



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ASSUNTOS EXTRAJUDICIAIS

PARECER Nº 001/2013/DEAEX/CGU/AGU – JCO

PROCESSO Nº 00400.010069/2012-81 e 00441.002336/2012-60 (em apenso)

INTERESSADOS: CGU-RJ e CJU-MG

ASSUNTO: Desnecessidade de envio de processos a Consultoria Jurídica da União no Rio de Janeiro – CJU-RJ, quando tratar-se de dispensa de licitação pelos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 e não houver minuta de termo de contrato anexada, por serem consideradas despesas irrelevantes em virtude do baixo valor.

I. Constitucional. Administrativo. Art. 24, I e II, e art. 38, VI e parágrafo único todos da Lei nº 8.666, de 1993. Art. 11, V e VI, 'b' da Lei Complementar nº 73, de 1993. Decreto-lei 200, de 1967.

II. Consulta sobre a obrigatoriedade de manifestação jurídica nas contratações de pequeno valor com fundamento no art. 24, I e II da Lei nº 8.666, de 1993. Revisão de entendimento exarados nas Notas nº 218/2012/DECOR/CGU/AGU, nº 15/2012/DECOR/CGU/AGU, Parecer nº 10/2012/DECOR/CGU/AGU e Nota nº 30/2012/DECOR/CGU/AGU. Necessidade de Uniformização. Edição de Orientação Normativa ou aprovação do presente parecer pelo Advogado-Geral da União.

- Senhor Diretor,

Os autos do processo nº 00400.010069/2012-81 foram encaminhados a este Departamento pelo Sr. Diretor do DECOR/CGU/AGU, por meio do DESPACHO Nº 166/2012/SFT/CGU/AGU, para que fosse apreciada a conveniência de submeter à consulta ao Tribunal de Contas União sobre o entendimento daquele Departamento, aprovado pelo Consultor-Geral da União Substituto, que defende a tese da obrigatoriedade de manifestação dos órgãos jurídicos consultivos em todas as contratações, mesmo nos casos de contratação direta de pequeno valor (art. 24, incisos I e II da Lei nº 8.666/1993).

2. Às fls. 01/04, consta a cópia do Ofício-Circular nº 006/2012-CJU-RJ/CGU/AGU, por meio do qual a Coordenadora-Geral da CJU-RJ informa aos órgãos assessorados sobre a desnecessidade de encaminhamento de processos "...quando se tratar de dispensa de licitação pelos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 e não houver minuta de termo de contrato anexada, por serem consideradas despesas irrelevantes em virtude do baixo valor."

A



3. As fls. 05/06, consta cópia da correspondência eletrônica encaminhada pela Coordenadora da CJU/RJ ao Consultor-Geral da União e seu substituto, solicitando a validação do teor do Ofício-circular e que o mesmo fosse encaminhado ao DECOR para fins de uniformização.

4. As fls. 08/13, foi produzida a NOTA Nº 115/2012/DECOR/CGU/AGU, de 05/09/2012, que concluiu que o teor do Ofício-Circular afrontaria a posição oficial e reiterada da Consultoria-Geral da União pela obrigatoriedade da apreciação pelos órgãos jurídicos mesmo nos casos de contratação direta de pequeno valor. E sugeriu que o procedimento adotado pela CJU/RJ deveria ser imediatamente interrompido, *et litteris*:

9. Ora, considerando o posicionamento atual desta Consultoria-Geral da União, percebe-se, com facilidade, que o procedimento já adotado pela CJU/RJ na forma do Ofício-Circular nº 006/2012-CJU-RJ/CGU/AGU não merece “validação”. Pelo contrário, deve ser imediatamente interrompido.

10. Ante o exposto, entende-se que o teor do Ofício-Circular nº 006/2012-CJU-RJ/CGU/AGU afronta a posição oficial e reiterada desta Consultoria-Geral da União no sentido de zelar pela obrigatoriedade da apreciação dos órgãos jurídicos consultivos mesmo nos casos de contratação direta em razão do valor (Nota nº 15/2012/DECOR/CGU/AGU, Parecer nº 10/2012/DECOR/CGU/AGU e Nota nº 30/2012/DECOR/CGU/AGU, todas estas peças aprovadas pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União Substituto em 27/04/2012).

5. As fls. 14, consta o despacho s/nº da Coordenadora-Geral de Orientação do DECOR/ACGU/AGU, onde a mesma após o seu “de acordo” com o teor da Nota nº 115/2012/DECOR/CGU/AGU.

6. As fls. 15, DESPACHO Nº 163/2012/SFT/CGU/AGU, aprovando as manifestações anteriores e determinando o envio de cópias da Nota nº 115/2012, Parecer nº 10/2012 e Nota nº 30/2012, todas do DECOR/CGU/AGU, à CJU-RJ.

7. As fls. 16, cópia do Memorando nº 077/2012-DECOR/CGU/AGU encaminhado as cópias à Coordenadora-Geral da Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio de Janeiro, em atendimento ao disposto no DESPACHO Nº 163/2012/SFT/CGU/AGU.

8. As fls. 17, DESPACHO Nº 166/2012/SFT/CGU/AGU, sugerindo que o DEAEX apreciase a conveniência ou não de submeter ao TCU o entendimento defendido pelo DECOR e aprovado no âmbito da Consultoria-Geral da União.

9. As fls. 18/45, cópias da NOTA Nº 015/2012/DECOR/CGU/AGU, do Despacho s/nº de aprovação pela Coordenadora-Geral de Orientação do DECOR/CGU/AGU e do DESPACHO Nº 28/2012/SFT/CGU/AGU.

10. As fls. 46/81, cópias da NOTA Nº 030/2012/DECOR/CGU/AGU, do Despacho s/nº de aprovação pela Coordenadora-Geral de Orientação do DECOR/CGU/AGU, do DESPACHO Nº 40/2012/SFT/CGU/AGU.

11. As fls. 82, cópia do DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 0494/2012, aprovando as NOTAS Nº 015/2012/DECOR/CGU/AGU e NOTA Nº 030/2012/DECOR/CGU/AGU, bem como os despachos que os aprovaram.

12. Enquanto a matéria estava sob a análise deste Departamento, foi sugerido que os autos do processo nº 00441.002336/2012-60 fossem apensados aos autos principais por tratarem do mesmo tema jurídico, qual seja, a necessidade ou não de apreciação pelas Consultorias Jurídicas dos processos referentes as contratações diretas de pequeno valor (art. 24, I e II da Lei nº 8.666/1993). Os autos do processo apensado são compostos por:



a) Memorando CJU-MG/CGU/CGU/AGU/Gab Nº 0032/2012,

1-1-verso:

3. Esclareço que, apesar de entender viável o entendimento pela desnecessidade de análise de processos de pequeno valor, tendo em vista os argumentos apresentados na documentação anexa, até manifestação deste DECOR/CGU/AGU, por questão de cautela, continuaremos fazendo tais análises. Não obstante, a medida permitiria as consultorias jurídicas, que tem recebido um volume cada vez maior de trabalho a cada ano de trabalho, dar maior enfoque às contratações de maior volume e à adoção de medidas proativas com repercussão mais ampla que a mera análise de processos individualizadamente e, portanto com maior eficiência.

4. Sugere-se, como forma de se dispensar a análise de tais expedientes, em razão de sua menor complexidade, a expedição de parecer com orientação quanto a documentação mínima necessária para a regularidade de tais procedimentos, bem como a divulgação de listas de verificação, podendo ser utilizadas as próprias listas já existentes na estrutura da AGU.

b) Às fls. 02/09, cópia do Parecer nº 713/2012/COLIC/CGLEC/CONJUR/MJ e dos “e-mails” da lista de Coordenadores e Coordenadores Substitutos das CJUs sobre o tema.

c) Às fls. 13/20, Nota nº 218/2012/DECOR/CGU/AGU e Despacho s/nº de aprovação, que ratificou a posição de obrigatoriedade da apreciação dos órgãos jurídicos consultivos mesmo nos casos de contratação direta em razão do valor (Nota nº 15/2012/DECOR/CGU/AGU, Parecer nº 10/2012/DECOR/CGU/AGU e Nota nº 30/2012/DECOR/CGU/AGU, aprovadas pelo Sr. Consultor-Geral da União Substituto e Nota nº 115/2012/DECOR/CGU/AGU, aprovada pelo Diretor do DECOR).

