

Requerente: Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos

Ementa: Contratação direta para construção de presídios. Situação emergencial. Configuração decorrente da combinação da elevada superlotação carcerária com o descontingenciamento de verbas públicas condicionada a seu efetivo emprego até o final do exercício. Dispensa de licitação. Formalização do procedimento.

1 Relatório:

O presente Procedimento de Apoio à Atividade Fim foi instaurado por provocação do Senhor **Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional**, a partir de reunião ocorrida em 24 de abril de 2017 na **Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos**, instituída pela Resolução EMG PGJ nº 1, de 11 de setembro de 2015, cujo tema foi o sistema prisional mineiro.

Naquela reunião, onde se fez presente também o coordenador da 17ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte, Doutor Júlio César Luciano, além do coordenador do CAOPP que subscreve esta, pelos representantes do Governo Estadual Mineiro presentes, em especial o Senhor **Advogado-Geral do Estado**, Doutor Onofre Alves Batista Júnior, foi dada ciência da atual disponibilização de recursos financeiros para ampliação da estrutura carcerária do sistema prisional, extremamente necessária e urgente, tendo em vista a situação grave de superlotação carcerária experimentada.

De acordo com os dados fornecidos pela Superintendência de Articulação Institucional e Gestão de Vagas, ligada à Secretaria de Estado de Defesa Social (Subsecretaria de Administração Prisional), grande parcela dos estabelecimentos prisionais mineiros encontra-se superlotada, chegando, em alguns casos, a abrigar mais do dobro de sua capacidade.

Os Centros de Remanejamento do Sistema Prisional do Estado, por exemplo, estão ocupados por 3.826 presos, sendo que sua capacidade total é para 1.617 pessoas. Um total de 4.937 presos ocupam os complexos penitenciários que comportariam 3.463 pessoas. As penitenciárias atualmente abrigam 13.381 presos, enquanto poderiam acolher apenas 7.910. Isto sem falar nos presídios, cujo índice de superlotação chega a 3,38, como é o caso do Presídio de Curvelo.

Em ofício dirigido ao Advogado-Geral do Estado, o **Secretário de Estado Adjunto de Administração Prisional** afirma que “a manutenção da estabilidade do Sistema Prisional está diretamente relacionada à solução da superpopulação carcerária, que poderá ser minimizada com a oferta de cerca de 800 novas vagas, a partir da construção de anexos nas Unidades Prisionais da RMBH”.

No mesmo ofício, afirma o Secretário de Estado Adjunto de Administração Prisional:

Este contexto (*de grave crise econômica e financeira*) público e notório, não inibiu o Governo do Estado em prosseguir no enfrentamento do problema da superlotação carcerária, empregando toda sua capacidade de articulação com os Órgãos da Execução Penal, contando com o apoio do Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, como, por exemplo, na adoção de medidas contempladas no Projeto “Construindo a Liberdade”, atuando com foco nos benefícios legais previstos aos presos do regime semiaberto, bem como o apoio e atuação conjunta com o Poder Judiciário, no Projeto SEEU, que visa a modernização e celeridade com a digitalização dos autos das execuções penais em Comarcas com expressivos volumes de processos dessa natureza.

Há, também, planejamento de ampliação de uso de tornazeleiras eletrônicas, cuja utilização contribui para o problema da superlotação das unidades prisionais.

Entretanto, somente tais articulações e atuação conjunta não bastam para os desejados resultados de curto prazo. É imperativa a construção célere de novas vagas no Sistema Prisional mineiro.

Por certo, a capacidade de investimento do Governo do Estado em melhorias no Sistema Prisional, neste cenário de grave e aguda crise econômica e financeira, não acompanhou a demanda do crescimento considerável da quantidade de prisões ao longo dos últimos anos. Em 2013, a população carcerária em Minas Gerais era de 56.094 presos, em 2014, passou para 61.407, em 2015, 64.744; em 2016 foram 68.291 presos nas carceragens mineiras.

