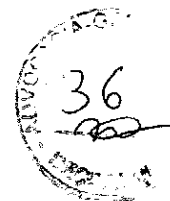




ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS



PARECER Nº 042 /2010/DECOR/CGU/AGU
PROCESSO: 00400.000499/2010-22
INTERESSADO: Controladoria-Geral da União
ASSUNTO: Encaminha processo nº 1190.022602/2009-74

PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (LEI 10188/2001). HIPÓTESES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÕES DE SERVIÇO DE ENGENHARIA PARA CONSTRUÇÃO E RECUPERAÇÃO DE IMÓVEIS DESTINADOS AO PAR. ARTIGO 37, *CAPUT* E XXI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE DE AFASTAR O PROCEDIMENTO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. INOCORRÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE NAS SITUAÇÕES SUBMETIDAS À ANÁLISE. INCONSTITUCIONALIDADE.

I- Perquire-se a constitucionalidade da dispensa de licitação para a construção e recuperação de imóveis destinados ao PAR (art. 4º, parágrafo único, da Lei 10188/01), e a legalidade da contratação direta de empresas do ramo da gerência imobiliária para a administração dos contratos de arrendamento.

II- A Constituição da República prevê o Princípio da Obrigatoriedade de Licitação (art. 37, XXI), possibilitando, em hipóteses excepcionais, o afastamento, por lei, desse procedimento.

III- A dispensa só deve ocorrer nos casos em que a não realização do procedimento se mostre mais consentânea à concretização do interesse público do que sua adoção. A flexibilidade conferida à lei não foi adornada de discricionariedade.

IV- As operações de construção e recuperação de imóveis utilizados no PAR não se revestem da excepcionalidade necessária.

V- Não existe correlação entre o fator discriminatório (a contratação sem licitação de obras e serviços do PAR) e os valores protegidos pelo ordenamento constitucional.

VI- Os critérios estabelecidos pela Portaria nº 493/07, do Ministério das Cidades, não justificam a dispensa de licitação e não são aptos a afastar os efeitos danosos que uma eventual contratação direta poderia provocar.

VII- O art. 173, §1º, da CRFB não se aplica à hipótese.

VIII- Inconstitucionalidade do art. 4º, parágrafo único, da Lei 10188/01, no que tange à construção e recuperação de imóveis.

IX- Ilegalidade da contratação de atividades de administração imobiliária sem a realização de procedimento licitatório, em função da inexistência de autorização legal para tanto.

X- as regras que excepcionam a exigência de licitação devem ser interpretadas restritivamente. É vedado ao gestor público criar novas hipóteses de dispensa.

XI- Necessidade da realização do procedimento licitatório na hipótese.

Senhor Coordenador-Geral,

1. Em 11/01/2010, tendo em vista a suposta divergência de entendimentos entre a Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União e a Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades, o Substituto do Chefe do primeiro órgão encaminhou o processo nº 00190.022602/2009-74 a esta Consultoria-Geral, para ciência e providências (fl. 01).
2. O supracitado processo tratou da possibilidade de conflito entre as disposições da Lei 8666/93 e os normativos referentes ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, especificamente quanto à não obrigatoriedade de realização de procedimentos licitatórios pela CAIXA para a construção ou aquisição de empreendimento e contratação de empresas do ramo da administração imobiliária, responsáveis pela administração dos contratos de arrendamento de imóveis e condomínios do PAR.
3. Às fls. 08/10, PARECER CONJUR/MCIDADES/Nº 515/2009, que conclui pela inexistência de vício na Portaria 493/2007 do Ministério das Cidades, que define as diretrizes gerais para a implantação do PAR, dada a existência de previsão legal na Lei 10188/01 que permitiria que a Caixa Econômica Federal – CEF deixasse de aplicar a Lei 8666/93 quando se tratar de aquisição, construção, recuperação, arrendamento e venda de imóveis enquadrados nas circunstâncias que prevê, desde que atendidos os princípios que norteiam a atuação da Administração Pública. *In verbis*:

Lei 10188/01

Art. 4º. Compete à CEF:
(...)
Parágrafo único. As operações de aquisição, construção, recuperação, arrendamento e venda de imóveis obedecerão aos critérios estabelecidos pela CEF, respeitados os princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade, moralidade administrativa, interesse público e eficiência, ficando dispensada da observância das disposições específicas da lei geral de licitação.
4. Às fls. 23/32, PARECER 303/2009/ASJUR/CGU-PR, elaborado em função do DESPACHO de fls. 20, do Coordenador-Geral de Auditoria da Área das Cidades, exarado em função da constatação de que, apesar do posicionamento da CONJUR/MCIDADES pela legalidade da dispensa de licitação, o Ministério Público Federal do Maranhão logrou êxito em Ação Civil Pública movida com o fito de compelir a CEF a realizar o procedimento

37
[Handwritten marks]

licitatório sempre que contrate obras e serviços vinculados ao PAR (Processo, nº 2007.37.00.010790-6). No âmbito do referido PARECER, chegou-se às seguintes conclusões:

- 1) Não haveria vedação à criação de nova hipótese de dispensa de licitação fora da Lei 8666/93, de forma que o disposto no parágrafo único do art. 4º, da Lei 10188/01 traria hipótese de norma complementar ao Estatuto das Licitações e Contratos;
- 2) Seria possível a dispensa de licitação para as operações de aquisição, arrendamento, e venda dos imóveis destinados ao PAR, tendo em vista haver expressa previsão legal e justificativa razoável;
- 3) Não se vislumbraria justificativa razoável para que se dispense a licitação nas contratações de serviços de engenharia para a construção e recuperação dos imóveis destinados ao PAR;
- 4) Não haveria previsão legal para a dispensa de licitação para a contratação de empresa voltada à realização das atividades de administração dos contratos de arrendamento dos imóveis e dos condomínios do PAR, impondo-se, assim, a exigência de realização de procedimento licitatório nesses casos.

5. É o relatório. Passa-se a opinar.

6. Para o enfrentamento do tema em questão, impõe-se primeiramente analisar se este se encontra dentro das atribuições desta Consultoria-Geral da União.

7. Nos termos do art. 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, se afigura atribuição do Advogado-Geral da União fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal.

8. Nestes termos, o art. 3º, inciso VI, do Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007, dispõe competir à Consultoria-Geral da União participar do deslinde de controvérsia jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, objetivando sua solução em sede administrativa. Por sua vez, o artigo 10 do referido Ato Normativo confere a este Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos – DECOR a atribuição de atuar na solução de controvérsias e na uniformização de teses jurídicas.

[Handwritten mark]

9. No caso trazido à análise, houve divergência entre os entendimentos exarados pela CONJUR/MCIDADES e a Controladoria-Geral da União acerca da constitucionalidade dos dispositivos da Lei 10188/01 que dispensam a realização de procedimento licitatório em relação às operações de construção e recuperação de imóveis utilizados no PAR. Em relação às demais hipóteses de dispensa previstas em lei, o entendimento de ambos os órgãos foi no sentido de sua regularidade.

10. No que tange à contratação direta de empresas do ramo da gerência imobiliária para a administração dos contratos de arrendamento, não houve manifestação da CONJUR/MCIDADES. Entretanto, ao abordar a questão, a Controladoria-Geral da União ressaltou a necessidade da fixação de entendimento sobre o tema, motivo pelo qual ele também será abordado no presente PARECER.

11. Com relação à possibilidade de lei afastar a obrigatoriedade de procedimento licitatório para operações de construção e recuperação de imóveis utilizados no PAR, faz-se necessário ressaltar, inicialmente, os dispositivos constitucionais relevantes para o deslinde da questão. *In verbis*:

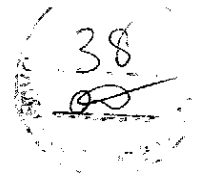
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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.

12. Percebe-se, assim, que no sistema jurídico instituído pela atual Carta Constitucional a necessidade de adoção do procedimento licitatório é a regra, consoante o Princípio Constitucional da Obrigatoriedade de Licitação. Busca-se, através dele, realizar especialmente os princípios da eficiência – que pugna pela contratação daquele que oferece as melhores condições de execução do contrato – e da impessoalidade – uma vez que, através do referido procedimento, estabelece-se um concurso entre todos os que se dispõem a realizar o objeto da licitação.