13. É o relatório.

14. Primeiramente, cabe esclarecer que este Departamento entendeu que não era conveniente submeter a matéria em questão ao Tribunal de Contas da União, em razão de o tema versar sobre a interpretação a ser dada pela AGU a um dispositivo legal. E pelas razões que se seguem:

a) Informa-se, que em reunião com o Presidente da TCU à época, Sr. Ministro Benjamin Zymler, e equipe de assessores dentre eles membros da Consultoria Jurídica do TCU, informalmente, consultou-se sobre qual seria o entendimento daquela Corte sobre a necessidade de manifestação jurídica nas dispensas de pequeno valor (art. 24, I e II da Lei nº 8.666/1993). Ele e sua equipe manifestaram-se no sentido de que nesses casos só haveria necessidade de parecer jurídico se houvesse minuta de contrato, ou seja, se subsumisse a previsão contida no parágrafo único do art. 38 da Lei Geral de Licitações. Tal procedimento também é o adotado pelo TCU quando realiza suas aquisições, segundo o servidor do TCU, Pedro Tadeu Oliveira da Silva.

b) E principalmente em razão de que os fundamentos legais para a obrigatoriedade da manifestação jurídica, conforme as Notas e pareceres jurídicos aprovados, seriam o inciso V e alínea “b” do



inciso VI do art.11 da Lei Complementar nº 73/1993.

c) Sabe-se da existência de manifestações do TCU no sentido de haver obrigatoriedade de manifestação jurídica nas contratações diretas e inexigibilidades com fundamento no art. 38, VI da Lei nº 8.666/1993, todavia entendemos que tal situação não abrange as contratações diretas de pequeno valor, e na reunião realizada no TCU conforme descrito acima apenas confirmou esse entendimento.

d) No Acórdão nº 2.121/2010-Plenário, por meio do voto do Ministro Relator Benjamim Zymler, o TCU manifestou-se no sentido de que o parecer jurídico nos casos previstos no inciso VI do Art. 38 da Lei nº 8.666/1993 seria facultativo, exceto quando estivesse abrangido por uma das situações previstas no parágrafo único do mesmo artigo.

12. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal em sede do MS 24.584-1/DF, a teor do disposto no art. 38 da Lei nº 8.666/93, a atuação do gestor fica condicionada ao exame e à aprovação prévios da assessoria jurídica no que tange às minutas dos editais de licitação e dos contratos, acordos, convênios ou ajustes (parágrafo único do dispositivo citado), o que torna possível a responsabilização dos pareceristas jurídicos nessas hipóteses, quando a ação do administrador se vincula à sua manifestação, imprescindível para a validade do ato.

13. **A compulsoriedade legal, no entanto, não alcança os atos de dispensa e de inexigibilidade de licitação. Em que pese esteja prevista, no art. 38, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, a juntada oportuna ao processo administrativo de pareceres técnicos ou jurídicos emitidos, a LLC não exige expressamente que se submeta a matéria à apreciação e à aprovação dos assessores jurídicos.** Assim, apesar de bastante recomendável que a decisão pela dispensa ou pela inexigibilidade esteja respaldada em parecer jurídico, em não havendo exigência legal para a consulta, a manifestação do parecerista jurídico não se reveste de caráter vinculante, mas opinativo.(destaquei)

14. A esse ponto, observo que a análise e a aprovação das minutas dos contratos pela assessoria jurídica não envolvem, necessariamente, a avaliação do cabimento das hipóteses de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

e) Sobre a facultatividade do parecer jurídico com fundamento no inciso VI do Art. 38 da Lei nº 8.666/1993, manifestou-se, ainda, o TCU :

VOTO:

(...)

6. Quanto a esse ponto, de fato, resta límpida a exigência legal, contida no art. 38, inciso VI da Lei de Licitações e Contratos, no sentido de que sejam juntados ao processo administrativo pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação. O parágrafo único do mesmo artigo estabelece que as minutas de editais de licitação devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica.

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União: reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.3.2. que observe da exigência legal contida no art. 38, inciso VI da Lei de Licitações e Contratos, que determina que sejam juntados ao processo administrativo pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação:(destaquei e grifei)

(...) (Acórdão nº 2.574/2009- Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro)



f) No manual do TCU¹, o roteiro prático para a contratações diretas que não abrangem as contratações de pequeno valor, consta que deve estar presente o parecer técnico e/ou jurídico, ou seja, não dá pra inferir de que haja preponderância de um dos pareceres sobre o outro, que inclusive podem constar os dois.

Processo administrativo de contratação direta será instruído com os elementos previstos no art. 26 da Lei nº 8.666/1993, sendo dispensa de licitação, com base nos incisos III e seguintes do art. 24 e inexigibilidade de licitação, com amparo no art. 25, observados os passos a seguir:

1. solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto;
2. justificativa da necessidade do objeto;
3. caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, se for o caso;

(...)

11. justificativa das situações de dispensa ou de inexigibilidade de licitação,

acompanhadas dos elementos necessários que as caracterizem, conforme o caso:

(...)

13. pareceres técnicos e/ou jurídicos:(destaque!)

(...)

15. Em que pese os processos tenham sido encaminhados para a apreciação deste Departamento para análise e verificar a conveniência em fazer-se uma consulta formal ao Tribunal de Contas da União. Entendeu-se que seria oportuno manifestarmos, não apenas em razão de o entendimento do TCU ser diverso ao da Consultoria-Geral da União - CGU em relação às contratações de pequeno valor (art. 24, I e II da Lei nº 8.666/1993), mas também trazer outros subsídios a fim de verificar se o entendimento da CGU/AGU deve ser revisto ou não.

16. A Nota nº 115/2012/DECOR/CGU/AGU, traz como fundamento jurídico os presentes na Nota nº 15/2012/DECOR/CGU/AGU, no Parecer nº 10/2012/DECOR/CGU/AGU e na Nota nº 30/2012/DECOR/CGU/AGU, que em síntese alegam que:

- a) a obrigatoriedade do exame jurídico prévio tem assento no art. 11, V e VI, "b" da Lei Complementar nº 73/93;
- b) a Lei Complementar nº 73/93, ao exigir o exame das hipóteses de dispensa de licitação, não diferenciou o procedimento a ser adotado de acordo com o fundamento da dispensa e mesmo que tal exame se mostre muitas vezes antieconômico, consideram que o legislador, ao tratar do procedimento a ser adotado nas dispensas de licitação, considerou outros valores para impô-lo, como princípios da isonomia, moralidade, controle e transparência;
- c) não procede a argumentação de que o art. 26 da Lei nº 8.666/93, ao determinar que as hipóteses de dispensa de licitação enumeradas a partir do inciso III do art. 24 devam ser justificadas pela autoridade

¹ Licitações e Contratos. Orientações e Jurisprudência do TCU. Edição revista, atualizada e ampliada. 4ª ed. Atualização março/2010 a maio/2011. (http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos) acessado em 14/06/2013.



competente, permitiria concluir que, nos casos de dispensa previstas nos incisos I e II do art. 24, seria possível adotar procedimento que excluísse do exame jurídico prévio tais contratações;

- d) apenas a análise objetiva, nas contratações de pequeno valor não dispensariam a verificação do cumprimento de todos os requisitos formais;

17. Como verifica-se, o fundamento jurídico para a obrigatoriedade da manifestação jurídica nas dispensas de pequeno valor (art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/1993) estaria respaldado no art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, incisos V e VI, 'b'.

