

PARECERES ADMINISTRATIVOS

Assuntos Administrativos

EMOP. Construção de Penitenciárias. Dispensa de Licitação. Adjudicação a Terceiros. Contencioso Administrativo.

Parecer n.º 23/87, de Amílcar Motta

CONVÊNIOS entre o Estado e a EMOP. Execução de obras de construção e reforma de prédios públicos e de construção de penitenciárias. Dispensa de licitação (Dec.-Lei n.º 2.300, de 21.11.86, art. 22, XI e parágrafo único, com a redação do Dec.-Lei n.º 2.348, de 24.07.87). Adjudicação a terceiros (art. 86). Adiantamento de recursos estaduais sujeitos a posterior encontro de contas (CAF, art. 90, § 2.º). Contencioso Inter-administrativo.

Versa o presente processo sobre três minutas de convênio, todos a serem celebrados entre o Estado do Rio de Janeiro, de um lado, e a Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro — EMOP, de outro, e cujo exame está sendo solicitado sob o regime de urgência urgentíssima.

Os instrumentos em tela dizem respeito, respectivamente, à execução de serviços de construção e reforma de prédios destinados aos fóruns regionais e de comarcas do interior (fls. 46/51), à execução de obras emergenciais em prédios da rede penitenciária estadual (fls. 52/57) e, por último, à modificação do projeto de construção de penitenciárias de segurança máxima e média, em Bangu (fls. 60/66).

Neles acabo de lançar a minha rubrica, com o fito de diferenciá-los de outros que se acham igualmente acostados ao processo, mas que já não mais têm qualquer serventia.

Passo a examinar cada uma dessas minutas, como se segue.

A primeira delas contém expressa referência à inexigibilidade de licitação, invocando, no seu prólogo, o art. 23 do Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986 (fls. 46).

Penso, contudo, tratar-se, mais acertadamente, de um dos casos de dispensa de licitação, com fulcro, a meu ver, no inciso X e no parágrafo único do art. 22 do citado diploma federal, divergindo, desse modo, da colocação antes dada ao assunto pelo Ofício n.º 10/87-ENL, de 22 de maio de 1987, exarado no processo n.º E-03/11.001/87.

Proponho, pois, seja alterado o intróito da minuta, convicto, de qualquer forma, que esse ponto não é essencial e nem sequer fundamental.

Lembro, por outro lado, que tal dispensa somente ocorre quanto à contratação da EMOP pelo Estado, não se estendendo, todavia, aos contratos que aquela empresa pública vier a assinar eventualmente com terceiros para execução de tais serviços e obras.

Na hipótese desses serviços serem adjudicados, no futuro, a terceiros, consoante admite o inciso II da cláusula 2.^a (fls. 47) assim como o inciso II da cláusula 3.^a (fls. 47), deverão ser observados os preceitos do art. 86 do Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986, republicado pelo Decreto-Lei n.º 2.348, de 24 de julho de 1987.

A primeira minuta prevê, ainda, a transferência antecipada de recursos financeiros em favor da EMOP, ficando esta obrigada a prestar contas, **a posteriori**, dos gastos ocorridos.

É isto o que reza o inciso III da cláusula 2.^a (fls. 47), em consonância com o parágrafo 1.º da cláusula 4.^a (fls. 48).

O Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Estadual de Justiça esclarece tratar-se de aspecto já apreciado por esta PGE (fls. 43), tendo por base a informação prestada pelo Assessor-Chefe da EMOP (fls. 12).

Com efeito, através do Ofício n.º 12/87-ENL, de 28 de maio de 1987, no processo n.º E-09/02.754/203/87, com referência ao parágrafo 2.º art. 90 do CAF, admitiu-se, diante das peculiaridades concretas do caso então apreciado, a possibilidade dessa antecipação, desde que fossem preenchidos três pressupostos básicos, a saber: existência de programa e projeto de governo, execução delegada a órgão da administração indireta e manejo de recursos oriundos de outra fonte que não o Tesouro Estadual.