13. Entretanto, o próprio constituinte admitiu que, em certas hipóteses, a legislação infraconstitucional, atendendo a certos valores, afaste a referida obrigatoriedade. Isso deve ocorrer apenas nos casos em que a não realização do



procedimento se mostre mais consentânea à concretização do interesse público do que sua adoção. Percebe-se, portanto, que, como ressaltado no PARECER 303/2009/ASJUR/CGU-PR, “essa flexibilidade [conferida à lei] não foi adornada de discricionariedade”. É preciso que o critério adotado para afastar tais hipóteses do procedimento ordinário seja razoável. Haveria, portanto, além de um requisito formal (a reserva de lei), um requisito material para a contratação sem licitação, a saber, a necessidade de observância dos princípios que regem a Administração Pública, especialmente os previstos no *caput* do artigo 37 da Carta Magna.

14. De fato, como ressalta José dos Santos Carvalho Filho:

“não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos”¹.

15. Nesse contexto, ressalte-se que as hipóteses submetidas à análise – as operações de construção e recuperação de imóveis utilizados no PAR - não se revestem da excepcionalidade apta a ensejar a possibilidade de dispensa do procedimento licitatório pela lei.

16. De fato, as atividades de aquisição, arrendamento e alienação desses imóveis se ligam intrinsecamente às finalidades deste programa de assistência, a saber, a concretização do direito à moradia da população de baixa renda, e exigem que os beneficiários possuam características específicas para que a finalidade buscada através dessa política pública seja atingida. Daí a constitucionalidade da dispensa de licitação em tais hipóteses.

17. Situação diversa ocorre em relação à contratação de empresa para a construção e recuperação de tais imóveis. A princípio, a empresa com a qual se contrata é indiferente à Administração Pública e a realização de licitação em nada afetaria os fins perseguidos pelo PAR. Ao contrário, garantiria a concretização dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa e eficiência, permitindo a seleção da proposta mais apta à realização do interesse público.

¹ Manual de Direito Administrativo, Ed. *Lumen Juris*, 10ª edição, p. 193

18. Não existe, portanto, correlação entre o fator discriminatório (a contratação sem licitação de obras e serviços do PAR) e os valores protegidos pelo ordenamento constitucional. Daí a inconstitucionalidade do *discrímen* adotado na hipótese.

19. Saliente-se que os critérios estabelecidos pela Portaria nº 493/2007, do Ministério das Cidades não justificam a dispensa de licitação e, em função da abertura de seus comandos, não são aptos a afastar os efeitos danosos que uma eventual contratação direta poderia provocar. *In verbis*:

- 5.3 Serão preferencialmente selecionados, para fins de contratação, os projetos que apresentem as seguintes características:
- a) maior contrapartida do setor público local, na forma prevista na alínea "d" do subitem 2.3 deste Anexo;
 - b) menor taxa de condomínio estimada, no caso de unidades habitacionais em empreendimentos destinados ao arrendamento residencial;
 - c) menor valor de aquisição das unidades habitacionais de acordo com o padrão do projeto para cada faixa de renda a ser atendida; ou
 - d) integração a programas de requalificação de centros urbanos.

20. Nesse sentido, foi proposta ação civil pública contra a União e a Caixa Econômica Federal (processo nº 2007.37.00.010790-6), tendo por objeto contratações diretas efetuadas com base nos dispositivos discutidos no presente PARECER, no âmbito da qual o Ministério Público Federal ressaltou a constatação de problemas de construção no caso de condomínio residencial, conforme apurado em relatório de vistoria produzido pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Maranhão (fls. 57/58 da Ação Civil Pública). A plausibilidade das alegações justificou a concessão da antecipação de tutela pelo juiz que analisou o caso.

21. Ressalte-se, ainda, que, no âmbito do referido processo, a Procuradoria da União no Estado do Maranhão, ao defender a constitucionalidade das normas agora questionadas, alegou, em síntese, que a dispensa de licitação permite à CEF selecionar projetos de empreendimentos mais adequados à realidade de cada região; que as verbas empregadas no PAR são objeto de flexibilização do manejo de recursos alocados em razão do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR, criado pelo artigo 2º, da Lei 10188/2001; que este Fundo é composto, basicamente, de verbas oriundas do FGTS, cuja natureza jurídica não tributária afastaria o caráter público dos recursos em discussão, não integrando seus valores o orçamento da União, fator que reforçaria a possibilidade de flexibilização no emprego de tais verbas; que o artigo 37, XXI, da Constituição se aplicaria essencialmente às contratações realizadas pela Administração Pública em sentido estrito; e que o artigo 173 da Carta Magna preveria a sujeição da empresas públicas ao regime jurídico dos entes privados. Ressaltou, ademais, que o conjunto de atos operacionais envolvidos na concretização do PAR, desde a contratação das empresas de construção civil



até o efetivo arrendamento dos imóveis aos interessados se constituiria em atividade que, a despeito da finalidade social almejada pelo programa, teria nítida natureza mercantil.