18. Quanto aos argumentos utilizados para fundamentar a tese defendida pela CGU/AGU de que de uma interpretação sistemática e teleológica em relação ao disposto na Lei nº 8.666/1993 daria azo a interpretação de que todos os atos relacionados ao reconhecimento da inexigibilidade ou dispensa de licitação deveriam ser submetidos à análise jurídica, principalmente em razão dos princípios constitucionais administrativos e da licitação, tais argumentos também são utilizados pela parte que diverge sobre a obrigatoriedade de manifestação jurídica nas contratações de pequeno valor.

19. A parte consultante, que entende que não haveria necessidade de manifestação jurídica nas contratações de pequeno valor, só o sendo quanto houver minuta de contrato, traz como principais fundamentos que:

- a) o art. 26 da Lei nº 8.666/1993, ao prever a necessidade de ratificação e publicação dos atos autorizativos das situações de dispensa e inexigibilidade de licitação, para efeito e condição de sua eficácia, exclui dessa exigência os casos de dispensa para contratações pelos incisos I e II, do art. 24, da Lei nº 8.666/1993;
- b) nas dispensas de pequeno valor não haveria matéria jurídica a ser apreciada, porém tal situação não ocorre quando houver minuta de contrato;
- c) as últimas Leis de Diretrizes Orçamentárias classificam como despesas irrelevantes aquelas cujo valor não ultrapasse, para bens e serviços, os limites dos incisos I e II, do art. 24, da Lei nº 8.666/1993.
- d) a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, insitos na Lei nº 9.784/1999, bem como os da eficiência, e da economicidade, preconizados na Constituição vigente e o que preconiza o art. 14 do Decreto-Lei nº 200/1967².

20. Das teses apresentadas pelas partes, ambas alegam que se valeram de uma interpretação teleológica e sistemática da Lei nº 8.666/1993 combinada com o previsto nos art. 11, V, e da interpretação literal do art. 11, VI, 'b', ambos da Lei Complementar nº 73/93; porém como verifica-se acima, chegaram a conclusões diversas, cada qual valorando os princípios constitucionais administrativos e licitatórios.

² Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles (sic) que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.

21. Entendemos que mostra-se adequado primeiramente verificar como a doutrina e a Corte de Contas da União tem interpretado o art. 38 da Lei nº 8.666/1993 comparando com os fundamentos trazidos pela Consultoria-Geral da União.

22. A i. parecerista da Nota nº 30/2012/DECOR/CGU/AGU, de 06/03/2012, aprovada pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União Substituto, em 27/04/2012, reiterou os termos da Nota nº 15/2012/DECOR/CGU/AGU afirmando que por uma interpretação teleológica e sistemática da Lei nº 8.666/93 imporia a necessidade de parecer jurídico.

(...)

11. Inicialmente, a i. parecerista parte da distinção entre as contratações instrumentalizadas através de contratos e aquelas nas quais esse é substituído por outros instrumentos hábeis – em decorrência de faculdade que a lei oferece ao administrador – para defender que o parágrafo único do já transcrito art. 38 da Lei nº 8.666/93 imporia prévio exame jurídico apenas no primeiro caso, já que dispõe que ‘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’.

12. Salvo melhor juízo, considero que uma interpretação meramente literal do referido dispositivo não se coaduna com a *ratio legis*. Parece-me simplório e artificial o juízo segundo o qual uma faculdade do administrador – a saber, a substituição do termo de contrato por instrumento semelhante – permitiria retirar a contratação da esfera de análise pelos órgãos jurídicos.

13. Ademais, é de se destacar que uma interpretação sistemática e teleológica da Lei de Licitações deve considerar que o referido estatuto destina-se a garantir a isonomia entre os concorrentes e impedir a ocorrência de fraudes. Nesse contexto, como projeção concretizadora de tais vetores hermenêuticos destaca-se o princípio do controle (inclusive jurídico) das contratações.

14. Assim, não se pode ignorar a circunstância de muitas fraudes ocorrerem exatamente através da utilização do mecanismo de dispensa de licitação, motivo pelo qual, ainda que antieconômica, justifica-se a análise de tais contratações. Isso porque, como já destacamos no exame originário da matéria, existem outros interesses que não o meramente econômico a informá-la, como a concretização dos princípios da legalidade, isonomia, moralidade administrativa, entre outros.

15. Ainda que não se adotasse o entendimento supraexposto, considero possível interpretar a referência existente no parágrafo único do referido art. 38 de modo a alcançar a hipótese através da referência a ‘ajustes’, que incluiriam os instrumentos semelhantes aos contratos.

16. superada essa questão, a leitura da NOTA DAJU/GAB-SUBST/AGU Nº 1133/2010-STM permite inferir que o fato da Lei de Licitações não ter exigido do administrador a justificativa da dispensa de licitação nas hipóteses do art. 24, I e II serve de reforço à argumentação deduzida, pois é visto como indicativo de que o procedimento adotado na hipótese seria revestido de menos formalidades (parágrafo 13).

17. No meu entendimento, essa circunstância não deve ser levada em consideração da forma como exposta. Isso porque as hipóteses de dispensa de licitação que não se enquadram nos incisos I e II ou referem-se a critérios subjetivos ou tratam do enquadramento de determinada situação à luz de conceitos jurídicos indeterminados. Assim, como os critérios não podem ser aferíveis de plano, exige-se que o administrador externar as razões que o levaram a enquadrar a hipótese fática em tais dispositivos.

18. Por sua vez, os casos previstos nos dois primeiros incisos do referido artigo não demandam fundamentação por carecerem de análise subjetiva, e nada mais. Dessa forma, não se devem ser encarados como uma hipótese especial de dispensa.

(...) (destaquei e grifei).

23. Maria Sylvia Zanella Di Prieto³, tem entendimento diverso ao apontado na Nota nº 30/2012/DECOR/CGU/AGU nos itens 11 e 12, manifestando-se no sentido de que o tratamento diferenciado previsto na lei é justificável, pois a licitação já prevê um procedimento excessivamente rígido e formal, não sendo razoável fazer uma interpretação extensiva em relação a dispositivos que estejam prevendo uma formalidade que em si, seria excessiva. Entende também que somente é obrigatória a manifestação jurídica quando houver minutas de edital ou de contrato.

(...)

No caso do art.38, parágrafo único, só falou em minutas de editais, não havendo razão para adotar-se uma interpretação ampliativa com relação a um dispositivo que contém exigência de ordem puramente formal.

Em segundo lugar, é aceitável a diferença de tratamento precisamente porque os convites envolvem contratos de menor valor e, por isso mesmo, estão sujeitos a menos formalidades durante o procedimento.

Note-se que a licitação já tem um procedimento excessivamente formal e rígido. Não há porque adotar uma interpretação, extensiva em relação a dispositivos que estejam prevendo uma formalidade que, é em si, excessiva, e que deve ser interpretada de forma razoável.

(...)

...também não existe obrigatoriedade de serem submetidas à assessoria jurídica todas as cartas-contrato, notas de empenho, autorizações de compra e ordens de serviços referidas no art. 62.

(...)

Os formalismos da Lei n.8.666 já são, por si, bastante severos; por isso mesmo, a interpretação dos dispositivos legais que os estabelecem deve ser restrita, de modo a evitar os formalismos excessivos que superem a própria previsão do legislador. Aplica-se aqui, na interpretação da lei, o princípio da razoabilidade, segundo o qual os meios devem ser proporcionais em relação aos objetivos a atingir...

24. O entendimento do Plenário do TCU é no sentido de que o inciso VI do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 não estabelecerá a obrigatoriedade do parecer jurídico nas dispensas de licitação, principalmente nas de pequeno valor, vide item 14 “c”, “d”, “e” e “f”.

25. Doutrinadores, como JUSTEN FILHO⁴, entendem, como manifestado pelo Plenário do TCU, de que o parecer jurídico com fundamento no inciso VI do art. 38 seria facultativo.