A projeção para 2017 é de 72.576 e para 2018 de 77.164, conforme estado preparado pela equipe da SEAP, levando-se em conta os dados do INFOPEN e a metodologia de cálculo do crescimento exponencial utilizando-se dados existentes consolidados dos anos anteriores.

O Relatório que traça o Breve Contexto das Unidades Prisionais do EMG e RMBH instrui os autos deste PAAF, sendo possível verificar a situação caótica do sistema prisional mineiro através dos dados ali contidos. Instrui ainda este PAAF parecer da Advocacia-Geral do Estado no sentido da viabilidade legal da contratação direta das obras de melhoria e ampliação de unidades prisionais.

Ainda na reunião da Câmara de Prevenção e Resolução de Conflitos, foi trazida à discussão o teor da Medida Provisória 755/2016, que determinou o **descontingenciamento** dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, estipulando que estes valores, liberados aos Estados, deverão ser utilizados até o término do exercício financeiro de sua liberação, sob pena de serem devolvidos, acrescidos da variação da taxa SELIC.

Destacou o Secretário de Estado de Administração Prisional, Doutor Francisco Kupidowski, que há um modelo já aprovado pelo DEPEN (construção em módulos), cujo prazo de entrega aproximado é de 90 (noventa) dias a partir do início das obras.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

2.1 Configuração de Caso de Dispensa de Licitação

O art. 24 da Lei de Licitações, Lei n.º 8.666/1993, enumera, dentre os casos de dispensa de licitação, as situações de emergência ou de calamidade pública, estabelecendo certos aspectos que devem ser observados para que se caracterize a hipótese prevista na lei:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IV – 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 de 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.

A realização de processo licitatório que anteceda a contratação pelo Poder Público só é dispensável em casos excepcionais determinados taxativamente pela lei. Tais hipóteses revelam que, em tese, a licitação poderia ser realizada, mas que por razões peculiares passa a não ser obrigatória²⁸. Tais razões, no caso do inciso IV do art. 24 supratranscrito, são óbvias. Não seria razoável dar prioridade à realização de processo licitatório em detrimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos ou particulares. Seria o sacrifício de garantias constitucionais (segurança, integridade física, propriedade) em prol do atendimento à formalidade. A respeito, leciona Marçal Justen Filho:

A emergência consiste em 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 estabelecida como regra geral. A situação emergencial põe em risco a satisfação dos valores buscados pela própria norma ou pelo ordenamento em seu todo.

No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores.²⁹

Como Marçal Justen Filho, o Professor José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar da hipótese legal de dispensa de licitação, ressalta tratar-se de situação fática:

Outro caso de dispensa é aquele em que ocorre a calamidade pública, situação, natural ou não, que destrói ou põe em

risco a vida, a saúde ou os bens de certos agrupamentos sociais. Normalmente deriva de fatos naturais, como chuvas torrenciais, alagamentos, transbordamentos de rios e outros fenômenos naturais. Verificada tal situação fática, a licitação se torna dispensável, dada a necessidade de contratação rápida de obras, serviços e compras.³⁰

Há que se ressaltar que a dispensa de licitação em virtude de situação de emergência ou calamidade pública pressupõe o atendimento a certos requisitos que a lei impõe. O legislador, ao prever a calamidade pública ou a situação de emergência como hipóteses de dispensa de licitação, estabeleceu alguns pressupostos para sua caracterização: i) urgência no atendimento à situação; ii) risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas ou bens, públicos ou particulares, iii) suficiência da contratação direta para evitar-se o risco; iv) possibilidade de conclusão das obras ou serviços a serem contratados no prazo máximo de 180 dias contados da ocorrência da emergência ou calamidade.

Destarte, para que se configure a legitimidade da contratação sem prévio procedimento licitatório, deve haver a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, de prejuízo irreparável, caso se obedeça aos trâmites normais e legais relativos à licitação. Cabe comprovar-se, ainda, que a contratação direta é o meio adequado, imprescindível e suficiente para eliminar o risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas ou bens, públicos ou privados. A respeito, afirma Marçal Justen Filho:

Se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexistente cabimento da dispensa de licitação. Trata-se, portanto, de expor a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano – ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano.

Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco.³¹

Neste ponto, há que se considerar que em se tratando do sistema prisional do Estado, a construção de presídios com a verba de que dispõe a Administração não será suficiente à erradicação do problema, como é de notório conhecimento. Entretanto, haverá sua mitigação, na medida do possível, o que atenderia ao comando da norma, até mesmo porque a superlotação carcerária atenta, dentre outros, ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma das importantes pilstras do Estado Democrático de Direito.

Estabelece, ainda, a lei, limitação temporal à contratação direta nos casos de emergência ou calamidade pública: seu objeto poderá referir-se somente aos bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos. Tal limitação temporal tem por fim a caracterização da urgência no atendimento à necessidade pública, pressupondo-se que um lapso temporal maior poderia configurar a possibi-

28 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008. P. 237.

29 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2005. P. 238.

30 Obra citada, p. 240.

31 Obra citada, p. 239.

lidade da realização do procedimento licitatório sem risco de prejuízo à integridade das pessoas ou bens tutelados.

Importante destacar que a doutrina pátria tem se manifestado no sentido de que esta limitação deve ser considerada com ponderação, para que o objetivo da lei não se desvirtue. Nesse sentido afirma Marçal Justen Filho:

A contratação direta deverá objetivar apenas a eliminação do risco de prejuízo, não podendo a execução do contrato superar cento e oitenta dias (vedada a prorrogação) – A prorrogação é indesejável, mas não pode ser proibida. Nesse ponto, a lei deve ser interpretada em termos. A prorrogação poderá ocorrer, dependendo das circunstâncias supervenientes. [...]

[...]

Assim, deve-se reconhecer que a contratação por emergência envolve a ponderação de interesses segundo o princípio da proporcionalidade. As limitações impostas às contratações por emergência têm de ser interpretadas em face do interesse a ser tutelado. Bem por isso, todas as regras do inc. IV são instrumentais da proteção a interesses buscados pelo Estado. Não possuem fim próprio e autônomo. Não podem ser aplicadas sem consideração aos fins buscados e tutelados. Por isso, o próprio limite de 180 dias deve ser interpretado com cautela. Afigura-se claro que tal dimensionamento pode e deve ser ultrapassado, se essa alternativa for indispensável a evitar o perecimento do interesse a ser protegido.

Neste sentido é também o entendimento manifestado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em acórdão prolatado por sua 4ª Turma em 13/11/2012:

A contratação direta e imediata de uma empresa, para a realização de obras emergenciais, é decorrente da própria situação peculiar autorizada pela lei de licitação, e, no caso, o fato de as deteriorações na respectiva rodovia terem ocorrido pelo decurso do tempo, em razão de atos omissivos do DNER no dever de tomar as devidas providências, em tempo, para conservá-la, como reconhece o sentenciante, não é suficiente para afastar a situação emergencial das obras objeto do trecho contratado pelo poder público.

Como se vê, o que fez a Lei de Licitações ao prever como causa de dispensa de licitação a situação de emergência ou calamidade pública foi externar a necessidade de se conferir prioridade a determinados bens e valores juridicamente protegidos pela própria Constituição sobre a formalidade do processo licitatório. É claro que a exigência de licitação tem como fim último assegurar a observância de princípios constitucionais nobres aplicáveis à Administração Pública, entre eles os da impessoalidade, da moralidade pública e da eficiência. Assim, há a necessidade de ponderação entre os valores sujeitos a risco em razão da situação de emergência e os princípios cuja observância é assegurada pela obrigatoriedade da licitação.