Na hipótese vertente, tenho por mim que a premissa mencionada em terceiro lugar não está devidamente preenchida, visto não haver sombra de dúvida de que a minuta diz respeito a recursos orçamentários.

Dentro dessa perspectiva, portanto, não seria possível ocorrer a entrega prévia de numerário, mesmo que pendente de posterior encontro de contas, como consta da minuta sob análise.

Sucede, entretanto, que a opinião que acabo de expor não pode ser considerada pacífica nem incontroversa nesta Casa, sobretudo após o entendimento esposado pelo Procurador-Geral que antecedeu Vossa Excelência e que se acha exposto através de "visto" modificativo prolatado no ofício n.º 4/85-SLC.

A primeira minuta estabelece, outrossim, que os casos omissos e as dúvidas que possam surgir na aplicação do convênio deverão ser solvidos mediante consultas e mútuos entendimentos, tal como dispõe a sua cláusula 12 (fls. 80).

Considerando, entretanto, o disposto na recente Lei n.º 1.168, de 1.º de julho de 1987, que dispõe sobre a aplicação do art. 205 da Constituição Federal a eventuais conflitos de interesses que possam surgir entre o Estado e entidades integrantes da sua administração indireta, e levando em conta, também, a existência de texto padronizado para a redação desse dispositivo (minuta-padrão n.º 15, aprovada pela Resolução Normativa n.º 30/77-PG, de 27 de julho de 1977), sugiro que a cláusula 12 passe a ficar assim redigida:

"CLÁUSULA DOZE - DIVERGÊNCIAS

Todas as divergências decorrentes da execução do presente convênio, se não puderem ser dirimidas mediante consulta e mútuos entendimentos entre as partes, serão resolvidas pelo Governador do Estado, nos termos do art. 205 da Constituição Federal e da Lei Estadual n.º 1.168, de 1.º de julho de 1987."

Quanto ao mais, são válidas e aplicáveis ao segundo modelo (fls. 52/57), **mutatis mutandis**, as mesmas observações, conclusões e sugestões alcançadas em relação ao primeiro (fls. 46/51).

Cabe assinalar, apenas, que a segunda minuta deixou de aludir, no seu preâmbulo, à dispensa ou à inexigibilidade de licitação — o que igualmente ocorre com a terceira — e que fiz pequena interpolação, à mão, no texto do inciso I da cláusula 2.^a (fls. 53), onde me parece haver ocorrido mero erro datilográfico.

O terceiro instrumento, entretanto, consoante já se ressaltou alhures (fls. 44), está a exigir exame mais profundo e cuidadoso.

Começa que o texto dessa minuta (fls. 60/66) já veio com alterações e adições feitas com tinta azul, as quais foram por mim consideradas como fazendo parte integrante do texto sob estudo.

Torna-se oportuno destacar, ademais disso, que tanto o parágrafo primeiro da cláusula 4.^a (fls. 62) como o **caput** da cláusula 5.^a (fls. 63) não sofreram as adaptações indispensáveis e necessárias, visto terem sido transplantadas do segundo modelo para o terceiro sem a introdução de qualquer modificação redacional, resultando daí que nelas permaneceu, erroneamente, a menção a "obras emergenciais".

Há, em seguida, algumas ponderações que carecem de ser feitas no tocante à sistemática prevista nessa terceira minuta para poder

transferir, em favor da EMOP, os direitos contratuais dos quais a FAPERJ e EMPRESA CARIOCA DE ENGENHARIA LTDA. são ainda titulares no presente momento.

Este problema já foi por mim enfrentado à época em que exarei o parecer de fls. 35/41 e que contou com o placet de Vossa Excelência (fls. 42).