Os pareceres técnicos e jurídicos são manifestações de terceiros, não integrantes da comissão de licitação, pertencentes ou não à Administração Pública. Esses pareceres serão fornecidos facultativamente, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto.⁵

26. JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES⁶ também manifesta-se pela

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et alii. Temas Polêmicos sobre licitações e contratos. São Paulo : Malheiros Editores. 5ª ed. 2001. P.164 e 165.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 15. Ed. – São Paulo: Dialética, 2012. p. 593

⁵ Deve ser ressaltado que em razão da Lei Complementar nº 73/1993, no âmbito do Poder Executivo Federal, cabe aos membros das carreiras da Advocacia Pública a emissão dos pareceres jurídicos, quando solicitados, pois a competência para o exercício da atividade de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal é dos membros da carreira da Advocacia-Geral da União (Orientação Normativa Nº 28, de 9 de abril de 2009).

⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Revista Capital Público, outubro de 2009, pp 50-51 In: PARECER Nº

facultatividade do Parecer Jurídico e acrescenta que tal facultatividade decorreria do princípio da economicidade previsto no Decreto-Lei nº 200/1967:

A lei nº 8.666/93 define que o processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação deve ser instruído com parecer técnico ou jurídico. A regra impõe, alternativamente os pareceres e **não é possível, a qualquer órgão de controle, exigir que constem ambos do processo.** A autoridade que decidirá pela contratação direta deve conhecer, no entanto, as vantagens de ter ambas as manifestações técnicas, sabendo, principalmente, quais as funções dos pareceres técnico e jurídico.

Indaga-se, com frequência, o motivo que levou o legislador a inserir a alternância se, numa visão mais ampla do interprocessual, vislumbra-se a complementariedade. É que o processo de contratação direta, como qualquer processo, é um meio em relação ao fim – no caso idêntico à licitação – para obter a proposta mais vantajosa. Por esse motivo, só no caso concreto, avaliado, discricionariamente, pelo gestor, em função da complexidade do caso e volume de recursos envolvidos, é que se definirá o melhor parecer para instruir os autos.

(...)

Feitas as considerações em relação às distinções pertinentes aos pareceres exigidos pela Lei nº 8.666/93, caberá ao administrador, com base nas peculiaridades do caso concreto, fazer a opção pelo parecer que melhor instruirá o processo. **Deve-se levar em conta, neste caso, o Princípio da Economicidade na ação do controle, tão bem definido no art. 14 do Decreto-Lei nº 200/67, evitando-se a imposição de um custo de instrução processual superior à vantagem da aquisição.**

Não se deve olvidar, todavia, que, optando, a autoridade administrativa, pela existência de um só parecer – técnico ou jurídico –, deverá, na fundamentação de sua decisão, complementar com os elementos do parecer faltante.

27. Cabe destacar, que há doutrinadores como PEREIRA JUNIOR e DOTTI⁷, que posicionam-se no sentido de que o inciso VI, do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 imporia a necessidade do parecer jurídico, **exceto quando tratar-se de aquisições de pequeno valor:**

4.1.12 Pareceres técnicos ou jurídicos

A Lei nº 8.666/93, art. 38, inc. VI, inclui, entre as peças a serem juntas aos autos do processo, os pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a dispensa ou a inexigibilidade. Não obstante a norma referir-se a “pareceres técnicos ou jurídicos”, em redação que faz uso de conjunção alternativa, a juntada de parecer técnico não significa dizer que o parecer jurídico seja ocioso, ou vice-versa. Não são pareceres reciprocamente excludentes. Ao contrário, verifica-se, não raro, a necessidade de ambos, com o fim de o jurídico verificar se exigências ou restrições de ordem técnica — que se apresentam como básicas na caracterização/especificação¹ do objeto, ou na indicação de métodos ou tecnologias de execução — não poderiam ser interpretadas como direcionadoras da contratação, com violação a princípios (isonomia, impessoalidade, competitividade, moralidade etc.).

4.1.12.1 Parecer jurídico

A contratação direta carece de prévia manifestação de órgão jurídico porque: (a) sendo a licitação, como é, a regra, e a dispensa ou inexigibilidade, a exceção, o parecer jurídico é relevante para atestar o cabimento da exceção, a necessariamente afastar a regra; (b) o processo administrativo de contratação direta não prescinde da observância de todos os atos que tornam a contratação



regular, especialmente quanto ao perfeito amoldamento do caso concreto à hipótese legal de exceção que se pretende invocar; (c) o embasamento ministrado pela assessoria jurídica íntegra, ao lado das razões de índole técnica, se houver, a própria motivação da decisão que autoriza a contratação direta; (d) o processo administrativo há de estar integralmente instruído antes de a autoridade autorizar a contratação sem licitação, incumbindo ao órgão de assessoramento jurídico certificar que assim se apresenta, inclusive quanto à minuta do instrumento de formalização do contrato.

(...)

4.2.3 Instrução processual simplificada (desnecessidade de justificativa, de ratificação pela autoridade superior, de publicação e de parecer técnico e/ou jurídico) A Lei nº 8.666/93, em seu art. 26, admite a desnecessidade da justificativa da contratação, da ratificação pela autoridade superior e da publicação na imprensa oficial na isolada hipótese de dispensa dos incs. I e II do art. 24, em função do reduzido valor do objeto da contratação.

No que tange ao parecer jurídico ou técnico (art. 38, inc. VI), o Tribunal de Contas da União não os apresenta no roteiro prático das etapas que devam ser observadas pela Administração, quando a contratação tem como fundamento os incs. I e II do art. 24.

Prescindível o parecer jurídico em razão da celeridade conferida a essas contratações, cujas características são a simplicidade do objeto, o reduzido valor, a racionalidade exigida para o procedimento e a utilização de instrumento contratual simplificado, como nota de empenho, autorização de serviços e outros equivalentes.

Em princípio, não se remeterá o processo à assessoria jurídica e/ou ao setor ou agente competente para elaboração de pareceres, jurídico e/ou técnico. O que não obsta que o administrador público prefira contar com tais subsídios jurídicos ou técnicos quando, em situações especiais, o objeto apresentar incomum dificuldade de configuração, nada obstante ser reduzido o seu valor estimado. (destaquei)

28. Informar-se existem Acórdãos do TCU proferidos por suas Câmaras, no sentido de que os processos de contratação direta devem ser submetidos à análise prévia da assessoria jurídica, como os colacionados nas Notas e Parecer aprovados pelo Consultor-Geral da União Substituto, porém não há como afirmar que tal entendimento seria extensível às contratações diretas de pequeno valor diante da ausência do relatório técnico e dos votos dos excelsos Ministros.

1.8. Determinações/Recomendações/Orientações: dar ciência à Secretaria Executiva do Ministério do Esporte que, conforme o item 5.1.1.2 do Relatório de Auditoria de Gestão 209309 da SFC/CGU, constatou-se que a unidade não providenciou a emissão de parecer jurídico previamente à realização de contratações diretas, o que está em desacordo com o disposto no art. 38, inciso IV (sic), da Lei nº 8.666/1993 (ACÓRDÃO Nº 373/2012 - TCU - 1ª Câmara).

1.6.1.35. abstenham-se de contratar, com fundamento no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, quando não estiver devidamente caracterizada a urgência na aquisição do objeto do contrato, e, nos casos de dispensa sob esse fundamento, faça constar nos processos as justificativas dos preços, conforme determina o inciso III do § único do art. 26 da Lei 8.666/93, anexando, ainda, os pareceres jurídicos emitidos sobre as dispensas, segundo preceitua o inciso VI do art. 38 da Lei 8.666/93 e a ratificação pela autoridade superior sobre a dispensa. (ACÓRDÃO Nº 1853/2012 - TCU - 2ª Câmara).

