme ensina a doutrina maciça:

“(...) a conduta negligente do administrador que protela o exame de solução dos problemas locais, não pode ser premiada. Se for o caso, a licitação será compulsória. Contratação de emergência não significa, apenas, contratação urgente. Se decorre da má gestão administrativa, não é, sob qualquer pretexto, emergencial(...)”

Antônio Carlos Cintra do Amaral em sua obra *Licitações nas Empresas Estatais*, (São Paulo, McGraw Hill, 1979), teve oportunidade de discorrer sobre as contratações por emergência, sem licitação prévia. Disse, na época (p. 54):

“(..)Há que usar essa faculdade com o devido cuidado. Sobretudo se deve atentar que muitas vezes a emergência resulta não do imprevisível, mas da falta de providências tomadas no momento oportuno pelas unidades técnicas ou administrativas da empresa. Na prática, ocorre com freqüência o adiamento de decisões, ou a falta de planejamento ou programação de atividades, de modo que, em um dado momento, a contratação passa a ser emergencial.

*Se, por exemplo, falta uma peça essencial ao funcionamento de um determinado equipamento, utilizado diariamente, peça essa a ser adquirida em 24 (vinte e quatro) horas, temos que distinguir duas hipóteses: ou essa falta decorreu efetivamente de um imprevisto ou resultou de uma falha administrativa (por exemplo: o procedimento de compra da peça está a arrastar-se nos trâmites burocráticos, possivelmente até esquecido na gaveta de um servidor). **Ambas as situações são emergenciais. Cabe, pois, a dispensa de licitação. Mas na segunda hipótese o responsável pela falha administrativa deve ser responsabilizado. A não responsabilização, nessa hipótese, do servidor da empresa pode significar, na prática, estímulo à provocação proposital de situações emergenciais, com o objetivo de tornar dispensável a licitação, o que só prejuízos pode acarretar para a entidade(...)**”*

Deve, esta UCCI, lembrar que existe um princípio de eficiência, em que deve a administração apoiar todos os seus atos, motivo pelo qual é imprescindível que se observe a efetiva rapidez nos casos em que se fizer necessário, isto é, há casos em que realmente há urgência, além do que, normalmente, ocorre. Não resta dúvida quanto à lentidão derivada das formalidades exigidas pela Lei, casos em que deve a administração procurar, através dos meios disponíveis, atender aos casos que são realmente emergenciais, os quais devem, posteriormente, ser analisados quanto à responsabilidade, no caso de haver culpa funcional. Com mais clareza, pronunciou-se o *Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos*:

*“(…)Existe, com frequência, confusão entre **urgência de contratar e urgência de executar o contrato**. Vale dizer: não basta ter urgência de firmar o contrato, mas sim de contratar com urgência para também com urgência executar o objeto contratual.*

Muitas vezes, a Administração contrata rapidamente e o objeto contratual é executado com lentidão. Assim, deve a Administração tomar cuidados, tais como determinar o prazo máximo (possível) para a execução do objeto contratual, levando em conta os interesses da parcela da sociedade, beneficiada ou a ser beneficiada; e verificar se esse prazo pode ser cumprido mesmo que realizada licitação, sem esquecer ou ignorar que:

***b.1)** a licitação é a regra;*

***b.2)** a licitação é necessariamente lenta, como afirma Quancard, lentidão essa decorrente da rigidez formal (prazos legais para apresentação de propostas, tempo necessário à análise dos documentos para habilitação e à comparação das propostas apresentadas e incidentes procedimentais, como, por exemplo, impugnações, recursos administrativos e medidas judiciais)(…)*

*(…)Na hipótese de verificar que o cumprimento do prazo máximo determinado para execução do objeto é incompatível com a realização de licitação, **deve** a Administração escolher, para contratação direta, executante que possua capacidade jurídica e regularidade fiscal e preencha os requisitos de capacidade técnica e econômico-financeira compatíveis com a complexidade e o porte do objeto a executar.*

*Friso mais: o executante há de ser de absoluta confiança. Já que o prazo passa a ser o elemento determinante da decisão de não licitar, a confiabilidade se torna mais importante, exatamente porque diante de caso excepcional também excepcional deve ser a confiabilidade. Ao dispensar a licitação para uma contratação, com fundamento na emergência, a Administração está arriscando-se a, se não cumprido o prazo determinado, ver frustrar-se seu objetivo de atender ao interesse social subjacente, **apesar da medida excepcional tomada(…)***

*(…)Configurados, pois, os pressupostos da não realização de licitação, que mencionei acima, a Administração **deve** efetuar a contratação sem o prévio procedimento licitatório. É o interesse social que exige a contratação sem licitação. Assim, a Administração **está proibida** de realizá-la, pois, se o fizesse, estaria contrariando o interesse social tutelado pelo ordenamento jurídico. ”*

É importante que fique bem claro que, segundo preceitua a Lei de Licitações, em seu Art. 89, dispensar procedimento licitatório significa liberá-lo, quando, por lei, obrigatório. Inexigir significa não prover o certame quando legalmente exigível, é atitude omissiva.