Destarte, há que se aplicar a norma contida no inciso IV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93 à luz do princípio da razoabilidade, considerando-se as circunstâncias fáticas envolvidas, os riscos às pessoas e bens tutelados e o sacrifício à observância do processo licitatório aplicável em uma situação normal. Isso porque em cada caso a urgência poderá ter uma dimensão diferente, dependendo das circunstâncias

e bens envolvidos. Mais uma vez oportunas as lições do festejado Marçal Justen Filho:

Deve destacar-se que as situações reconduzíveis à hipótese do inc. IV não são idênticas entre si. Em todos os casos, a emergência significará a impossibilidade de aguardar o decurso do prazo normal da licitação. Mas o risco de consumação de danos irreparáveis nunca apresentará dimensão temporal idêntica. Em certas hipóteses, a Administração disporá de alguns dias para promover a contratação. Em outros casos, a contratação deverá ocorrer no prazo de horas (senão minutos).

A avaliação das formalidades cabíveis para produzir a contratação deverá tomar em vista essas circunstâncias. Quanto maior a extensão temporal de que dispuser a Administração, tanto mais extensas e cuidadosas deverão ser as formalidades da Administração para evitar contratação nociva e assegurar a mais ampla participação possível de interessados. Isso significa que, dispondo de alguns dias para formalizar a avença, a Administração deverá obrigatoriamente adotar um procedimento aberto a todos os possíveis interessados, divulgando pelos meios disponíveis o interesse em realizar a contratação, inclusive para o fim de obter propostas diversas. Mas se pode imaginar situação de emergência de tal ordem que todas as formalidades sejam impossíveis de ser atendidas. [...] A hipótese não pode afastar sequer a contratação verbal, a ser formalizada por escrito posteriormente. A tanto não é obstáculo a determinação do art. 60, parágrafo único, da Lei de Licitações, eis que nenhum dispositivo infraconstitucional poderia impedir o cumprimento de deveres de diligência impostos constitucionalmente à Administração Pública.³²

A princípio, a situação objeto da presente nota jurídica não comportaria a contratação direta por dispensa de licitação, uma vez que a emergência já se verifica há bastante tempo, posto que o caos em que se encontra o sistema prisional mineiro não é novo. Em situação semelhante o Tribunal de Contas da União entendeu não ser o caso de contratação direta por dispensa de licitação:

O aumento da população carcerária não é motivo hábil a justificar a dispensa de licitação com base em situação emergencial na construção de complexo penitenciário, uma vez que é possível prever com razoável antecedência quando as instituições prisionais atingirão o limite de detentos que podem abrigar.

(TCU, Plenário. Acórdão 2099/2008)

Entretanto, a conjugação da situação caótica do sistema penitenciário mineiro com a disponibilidade financeira e orçamentária materializada de forma imprevista pela Medida Provisória 755/2016 é, sim, recente. Não obstante a precária situação que experimenta, há muito tempo repita-se, o sistema prisional mineiro, sua superação não se deu ainda a contento por ausência de recursos públicos suficientes (ao menos é o que aponta a avaliação teórica diante dos elementos apresentados ao CAOPP para elaboração desta nota técnica). Surgindo agora a disponibilidade de recursos e a exigência de sua utilização urgente, até o término do presente exercício financeiro, configurada, em tese, está a hipótese de dispensa de licitação.

De fato, há que se ter em conta as peculiaridades do caso concreto, e as possíveis razões da Administração para a demora em contratar os serviços para a construção de uni-

32 Obra citada, p. 242

dades prisionais. Neste sentido é o parecer n.º 15.871/2017, da Advocacia-Geral do Estado:

Aqui, reconhece-se que o *descontingenciamento* do FUNPEN – determinado por decisão judicial recente, materializado em medida provisória editada ao término do ano de 2016 e concretizado neste exercício financeiro – é fator que retirou do gestor estadual a possibilidade de planejamento. Caracterizando, em razão da limitação temporal que permeia a aplicação dos recursos, situação de urgência que, aliada à situação do Sistema Penitenciário mineiro e ao incremento do risco de prejuízos incalculáveis e irreversíveis a pessoas e bens, hipótese em que admitida a contratação direta mediante dispensa.