29. Verifica-se, assim, que tanto o Ministro Benjamin Zymler, como os doutrinadores



Marçal Justen Filho, Jacoby Fernandes e Jesse e Dotti, concluíram pela a facultatividade do parecer jurídico nas aquisições de pequeno valor, porém deve ser destacado que tal interpretação baseou-se apenas na Lei Geral de Licitações- LGL, não consideraram uma eventual influência da Lei Complementar nº 73/1993.

30. O principal fundamento da CGU/AGU pela tese da obrigatoriedade da manifestação jurídica nas aquisições de pequeno valor estaria no disposto no art. 11, VI, 'b', da LC nº 73/93, que prevê expressamente que cabe a Consultoria Jurídica a análise prévia dos atos que se vá reconhecer a inexigibilidade ou a dispensa de licitação. E que a interpretação literal do dispositivo legal acima citado seria a expressão da aplicabilidade do princípio da legalidade que imporia a necessidade de manifestação jurídica nas contratações de pequeno valor:

Parecer nº10/DECOR/CGU/AGU

(...)

16. O art. 11, VI, 'b', da Lei Complementar nº 73/93 é bastante claro ao enfatizar a obrigatoriedade de manifestação da consultoria jurídica também nos casos de dispensa de licitação. E sem fazer distinção de enquadramento legal da dispensa.

17. Na verdade, a redação do inciso VI do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93 parece destinada a evitar a interpretação literal que afaste, por qualquer razão, a manifestação jurídica nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

(...)

Nota nº15/2012/DECOR/CGU/CGU/AGU

(...)

17. No que se refere especificamente à atuação da CJUs, atente-se ao disposto na LC nº 73/93

Art. 11 - As Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

(...)

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade ou decidir a dispensa de licitação

(...)

19. Dessa forma, percebe-se que, ao exigir o exame das hipóteses de dispensa de licitação, a legislação não diferenciou o procedimento a ser adotado de acordo com o fundamento da dispensa.

20. Não o fazendo, e impondo expressamente a lei o exame pelos órgãos de assessoramento jurídico, entendemos não haver espaço para uma interpretação *contra legem* que exclua tais hipóteses de uma análise prévia pelas CJUs.

31. A i. parecerista da CGU/AGU utiliza como principal fundamento, além da interpretação teleológica e sistemática da Lei nº 8.666/1993, o art. 11, V e VI, 'b', da Lei Complementar nº 73, que segundo a mesma preveem a obrigatoriedade de manifestação jurídica prévia para os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa de licitação bem como, *"...assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica"*.

32. Considerando que Marçal Justen Filho, Ulysses Jacoby e o Ministro do TCU Benjamim Zymler entendem que o art. 38, VI da Lei nº 8.666/1993 estabelecerá uma



facultatividade quanto a apreciação pela assessoria jurídica nas contratações por dispensa de licitação, e colocando-se como contraponto o texto do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, estaríamos diante de uma aparente antinomia quanto a obrigatoriedade da manifestação jurídica nas contratações por dispensa de licitação.

33. Segundo o Parecer nº 10/DECOR/CGU/AGU, de 07/02/2012, aprovado pelo Exmo. Consultor-Geral da União Substituto em 27/04/2012, não haveria antinomia e que a interpretação mais adequada que se coaduna com a garantia do maior zelo com o patrimônio público, que privilegiaria o princípio da eficiência, seria a tese da obrigatoriedade de parecer jurídico prévio em todos os casos de dispensa de licitação:

(...)

18. Com efeito, não se vê antinomia entre a Lei Complementar nº 73/93 e a Lei nº 8.666/93. Ambas normas devem, sim, ser conjugadas a fim de garantir o maior grau de zelo pelo patrimônio público.

19. Outrossim, enxerga-se a atuação das consultorias jurídicas no caso como exercício pleno da atividade consultiva em homenagem ao insculpido no art. 131 da Constituição da República e no art. 11, V, da Lei Complementar.

20. Quanto ao princípio da eficiência, é imperioso ressaltar que a obrigatoriedade de parecer jurídico concretiza o verdadeiro sentido de tal princípio. E isso foi lucidamente proclamado na seguinte passagem do Despacho nº 1077/2010/EA/CONS/PGF/AGU:

19. Outrossim, aos que defendem que o trânsito pela assessoria jurídica obstará o princípio da eficiência, é de se lembrar que essa eficiência não é aquela não é aquela baseada na rapidez e no afogadilho, mas sim a que busca uma gestão eficiente (cautelosa e correta em todas as suas fases), sob pena do desfazimento posterior por ilegalidade, portanto, o fato de que, os autos tramitarem obrigatoriamente pela procuradoria não induzirá à impossibilidade de contratação direta. Antes, porém, propiciará o cumprimento, pelos administradores, dos princípios administrativos, sobretudo os da eficiência e da impessoalidade e ainda trará à lume a premente necessidade de planejamento sistemático das aquisições pela administração assessorada.

21. A tese no sentido da desnecessidade de manifestação jurídica sucumbe ao proclamar a obrigatoriedade necessidade de parecer jurídico nos casos de dispensa fundada nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93 em que haja instrumento de contrato.

22. Ora, havendo ou não instrumento de contrato a natureza jurídica da contratação direta será a mesma. Por que numa hipótese haveria obrigatoriedade de parecer e na outra não? Isso não faz sentido.

(...)

24. Assim, considerando a profunda análise desenvolvida, adere-se aos termos da mencionada nota no que diz respeito à obrigatoriedade de manifestação jurídica nos casos previstos no art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/93.

25. Diante do exposto, fundamentado no art. 11, V e VI, da Lei Complementar nº 73/93 e o seguindo o entendimento firmado no Despacho nº 1077/2010/EA/CONS/PGF/AGU, no Parecer nº 1636-4.2/2010/JD/CONJUR/MP e sobretudo, na Nota subscrita em 23/01/2012 pela ilustre Advogada da União Isabela Rossi Cortes Ferrari no Processo nº 00404.000368/2012-77, considera-se obrigatória a emissão de parecer jurídico nos casos de dispensa de licitação previstos nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

34. Em que pese a forma de solução proposta no Parecer acima citado, salvo melhor juízo, entendo que há necessidade de analisar-se a aplicabilidade do art. 11, V e VI, 'b', da Lei Complementar à luz dos princípios constitucionais administrativos e licitatórios, principalmente



no que se refere às aquisições de pequeno valor com fundamento no art. 24, I e II da Lei nº 8.666/93, bem como enquanto insere dentro do sistema jurídico pátrio.

35. Sabe-se que todos os princípios constitucionais guardam os mesmos valores, porém ocorrem situações em que um princípio se sobrepõe a outro e as regras que deles se derivam podem ter sua aplicação restringida, sendo que a verificação sobre qual princípio deve prevalecer sobre o outro, faz-se por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Admite-se a prevalência, na Constituição, de princípios colidentes. Ou seja, é natural que, em face de determinado caso concreto, mais de um princípio possa ser aplicado, e que os princípios implicados sejam contrários. Essa situação é resolvida por meio da aplicação do denominado "princípio da proporcionalidade", com cedência daquele princípio que não deve reger o caso concreto⁸.

(...)

...quando em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro, e as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas, e essas não se aplicarão a determinadas hipóteses, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico⁹.

36. BARROSO e BARCELLOS¹⁰ nos ensinam que para solucionar o conflito entre princípios deve-se valer da técnica da ponderação e que todo o processo deve valer-se do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

(...)

A ponderação consiste, portanto em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de norma de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens valores ou normas...(destaquei)

(...)

..nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade e razoabilidade...(destaquei)

37. Cabe trazer, ainda, alguns ensinamentos contidos na obra de MORAES¹¹ sobre a

⁸ TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In LEITE, George Salomão(Org.). Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição. Malheiros Editores Ltda : São Paulo-SP. p. 27

⁹ Apud Ruy Samuel Espindola in TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In LEITE, George Salomão(Org.). Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição. Malheiros Editores Ltda : São Paulo- SP. p. 36

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. In LEITE, George Salomão(Org.). Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição. Malheiros Editores Ltda.: São Paulo. p.116 e 118.