Procurando recorrer apenas à memória e sem sequer poder me valer, neste preciso momento, do inteiro teor dos contratos que então requisitei às repartições de origem (cuja consulta torna-se materialmente inviável diante da urgência urgentíssima de que o caso agora se reveste) lembro-me que, para serem cedidos para a EMOP os direitos e obrigações contratuais da FAPERJ e da CARIOCA, vislumbrei, naquela oportunidade, dois caminhos hábeis a serem trilhados: ou bem que seria assinado um instrumento de cessão entre a FAPERJ e a EMOP, com a interveniência do Estado, obedecendo, porém, aos reparos e proposições consignados no meu Ofício n.º 15/87-AM, ou bem que seria celebrado um aditamento ao contrato n.º 52/86, originalmente avençado entre o Estado e a FAPERJ.

Aparentemente, contudo, optou-se por uma terceira hipótese, que não fora por mim antevista: celebração de convênio entre o Estado e a EMOP, vinculando-os diretamente entre si, com a previsão de que, se vier a ser subscreto instrumento de cessão da FAPERJ para a EMOP, contando com a interveniência da CARIOCA e do Estado, o presente convênio converter-se-ia em aditivo aos contratos cedidos (cláusula 7a. da terceira minuta, fls. 63), ou, se isto se tornar inviável, a EMOP ficaria encarregada de tentar obter a concordância da FAPERJ e da CARIOCA (parágrafo único da cláusula 3.ª fls. 62), eventualidade essa que parece contar com a aceitação das empresas envolvidas no assunto, conforme se noticia às fls. 44.

Tenho por mim que a solução alvitrada na minuta atende razoavelmente às exigências legais, podendo ser adotada, posto que, conquanto o aperfeiçoamento desse negócio jurídico ainda dependa, numa das hipóteses cogitadas, de formalização posterior, tudo indica que a consulta prévia às empresas interessadas constitui uma quase certeza de que o ato será ultimado a final, como aqui se propõe.

Resta examinar, por derradeiro, a cláusula 8a. da terceira minuta (fls. 64), que está a merecer atenção mais cuidadosa.

Alude-se, ali, à possibilidade de dispensa de licitação quanto à execução, pela CARIOCA, das obras oriundas das "modificações" objeto do projetado convênio.

Confesso que tive e tenho dificuldade em poder atinar quais são essas "modificações" e, menos ainda, em identificar quais são as obras que delas se originaram ou irão se originar.

Sugiro, desde logo, e independente de outras considerações que passo a fazer em seguida, que o texto seja aclarado, pois se não me foi possível interpretar com facilidade o dispositivo em questão, é lícito admitir-se que outras pessoas possam vir a se defrontar com idênticas dificuldades.

Ademais, não me parece acertada a invocação do art. 21, alínea d, do Decreto Estadual n.º 3.149, de 1980, que acredito haver sido revogado, por ser certo que todos os casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação encontram-se, agora, regulados pelo Decreto-Lei n.º 2.300, de 1986.

Quanto à viabilidade legal de ocorrer a dispensa de licitação para execução dos acréscimos desses serviços por parte da CARIOCA, tenho por mim, se bem consegui interpretar o sentido e o alcance da referida cláusula 8a. (fls. 64), inexistir óbice a que se proceda da forma pretendida.

Assim sendo, tenho a subida honra de devolver este processo, com a urgência recomendada.

Atenciosamente

Amilcar Motta
Procurador do Estado

VISTO

Em princípio estou de acordo com as considerações expendidas no ofício em referência.

Ressalvo, entretanto, que partilho da orientação constante do "visto" modificativo prolatado no ofício n.º 04585-SLC referido à pg. 05 do ofício epigrafado, consoante manifestação em outra oportunidade. E não adoto interpretação estrita, referida de passagem à pg. 10, que exclua o poder do Estado legislar sobre licitações, no exercício de sua competência.

À Secretaria de Estado de Justiça.

Rio de Janeiro, 02 de setembro de 1987

Hélio Saboya
Procurador-Geral do Estado

Proc. n.º 06/10.624/87

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (40), 1988