Para consideração e possível aplicação ao caso em análise, vale trazer à baila o seguinte trecho da Decisão n.º 347/1994, proferida pelo plenário do Tribunal de Contas da União:

“[...] além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei n.º 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, IV, da mesma Lei:

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(s) agente(s) público(s) que tinham o dever de agir para prevenir a 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 concreta 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 e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado...”

2.2 Procedimento Formal de Dispensa de Licitação

Não obstante a Lei de Licitações excepcionar da regra do prévio procedimento licitatório algumas situações em que o mesmo é dispensado ou inexigível, não deixa o ordenamento jurídico de impor a observância aos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade pública, publicidade, eficiência e economicidade. Assim, é imprescindível a formalização da contratação de forma a restar demonstrado no procedimento a conformidade com estes princípios e com as demais normas que regem os contratos administrativos.

O artigo 37 da Constituição Federal, ao tratar das contratações pela Administração Pública, determina:

Art. 37. (...)

(...)

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.

Assim, uma das condições da contratação pela Administração Pública, mesmo que dispensado ou inexigível o processo licitatório, é o atendimento às exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, o que deve restar demonstrado no procedimento próprio.

Assim, indispensável que conste os documentos da contratação: estatuto ou contrato social da empresa e sua última alteração, CNPJ, RG e CPF do representante legal, certidões negativas de débitos tributários e trabalhistas, documento que comprove não constar das listas de fornecedores impedidos ou suspensos de contratar com o poder público. Deve ser demonstrada e comprovada, ainda, a segurança da contratação, com a juntada das demonstrações contábeis (capital social e índices econômico-financeiros) e de garantias da proposta e da execução do contrato.

Em parecer publicado na Revista Zênite, Benedicto de Tolosa Filho afirma, quanto à habilitação do fornecedor em caso de contratação de obras:

(...)quando o objeto consiste na contratação de obras, as exigências de ordem técnica devem guardar estreita proporção com a maior ou a menor complexidade do empreendimento, quer seja precedida de licitação ou decorra de afastamento da licitação, mesmo que o motivo da dispensa de licitação seja com suporte em situação emergencial, quando ficar demonstrada a urgência de atendimento que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou privados, nos termos do inc. IV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93.

Assim, indispensável, num primeiro momento, que a contratada seja inscrita ou registrada na entidade profissional competente, no caso o CREA, que comprove aptidão para o desempenho do objeto do contrato e conte com profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica.³³

No processo administrativo de dispensa de licitação deve, ainda, constar o projeto básico aprovado pela autoridade competente e orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de seus custos unitários.

O Tribunal de Contas da União, na decisão n.º 103/1998, proferida nos autos do Processo n.º 013.992/96-1, determinou que conste no processo de inexigibilidade e dispensa o orçamento detalhado em planilhas com a composição de todos os custos unitários a serem contratados, conforme determina o art. 7º, § 2º, II, c/c § 9º da Lei n.º 8.666/93.

Dispõe o art. 26 da Lei n.º 8.666/93:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na

33 TOLOSA FILHO, Benedicto de. *A dispensa de licitação em situação emergencial, as formalidades legais indispensáveis e a posição do Tribunal de Contas da União*. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n.º 230, p.357, abril/2013.

imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Como se vê, além da documentação mencionada anteriormente, o procedimento administrativo de dispensa deve ser instruído com a caracterização da situação emergencial que a justifique. Ressalte-se que a situação de superlotação dos presídios e o constante crescimento do número de presos, não obstante as medidas paralelas que vêm sendo tomadas (tornozeleiras eletrônicas, aumento da celeridade das execuções penais com implantação do processo eletrônico, etc.) não é razão suficiente para justificar a contratação direta, mas sim a combinação desta situação de crise com o *descontingenciamento* dos recursos do FUNPEN e a exigência, estabelecida pela Medida Provisória 755/2016 da utilização dos recursos liberados até o final do exercício em que tiverem sido liberados, no caso do Estado de Minas Gerais, o exercício de 2017.