¹¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional – 23.ed. – São Paulo: Atlas, 2008. p.15/16



interpretação constitucional e sua aplicabilidade:

Canotilho enumera diversos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais:

(...)

- *da máxima efetividade ou da eficiência*: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda;
(...)
- *da concordância prática ou da harmonização*: exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros;
- *da força normativa da constituição*: entre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das norma constitucionais.

(...)

Esses princípios são perfeitamente completados por algumas regras propostas por Jorge Miranda:

- a contradição dos princípios deve ser superada, ou por meio da redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, ou, em alguns casos, mediante a preferência ou a prioridade de certos princípios.

(...)

38. Considerando que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são saudados pela doutrina como os que devam ser considerados para a escolha da preponderância de um princípio sobre outro, cabe trazer alguns apontamentos doutrinários.

39. Para José dos Santos Carvalho Filho¹², o princípio da razoabilidade nasceu com perfil hermenêutico, voltado primeiramente para a lógica e a interpretação jurídica e passou a ser adotado para a ponderação de outros princípios, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao balanceamento de valores, como a segurança, a justiça, a liberdade etc. E ainda que o princípio da proporcionalidade baseia em três fundamentos: a) que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; b) que a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa menor prejuízo possível aos indivíduos; c) que as vantagens a serem conquistadas devem superar as desvantagens.

40. Para Barroso¹³, o princípio da razoabilidade serve de parâmetro para valorar se os atos do poder público estão imbuídos pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico, a justiça. Sabe-se que a atuação do Estado na produção e normas jurídicas faz-se diante de certas circunstâncias concretas, para a realização de determinados fins a serem atingidas por determinados meios.

41. Ainda segundo Barroso¹⁴, dever-se-ia avaliar primeiramente a existência da razoabilidade interna e após a externa da norma. A razoabilidade interna consistiria em verificar a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. E a externa seria verificar a adequação aos meios e fins preconizados pela Constituição. Se a lei contravir a

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19ª ed, Ed. Lumen Juris, RJ, 2008. pp. 31-33

¹³ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – São Paulo : Saraiva, 1996 p. 204

¹⁴ Cit. Interpretação..p.p. 206-207



valores expressos ou implícitos na Carta Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente.

42. Como nas manifestações sob análise ressaltaram a violação ou prestígio de alguns princípios, entendemos pertinente, colacionarmos a doutrina de alguns juristas sobre os princípios citados na manifestações jurídicas em conflito a fim de fundamentar nosso entendimento.

43. Quanto ao princípio da moralidade administrativa, em que pese possuir um conceito jurídico indeterminado, sem conteúdo jurídico preciso, o mesmo não deve ser confundido com a moralidade comum, pois aquele é mais amplo¹⁵ que esse. Nesse sentido o administrador além de não contrariar o senso comum de honestidade, justiça, boa-fé, deve atuar no interesse público, observando os princípios éticos de razoabilidade e justiça e em estrita conformidade com a lei.

Como ressalta Hely Lopes Meirelles¹⁶,
“não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o ‘conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’”.

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Prieto¹⁷ que

“ não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre as os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais porém inúteis, como propaganda, mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas desse tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade.”

44. Como visto acima, o princípio da moralidade administrativa pressupõe que devam ser considerados se ação legalmente prevista coaduna-se com os benefícios que advirão dessa atuação. Questiona-se, portanto, se os benefícios que a sociedade obterá justificariam a atuação da assessoria jurídica nas contratações de pequeno valor. Os que defendem a necessidade têm como principal argumento, que o assessoramento jurídico poderia auxiliar para evitar a ocorrência do fracionamento das contratações, pois as mesmas visam burlar a necessidade da realização do procedimento licitatório e por consequência violaria o princípio da isonomia. Porém, a verificação prévia da ocorrência de fracionamento é difícil para quem presta o assessoramento jurídico, pois a área jurídica não dispõe de mecanismos de controle de todas as compras realizadas e as que, ainda, poderão advir. Como se verá adiante o benefício/custo da

¹⁵ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. Vol. I, Salvador : jusPODIVM, 2005. p. 38

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, Apud. MORAES, Alexandre. Princípios..Op. cit. p. 85

¹⁷ DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991. p.111. apud MORAES, Alexandre. Princípios..Op. cit. p. 85



atuação da Advocacia-Geral da União é uma questão que deve ser sopesada pela Administração, questão essa que deixa ser jurídica, e sim econômica, mas que encontra-se dentro da esfera de aplicação do princípio da moralidade pública e da preservação do interesse público.

45. O princípio da eficiência é outro princípio que, também está intimamente relacionado com questões econômicas, pois em seu conceito esta embutido a ideia de obter-se o maior benefício com o menor custo. Esse é o entendimento de José Afonso da Silva¹⁸:

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa ideia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.

46. Como tanto o princípio da moralidade administrativa e como o da eficiência estão relacionados com uma visão econômica, mostra-se adequado trazer informação da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação sobre as compras realizadas aos órgãos do SIASG, órgãos estes que contam com a assessoria jurídica prestada pela AGU.

47. As informações trazidas nas tabelas referem-se a contratações realizadas nos anos de 2009 a junho de 2013, na Tabela 1 constam o total contratado em valores monetários e em quantidade de contratações, bem como de serviços até R\$ 8.000,00 e obras entre R\$ 8.000,00 até R\$ 15.000,00, devendo ser observado que nos serviços até R\$ 8.000,00 estão incluídas obras.

48. A Tabela 2 contém em dados percentuais, o quantitativo de contratos de serviços e obras de pequeno valor e os seus respectivos percentuais de gasto financeiro.

49. Verifica-se que de 2009 a 2012 as contratações de obra e serviços de pequeno valor representaram na média de 41% das contratações realizadas, porém em termos financeiro representam menos de 6% dos recursos financeiros dispendidos pelos órgãos vinculados ao SIASG.

50. Salvo melhor juízo, o entendimento aprovado pelo Consultor-Geral da União Substituto, sobre a obrigatoriedade da manifestação jurídica nas aquisições de pequeno valor não prestigia o princípio da eficiência se considerarmos os dados fornecidos pela SLTI-MP, pois asseverou-se as consultorias jurídicas com um quantitativo enorme de processos que possuem baixo impacto financeiro e que provavelmente suscitaram poucas dúvidas jurídicas aos administradores; e, em razão disso, podem ter prejudicado a análise de processos que necessitariam de uma maior atenção e cuidado, eis que os demais representaram cerca de 60% das contratações, porém totalizaram mais de 90% do gastos referentes às aquisições realizadas pelos órgãos vinculados ao SIASG.

¹⁸ DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo – São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2007 p. 671



Nota Técnica: Os dados abaixo referem-se às compras públicas de serviços e obras de baixo valor. Essas informações levaram em conta todas as aquisições independentemente da modalidade de contratação (pregão eletrônico, convite, dispensa de licitação, tomada de preços etc.).

Para o computo dessas informações, foram considerados como **serviços de baixo valor até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) todos aqueles que atendiam a esse critério, inclusive, obras**. Por outro lado, foram considerados como **serviços de baixo valor até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), apenas as obras que atendiam a esse critério**.

É necessário informar que o valor de compra foi corrigido pelo Índice de Preços ao Consumidor Dessazonalizado (IPCA) com base no ano de 2012.