22. Nesse contexto, saliente-se a ilegitimidade dos argumentos expendidos eis que, como já ressaltado, a Constituição estabelece a presunção de que a melhor contratação se dará através de procedimento licitatório, comando do qual o Administrador só pode se afastar em situações excepcionalíssimas, o que incorre no caso analisado. No que tange aos demais argumentos, ressalte-se que o caput do artigo 37 da Constituição da República deixa claro que a normatização estabelecida pelo artigo alcança também os entes da Administração Indireta. Nesse sentido, abre-se exceção apenas em relação ao disposto no artigo 173, §1º, III, da Carta Magna, que prevê o que se segue:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

23. Como ressaltado pelo *Parquet*, a simples análise da Lei 10188/2001 permite afirmar com segurança não ser esse o diploma legal previsto no artigo 173, da CRFB.

24. Dessa forma, inexistindo justificativa para que se dê tratamento beneficiado a algumas empresas, deve-se adotar o procedimento licitatório com vistas a concretizar os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, além de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

25. No que tange à contratação de atividades de administração imobiliária sem a realização de procedimento licitatório, é imperioso destacar sua ilegalidade, em função da inexistência de autorização legal para tanto. De fato, tal situação não é prevista no parágrafo único do art. 4º, da Lei 10188/01, e tampouco na Lei 8666/93. Dessa forma, a partir da constatação de que as regras que excepcionam a exigência de licitação devem ser interpretadas restritivamente e de que é vedado ao gestor público criar novas hipóteses de dispensa, impõe-se reconhecer a necessidade da realização do referido procedimento.

26. Pelo exposto, sugere-se o reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 4º, da Lei 10188/2001, no que tange à dispensa de licitação para a construção e recuperação de imóveis; e da necessidade de realização de procedimento licitatório para a contratação de atividades de administração imobiliária.

27. Recomenda-se o envio de cópias do presente PARECER à Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades, para conhecimento e, eventualmente, para que proceda às alterações que entender necessárias no que tange à redação da Portaria 493/2007.

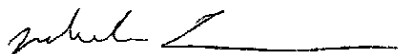
28. Ademais, tendo em vista a estranheza causada pela constatação de que o PARECER 303/2009/ASJUR/CGU-PR foi elaborado por Analista de Finanças e Controle, autoridade incompetente para tanto, consoante o disposto no art. 131, da CRFB, e considerando que a assinatura da manifestação jurídica por Advogado da União não é suficiente para convalidar o vício constatado *primo oculi*, sugere-se a expedição de MEMORANDO com vistas a esclarecer a situação apresentada.

29. Sugere-se, por fim, o envio da presente manifestação à Secretaria-Geral de Contencioso, para a adoção das providências que entender cabíveis.

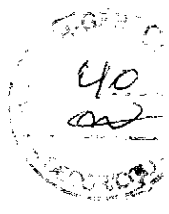
30. Anexa-se ao presente manifestações do Ministério Público Federal e da Procuradoria da União no Estado do Maranhão, exaradas no âmbito da supracitada Ação Civil Pública nº 2007.37.00.010790-6, para subsidiar futuras análises da matéria.

À consideração superior.

Brasília, 26 de abril 2010.



Isabela Rossi Cortes Ferrari
Advogada da União



Senhor Diretor do DECOR/CGU/AGU,

1. Pondo-me de acordo com os fundamentos e as conclusões do PARECER n.º 042/2010/DECOR/CGU/AGU da Advogada da União Isabela Ferrari, submeto a matéria à consideração de Vossa Senhoria.

Brasília/DF, 03 de maio de 2010.


João Gustavo de Almeida Seixas
Advogado da União

Coordenador-Geral de Orientação/DECOR/CGU/AGU Substituto