Indispensável a instrução do processo, ainda, com as razões da escolha do fornecedor ou executante, que, como já se expôs anteriormente, deve ser escolhido da forma mais ampla que permita a situação emergencial, para que se garanta a observância dos princípios da isonomia e da moralidade pública, devendo constar justificativa o menos subjetiva possível para a escolha. É o que recomenda o Tribunal de Contas da União:

(...) restrinja a subjetividade nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, incluindo nas justificativas para contratação, documentos e/ou estudos técnicos que deem suporte à escolha da empresa e ao preço avençado. (Processo 007.307/2003-4. Acórdão 837/2004. Plenário)

Nesta linha, inarredável a conclusão de que o particular que contrata com a Administração Pública deve atender aos requisitos impostos pela legislação para figurar em um dos polos do respectivo contrato administrativo.

O zelo na análise de tal capacidade se impõe até mesmo como medida de cunho preventivo voltada a minimizar a possibilidade de ocorrência de irregularidades na execução do respectivo contrato, decorrentes exatamente da falta de capacidade do(a) contratado(a) para execução do serviço visado pela Administração Pública.

Desta feita, incontestável que a formalização do contrato administrativo entre a Administração Pública e o particular seja precedida de cuidados na verificação da habilitação jurídica da capacidade técnica e econômico-financeira, bem como da regularidade fiscal deste (particular).

Aliás, neste ponto, infelizmente não são raras situações experimentadas em que tivesse havido a devida análise da real capacidade técnica do particular contratado jamais se

teria levado avante a respectiva contratação, evitando-se mais a frente percalços lastimáveis na execução do contrato, em franco prejuízo ao interesse público, já que aquele (particular), sem capacidade para executar o serviço, na verdade arvorara-se de verdadeiro “atravessador”, ou melhor, de mero intermediador entre a Administração Pública e o real executor do serviço, quando não demonstra absoluta inaptidão para execução de uma obra, seja descumprindo o calendário estipulado e impondo atrasos ou mesmo abandonando sua execução sem concluí-la, neutralizando os efeitos daquela contratação em relação à urgência que a situação fática experimentada pela sociedade exigia.

Reforçando a importância da comprovação da qualificação técnica de quem se apresenta para ser contratado, muito bem leciona Carlos Pinto Coelho Motta³⁴ no sentido de que *inadmita-se que a Administração formalize contrato com quem não possa demonstrar, mediante sólida documentação, sua qualificação para o atendimento ao objeto que se anunciou.*

Logicamente que não se deve utilizar tal justificativa com o propósito de limitar indevidamente o espectro de possíveis afluentes, a ponto de violentar, dentre outros, princípios como os da isonomia e da impessoalidade, muito menos se deve ampliar inadvertidamente a abrangência de possíveis contratantes às custas da imposição de uma verdadeira “cegueira” à Administração Pública quanto à qualificação técnica de fato daquele com quem contrata.

E é exatamente visando o equilíbrio entre tais premissas que o art. 30 da Lei de Licitações limita a documentação a ser exigida para comprovação da qualificação técnica, impondo, inclusive, respeito ao princípio da razoabilidade quando da aplicação de tais exigências.

As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais. (TCU – Plenário - TC 034.608/2014-1)

Outra exigência refere-se à imprescindível apresentação da justificativa do preço, de forma transparente e que demonstre a economicidade na contratação do fornecedor escolhido.

Oportuno o seguinte trecho da decisão do processo n.º 017.789/1996-6, do plenário do Tribunal de Contas da União:

(...) como ocorre na licitação, o gestor tem o dever de escolher a proposta mais vantajosa para administração e de justificar devidamente os preços contratados, como obriga o parágrafo único do art. 26 da Lei n.º 8.666/93.

Assim, a Administração Pública, mesmo em casos emergenciais, deve procurar atender ao princípio da eficiência e da economicidade, procedendo, dentro do que o prazo permite, pelo menos a um processo simplificado de coleta de preços, e, caso não seja possível, apresentar justificativa para sua ausência.