“(...)Lei Licitações – Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em Lei, ou deixar de observar as formalidades à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena – detenção de 3 a 5 anos e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o poder público.”

Aparece, clara e cristalina, a possibilidade de aplicação da sanção penal aos delitos licitatórios contra a Administração Pública, os quais poderão ser perseguidos pelo Ministério Público, independente da incidência do ato de improbidade administrativa lesivo ao erário, contemplado no art. 10, inciso VIII, da LIA (dispensar indevidamente ou inexigir, ou, ainda, fraudar licitação).

Portanto é importante que fique bem claro que o problema relacionado com o procedimento de dispensa irregular de licitação foi prontamente solucionado pelo Chefe do Executivo Municipal, ao indeferir o prosseguimento do feito.

De outra forma ainda resta o **problema do pagamento da despesa a que tem direito a Empresa, e que, segundo informações prestadas pelo Ilmo. Sr. Secretário, ainda não foram pagas, porém já foram liquidadas,**

Trata-se de séria irregularidade, tipificada inclusive na Lei de Improbidade Administrativa, no seu Art. 10, inciso IX, restando como único meio de proteção do Exmo. Sr. Prefeito a apuração dos fatos e identificação dos responsáveis, no caso de serem concretizadas as ocorrências supramencionadas:

“LIA: Art. 10 – Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no Art. 1º desta lei, e notadamente:

...

Inciso IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento.”

Se as contratações estão sendo feitas de forma ilegal, ou seja, estão sendo realizadas de forma direta sem observância das fases da despesa, demonstrado fica que os gastos com os serviços profissionais **no caso sob análise não estão amparados em lei**. E mais, tais atos são tipificados como **crime pela Lei de Improbidade Administrativa**.

Quando se fala de planejamento adequado, gestão transparente e responsável, não se pode deixar de observar a necessidade de cumprir o **princípio da legalidade administrativa**. É preciso que se acolha o preceituado pelo art. 10, inciso IX, da Lei de Improbidade Administrativa.

Waldo Fazzio Junior (Improbidade Administrativa), na sua ensinança, preleciona:

“(…)

*é bom gisar – todo o processo da despesa pública está vinculado ao cumprimento de estágios (programação da despesa, licitação, **empenho, liquidação, suprimento e pagamento**). Interromper sua seqüência legal, ordenando, informalmente,*

a realização de despesas, por exemplo, sem prévio-empenho, é ato de improbidade administrativa que lesa o erário porque significa o dispêndio de numerário público para a solução de débitos sem constituição legal ou regularmente.”.

Não se pode mais agir, no trato com a coisa pública, sem o devido embasamento legal ou admitir a atitude daqueles que, considerados responsáveis, direcionam o dinheiro público no gasto incorreto, ainda mais quando contraria determinação do Chefe do Executivo. **É preciso que se observe a lei, que sistematize e se obedeça aos princípios administrativos, tais como o da moralidade e da transparência.**

Mais grave se torna o problema quando se adentra aos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa e nos crimes licitatórios. As Leis estão cada vez mais rigorosas diante da grande quantidade de irregularidades e ilicitudes existentes dentro dos órgãos do Executivo. Dentre elas, citamos a LIA – Lei de Improbidade Administrativa, a qual preconiza que **os fins não justificam os meios**. No seu Art. 11, estatui:

“LEI Nº 8.429, DE 02 DE JUNHO DE 1992 (DOU 03.06.92)

Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% (cinquenta por cento) do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta.

(...)

CAPÍTULO II DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SEÇÃO III DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública **qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:***

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;(...)”

O princípio protegido nesta norma é o Princípio da Legalidade, centro de todo o sistema do Estado de Direito, matriz de todos os outros princípios. A ilegalidade pode referir-se à competência, à

finalidade, à forma, ao objeto e ao motivo do ato administrativo. Ou seja, o ato praticado com qualquer um desses vícios é ilegal e insinua, ao menos em tese, a tipificação da improbidade administrativa.

Se a finalidade colimada ao praticar o ato administrativo é ilegal ou irregular, a moralidade administrativa é imediatamente atingida, já que a imoralidade desvela-se no objeto do ato administrativo, **quando este faz vistas grossas para a honestidade, a boa fé e as normas de conduta ética. Aparece como resultado de uma confrontação lógica entre os meios de que se vale o agente público e os fins objetivados com o ato. Fins e meios não podem ser estranhos entre si. Sua incompatibilidade denota improbidade administrativa.**

Sobre o assunto se manifesta o Prof. *Waldo Fazzio*, com insuperável clareza:

“(...)de fato a legalidade e a moralidade administrativa são parentes. Vinculam-se pela finalidade do ato administrativa. É que o princípio da finalidade, significando adequação do ato a seu fim legal, tem íntima associação com o conceito de moralidade administrativa, como validade da conduta funcional do agente do poder.(...)”

É o Parecer.

Sant’Ana do Livramento, 24 de julho de 2006.

TEDDI WILLIAN FERREIRA VIEIRA
OAB/RS 54.868 – Advogado - TCI - UCCI