Tabela 1 – Compras públicas: total contratado x total de serviços e obras de baixo valor

| Ano | Total das Compras | | Serviços Até R\$ 8.000,00 | | Obras Até R\$ 15.000,00 | |
|-------------------|-------------------|-------------------|---------------------------|------------------|-------------------------|----------------|
| | Quantidade | Valor | Quantidade | Valor | Quantidade | Valor |
| 2009 | 290.701 | 56.065.028.047,08 | 116.937 | 1.674.786.333,60 | 1.809 | 436.426.257,90 |
| 2010 | 265.409 | 63.413.456.121,54 | 110.342 | 2.322.609.650,00 | 1.526 | 352.623.664,50 |
| 2011 | 241.673 | 51.784.767.104,03 | 97.664 | 2.612.852.700,51 | 1.230 | 358.997.559,92 |
| 2012 | 231.802 | 72.619.044.094,83 | 91.623 | 3.717.399.069,25 | 1.042 | 557.214.940,10 |
| 2013 ¹ | 92.724 | 25.525.732.009,16 | 41.154 | 2.010.487.022,38 | 363 | 163.427.556,46 |

¹ Janeiro a junho.
Fonte: DW-Siasg.
Elaboração: SLTI/MP.

Tabela 2 – Participação das compras públicas de serviços e obras de baixo valor no total contratado

| Ano | Serviços Até R\$ 8.000,00 | | Obras Até R\$ 15.000,00 | |
|-------------------|---------------------------|-------|-------------------------|-------|
| | Quantidade | Valor | Quantidade | Valor |
| 2009 | 40,2% | 3,0% | 0,6% | 0,8% |
| 2010 | 41,6% | 3,7% | 0,6% | 0,6% |
| 2011 | 40,4% | 5,0% | 0,5% | 0,7% |
| 2012 | 39,5% | 5,1% | 0,4% | 0,8% |
| 2013 ¹ | 44,4% | 7,9% | 0,4% | 0,6% |

¹ Janeiro a junho.
Fonte: DW-Siasg.
Elaboração: SLTI/MP.

51. Acrescente-se a isso o fato que as aquisições de bens de pequeno valor com fundamento no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666/93 pelos órgãos vinculados ao SIASG fazem ou deveriam fazê-lo por meio do Sistema de Cotação Eletrônica de Preços¹⁹. Só a título de informação deve ser ressaltado que tal sistema guarda muitas semelhanças com o Pregão eletrônico.

52. Como a interpretação do princípio legalidade é o que teve maior destaque nas manifestações jurídicas sob análise, passa-se a tratar do mesmo. Para ALEXANDRE DE MORAES²⁰, o princípio constitucional administrativo da legalidade informa-nos que ao Administrador somente poderá fazer aquilo que estiver expressamente autorizado pela Lei, atuando com a finalidade imposta pela lei, porém o mesmo destaca a existência de uma certa margem de atuação em razão do poder discricionário.

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba.

Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executar o direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à **finalidade imposta pela lei**, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.

Ressalte-se porém, como salienta Jean Rivero, que “se as exigências da legalidade se estendessem a todos os elementos da atividade administrativa, esta seria puramente passiva: o papel da Administração reduzir-se-ia à elaboração mecânica dos actos particulares impostos pela norma geral: toda a liberdade de apreciação, toda a iniciativa lhe estariam proibidas. Na

¹⁹ Portaria nº 306 do Ministério do Planejamento e Orçamento.

²⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo – 4. Ed. – São Paulo : Atlas, 2007, pp.93-94



realidade não é assim: a submissão da Administração ao direito deixa de subsistir a seu favor uma zona de liberdade: é o poder discricionário”(destaquei)

Massimo Severo Gianini, igualmente, destaca essa nova concepção contemporânea do princípio da legalidade, em face da existência do poder discricionário do administrador. (destaquei)

53. Nesse mesmo sentido manifesta-se FURTADO²¹.

A visão tradicional do princípio da legalidade administrativa é no sentido de que a Administração Pública não pode praticar qualquer ato ou exercer qualquer atividade, salvo se lei houver expressamente autorizado a prática desse ato ou o desempenho da atividade.

Em nosso Curso de direito administrativo defendemos nova concepção da legalidade administrativa.

(...)

O princípio da legalidade não pode, entretanto, ser confundido com interpretação rigorosa literal de preceitos consignados na legislação que rege a matéria de licitações e contratos, visto poder ocasionar o formalismo exagerado e, assim, prejudicar o processamento de certames e das contratações públicas...

54. À luz da doutrina reproduzida acima, qual seria a interpretação mais adequada ao interpretar-se o disposto no inciso VI do art. 38 da Lei nº 8.666/93, que daria a faculdade ao Administrador de escolher entre o parecer técnico ou jurídico nas aquisições por dispensa de licitação de pequeno valor ou pela obrigatoriedade da manifestação jurídica, eis que os incisos V e VI, “b” do art. 11²² da Lei Complementar nº 73/93 estabelece essa obrigação?

55. O cumprimento da determinação contida incisos V e VI, “b”, do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93, é vero, respalda a atuação do administrador público, pois voltada ao atendimento da legalidade estrita. Ocorre que o Direito Administrativo pós-moderno não se ocupa tão-somente com este princípio. Outros (princípios) podem incidir sobre a situação fática posta ao gestor público. No presente caso concreto, nada obstante a determinação legal posta na Lei Complementar, a atrair o princípio da legalidade, vê-se que no ato que dispensa a análise jurídica da contratação direta em razão do pequeno valor, produzem-se outros, da mesma ordem de grandeza, tais como os princípios da celeridade processual, economicidade e eficiência. Sobressai-se, pois, a aplicação do princípio da juridicidade.

56. PEREIRA JUNIOR e DOTTI²³ prelecionam sobre o tema:
Os agentes participantes dos processos licitatórios ou daqueles de que resulte

²¹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. Belo Horizonte : Fórum, 2007. p.p 34-35

²² Art. 11 - As Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

(...)

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

(...)

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

²³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelato. Apontamentos sobre a integração do RDC ao macrosistema constitucional e ao sistema geral das licitações públicas pela via dos princípios. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, p. 31-39, ago. 2013.

contratação direta não podem conceder ou suprimir direitos, criar obrigações ou impor vedações incompatíveis com a ordem jurídica. Avança-se, no direito administrativo contemporâneo, da legalidade estrita para a juridicidade, entendida esta como a vinculação da Administração não apenas à lei formal, “mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à ‘lei e ao Direito’, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo” (Aragão, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. RDA, Rio de Janeiro: Renovar, nº 236, p. 63, abr.-jun. 2004).

O amplo quadro normativo da juridicidade, em que os princípios são também normas jurídicas cogentes, cujo descumprimento sujeita o infrator a sanções, almeja habilitar os agentes públicos a saber o que devem ou o que podem fazer (discricionariedade), à vista dos efeitos e consequências imputáveis a seus atos em face das normas jurídicas, que abrangem tanto princípios quanto regras positivadas. Tal quadro proporciona gestão que é técnica e com elevado teor de previsibilidade, sob avaliação por sistema de controles interno e externo, como definido no art. 74 da Constituição da República.

57.

No mesmo sentido, Rafael Maffini²⁴:

“Especialmente após a vigência da Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudência vêm convergindo num sentido mais amplo da noção de legalidade administrativa enquanto primazia da lei e do Direito. Ocorre que, antes da Constituição de 1988, a compreensão mais usual andava no sentido de que o único vetor da validade da atividade de Administração Pública era a estrita legalidade (ou legalidade stricto sensu), ou seja, tinha-se uma noção meramente formal da validade da ação administrativa, no sentido de que bastaria esta seguir formalmente o texto literal da lei, para que se concluísse pela sua validade. Nos dias de hoje, tem-se por correta uma noção mais abrangente do que seja a legalidade administrativa (aqui legalidade lato sensu). Não se está a defender, por óbvio, a desimportância da legalidade estritamente considerada, mas não se mostra adequado considera-la o único elemento componente da validade da ação administrativa. Como já decidiu inúmeras vezes o STF (ex. RMS 24.699), exige-se mais do que isso, no sentido de que, para a validade da ação administrativa, não basta que seja formalmente compatível com a lei; é também necessário que esteja substancialmente em consonância com toda a princiologia do Direito Administrativo.”

58.