34 Eficácia nas Licitações & Contratos, 9ª Edição atualizada, Del Rey, 2002, p. 274/275.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em seu *Vade Mécum de Licitações e Contratos*, ensina quanto à justificativa do preço:

É sempre importante notar que todas as contratações devem apresentar a justificativa de preço do contrato.

Sendo a base nas licitações a busca da proposta mais vantajosa e o tipo, como regra geral, o menor preço, se o administrador elencar no processo os preços encontrados e contratar o menor, será dispensável justificar o preço.

Antes de proceder a qualquer contratação, a Administração deverá conhecer o total da despesa que, por estimativa, será necessário realizar com o objeto pretendido.

O prévio conhecimento do valor a ser despendido constitui dever inafastável, há muito tempo consagrado na legislação pátria e reiterado em vários dispositivos da Lei n.º 8.666/93.

(...)

Assim, em regra de boa técnica administrativa, quando a autoridade vai deliberar sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação, já consta dos autos a estimativa de preços.

Essa estimativa pode até, dependendo das circunstâncias, ser um documento singelo, informando sumariamente as lojas consultadas, o vendedor contatado e o preço ofertado, podendo inclusive ser feita por telefone ou fac-símile, com registro do número nesse documento, seguindo-se uma apuração da média do valor, por exemplo.

(...)

Embora a praxe da pesquisa junto aos fornecedores seja consagrada, não é o melhor procedimento. A regra que define boa prática é a insculpida no art. 15, V, da Lei n.º 8.666/93: o preço referencial deve ser o praticado no âmbito da Administração Pública. Buscar esse preço elimina distorções como a dos preços da economia informal e evita fornecer informações privilegiadas a fornecedores, pelo simples fato de dar ciência de futuro interesse da Administração.

(...)

A regra inafastável que precisa ficar definida é que a Administração não pode justificar o preço com a mera declaração de que, em virtude da inexigibilidade da licitação verificada na espécie, contratou com o preço cotado pelo único fornecedor, ou único possível contratado. Justificar o preço não é, em absoluto, informar que a Administração se sujeitou ao preço imposto pelo contratado. O sentido do termo é muito mais amplo: justificar o preço é declarar, conforme o que for determinado em cada inciso ou parágrafo do artigo que autoriza a contratação direta, se o valor contratado é compatível com o de mercado, ou se é o preço justo, certo, que uma avaliação técnica encontraria.³⁵

Finalmente, de todo sabido que a contratação direta deve ser ratificada através de ato administrativo da autoridade competente publicado na imprensa oficial, conforme determina o *caput* do art. 26 da Lei de Licitações e entendimento do Tribunal de Contas da União (Processo n.º 550.217/96-7. Decisão 234/1998 – Plenário). Além disso, deverá ser instruída com parecer jurídico que lhe seja favorável. Veja:

(...) instrua os processos de contratação direta segundo os procedimentos estabelecidos no artigo 26, parágrafo único, da Lei 8.666/93, de modo que sejam devidamente formalizados os elementos requeridos pelos incisos I a III desse dispositivo por meio de expedientes específicos e devidamente destacados no processo, caracterizando a motivação do administrador

para a prática dos atos e juntando-se justificativa de preços que demonstre, item a item, a adequação dos preços àqueles praticados no mercado local, assim como parecer jurídico conclusivo que opine inclusive sobre a adequação dos preços unitários propostos pela entidade selecionada. (TCU, 2ª Câmara, Processo 012.067/2001-0, acórdão n.º 690/2005).

3 Conclusão

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural e considerando o até aqui exposto, sem caráter vinculante, **conclui** este Centro de Apoio Operacional que, no caso de ampliação e reforma das unidades prisionais do Estado de Minas Gerais, uma vez comprovando-se o estado caótico em que se encontra o sistema prisional, especialmente em decorrência da crescente superlotação carcerária, de maneira a configurar situação emergencial **quando combinado imprescindivelmente** com a noticiada disponibilização de recursos oriundos do descontingenciamento do FUNPEN por determinação da Medida Provisória 755/2016 e sob a condição de sua utilização em curto espaço temporal (até o término do exercício/2017), caracteriza-se, em tese, a situação emergencial autorizativa da contratação direta, nos termos do inciso IV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, exigindo-se, ainda, dentre outras cautelas legais, especial atenção dos órgãos de controle na verificação de haver constado no respectivo procedimento de dispensa:

I) O registro do numerário efetivamente transferido aos cofres públicos estaduais, de sua vinculação ao objeto da contratação pretendida e do termo final para seu emprego sob pena de estorno aos cofres da União;

II) Relatório expondo a superlotação atual do sistema carcerário do Estado de Minas Gerais, inclusive descrevendo o impacto positivo a ser experimentado de fato com a contratação pretendida;

III) Projeto básico aprovado, inclusive explicitando o calendário de execução em conformidade com o limite máximo para emprego do recurso descontingenciado, bem como orçamento detalhado em planilhas com a composição de todos os custos unitários a serem contratados;

IV) Justificativa do preço a ser contratado, inclusive explicitando sua conformidade com os princípios da efetividade e economicidade;

V) As razões da escolha do(a) contratado(a), inclusive explicitando sua conformidade ao princípio da impessoalidade e cuidado na verificação de sua capacidade técnica;

VI) Comprovação do atendimento às exigências impostas aos Estados pelo disposto no parágrafo 3º, do art. 3º, da Lei Complementar nº 79/1994 (nova redação dada pela Medida Provisória nº 755, de 19 de dezembro de 2016); e,

VII) ato administrativo da autoridade competente ratificando a contratação direta e publicado na imprensa oficial.

Finalmente, considerando o numerário de recurso público naturalmente envolvido e a inegável peculiaridade dos fatos, **conclui também** este Centro de Apoio Operacional ser de todo prudente, especialmente diante do princípio da transparência pública, que a autoridade responsável pela

35 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de Licitações e Contratos*. 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Pp. 524, 525.

ratificação da contratação direta encaminhe cópia do respectivo procedimento de dispensa de licitação ao E. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, com solicitação do exame de sua legalidade (art. 113 da Lei de Licitações e art. 71 da Constituição Federal).

Remeta-se cópia desta, via e-mail, ao Senhor Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional.

Outrossim, considerando por razões óbvias a conveniência de uma atuação institucional preventiva também no âmbito da defesa do patrimônio público, determino a remessa de cópia integral do presente PAAF à coordenadoria da 17ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de Belo Horizonte, a fim de que seja distribuída a um de seus Membros para conhecimento e adoção das medidas que julgar cabíveis (se é que ainda não haja nenhum procedimento específico já em tramitação, a atrair por prevenção).

De outra banda, não demanda muito esforço a conclusão de que a implantação da política de segurança pública exige prévio estudo, com o estabelecimento de diretrizes e metas que orientarão a ação governamental, inclusive com a adoção dos cuidados necessários para evitar duplicidade de atuação, dispersão de recursos, divergência de soluções, dentre outros malefícios impostos pela burocracia.

Em suma, cabe à Administração Pública ser zelosa na fixação de diretrizes e metas necessárias ao atendimento dos direitos do cidadão com boa qualidade e eficiência, e, a partir delas, de maneira harmônica, desenvolver suas atividades, inclusive mantendo-se atenta quanto a possíveis desvios em relação a efetiva finalidade de seus atos, qual seja, do interesse público.

Nesta linha, restando evidente que a lamentável situação experimentada no sistema carcerário do Estado de Minas Gerais não será superada integralmente com a contratação emergencial que ora se noticia, mas tão somente mitigada, claramente se aponta a necessidade de adequação das políticas de segurança pública de forma que ações emergenciais não se tornem a tônica de enfrentamento à superlotação carcerária.

Assim, determino também a remessa de cópia integral do presente expediente ao CAOCrim e ao CAO de Defesa dos Direitos Humanos para o devido conhecimento e eventuais providências cabíveis naquela seara.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 05 de julho de 2017.

José Carlos Fernandes Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO - Patrimônio Público