A atividade administrativa possui suas peculiaridades e a eficiência deve adequar-se a elas. Desdobra-se o princípio da eficiência em outros sub-princípios: 1) o da universalidade dos resultados em prol do interesse público; 2) o da produtividade, fundado na economia de recursos e na necessidade de uma Administração Pública racional, que organiza seus escassos recursos; 3) o da economicidade, baseado na otimização de recursos humanos e materiais; 4) o da qualidade, cujo fundamento é a otimização dos resultados; 5) os da celeridade e da presteza,

²⁴ MAFFINI, Rafael. Direito Administrativo. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43



que visam a evitar o mau atendimento e a demora nos processos e procedimentos administrativos; 6) o da continuidade ou não-interrupção na prestação do serviço público; e 7) o da desburocratização, que conduz: a) ao abandono de procedimentos administrativos demasiadamente longos e lentos, que não possibilitam a obtenção de decisões céleres e b) ao afastamento de estruturas desnecessariamente complexas na organização da infraestrutura da Administração Pública.

59. Advém do Decreto-Lei nº 200/67 a diretriz de que em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle.

60. A dispensa de análise jurídica do processo da contratação de direta em razão do valor, que em geral é instruído com atos e documentos administrativos revestidos de habitual singeleza, produz a otimização e racionalização das atividades administrativas, como preconizado no vetusto diploma.

61. A celeridade processual, alçada a princípio constitucional por força do disposto no art. 5º, LXXVIII (“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”), resulta alcançada quando se dispensa a assessoria jurídica da tarefa de simplesmente analisar e conferir a formalização de atos administrativos integrantes do processo.

62. Sublinhe-se que nas contratações diretas compete à assessoria jurídica analisar a subsunção fática à norma de exceção posta na lei. Alcançando o valor da contratação as cifras postas nos incisos I e II do art. 24, da Lei nº 8.666/93, respectivamente, R\$ 15.000,00 e R\$ 8.000,00, não subsistirá questão jurídica substancial a que deva ser objeto de apreciação pelo órgão jurídico. Os atos e documentos que instruem o processo (pesquisa de preços, existência de impedimento nos sistemas de registro de sanções, certidões de regularidade fiscal da futura contratada, etc.), de cunho administrativo, são da incumbência e conferência pelos agentes responsáveis pela instrução do processo.

63. Não se está a dizer que esses processos jamais serão encaminhados ao órgão jurídico. Eventual questão **jurídica** que se sobressaia, pondo em dúvida o modo de atuação do gestor, deve, sim, ser submetida a ele, para análise e emissão de manifestação técnica, porém de caráter não vinculativo.

64. A economicidade é dos mais prestigiosos cânones do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, ao que se extrai de seu art. 14: “O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”.

65. A economicidade ganha galas constitucionais ao ser incluída entre os elementos que devem ser objeto do controle externo da gestão pública, que o art. 70, *caput*, da Constituição Federal de 1988 atribui ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

66. Vê-se, pois, que nada obstante a determinação contida nos incisos V e VI, “b”, do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93 (legalidade estrita), não se mostra adequado considerá-la como absoluta na validade da atuação administrativa. Outros princípios da ordem jurídica



sobressaem-se quando se dispensa a remessa de processos de contratação direta baseados no pequeno valor, puramente formais, a exame da assessoria jurídica, legitimando-se a formulação da aplicação do princípio da juridicidade.

67. Além do que, deve ser destacado que a competência da Advocacia-Geral da União, prevista constitucionalmente, é a de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo da União, ou seja; traz regramento estabelecendo a quem cabe auxiliar, assessorar o Poder Executivo Federal. E é sob essa óptica que a Lei Complementar deve ter seus artigos interpretados.

68. Em que pese não considerarmos, pelas razões expostas acima, que há incompatibilidade entre as normas, entende-se cabível, reproduzir os ensinamentos de MAXIMILIANO²⁵ sobre técnicas de hermenêutica a serem observadas para a solução de aparente antinomia quando os regramentos colidentes fossem considerados irreconciliáveis:

140 – Não se presumem antinomias ou incompatibilidades nos repositórios jurídicos; se alguém alega a existência de disposições inconciliáveis, deve demonstrá-la até a evidência.

(...)

141- Inspire-se o intérprete em alguns preceitos diretores, formulados pela doutrina:

a) Tome como ponto de partida o fato de não ser lícito aplicar uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi feita.

Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular tem a supremacia. Preferem-se as disposições que se relacionam mais direta e especialmente com o assunto de que se trata(2): *In totó jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* – “e, toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie”(3).

b) Verifique se os dois trechos se não referem a hipóteses diferentes, espécies diversas. Cessa, nesse caso, o conflito; porque tem “cada um a sua esfera de ação especial, distinta, cujos limites o aplicador arguto fixará precisamente(4).

c) Apure o intérprete se é possível considerar um texto como afirmador de princípio, regra geral; o outro, como dispositivo de exceção; o que estritamente não cabe neste, deixa-se para a esfera de domínio daquele(5).

d) Procure-se encarar as duas expressões de Direito como partes de um só todo, destinadas a complementarem-se mutuamente; de sorte que a generalidade aparente de uma seja restringida e precisada pela outra(6).

e) Se uma disposição é secundária ou acessória e incompatível com a principal, prevalece a última(7).

f) Prefere-se o trecho mais claro, lógico, verossímil, de maior utilidade prática e mais em harmonia com a lei em conjunto, os usos, o sistema do Direito vigente e as condições normais de coexistência humana. Sem embargo da diferença de data, origem escopo, deve a legislação de um Estado ser considerada como um todo orgânico, exequível, útil, ligado por uma correlação natural (8).

g) Prevalece, nos casos de antinomia evidente, a Constituição Federal sobre a estadual, e esta contra o Estatuto orgânico do município; a lei básica sobre a ânua e ordinária, ambas por sua vez, superiores a regulamentos, instruções e avisos; o Direito escrito sobre o

²⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito* – Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.110 – 111.

consuetudinário.

h) Se nenhum dos setes preceitos expostos resolve a incompatibilidade, e são os dois textos da mesma data e procedência, da antinomia resulta a eliminação recíproca de ambos: nenhum deles se aplica ao objeto a que se referem(9). Se têm um e outro igual autoridade, porém não surgiram ao mesmo tempo, cumpre verificar, de acordo com as regras adiante expostas, se não se trata de um caso de *ab-rogação tácita* de expressões de Direito.

69. Sobre o regramento acima proposto seria cabível tecer os seguintes comentários, porém consideramos desnecessário aprofundarmos no tema pois, não em nosso sentir e pelo que foi exposto, os regramentos não são irreconciliáveis:

a) Como ambas as leis derivam de comandos constitucionais e, em que pese a Lei Geral de Licitações ser uma lei ordinária e a que estabelece as atribuições da Advocacia-Geral da União ser uma lei complementar, já está pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, que não há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, portanto como não há hierarquia entre as normas a *quaestio iuris* restaria pendente;

b) se fossemos nos valer do critério temporal, verifica-se que a Lei Complementar nº 73 é de 10 de fevereiro de 1993, e a Lei nº 8.666 é de 21 de junho de 1993. Portanto na eventualidade de aplicação do critério temporal, em se tratando de matéria que pudesse ser veiculada por lei ordinária e estivesse contemplado na Lei Complementar nº 73/93, s.m.j.; o disposto na Lei nº 8.666/93 prevaleceria. A título de informação destaque-se que ocorreram diversas alterações na Lei Geral de Licitações, como por exemplo, o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666 teve sua redação alterada em 08/06/1994 que poderia ter alterado o rol dos documentos que devem obrigatoriamente ser apreciados pela assessoria jurídica.

Art. 38...

~~Parágrafo único. As minutas dos editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas pelo órgão de assessoria jurídica da unidade responsável pela licitação.~~

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.
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

c) Quanto ao critério da especialidade, como o tema em questão refere-se a licitações, a Lei nº 8.666, de 1993, seria especial em relação a Lei Complementar nº 73, de 1993.

70. E finalmente, caso mantenha-se o entendimento pela a obrigatoriedade de manifestação jurídica nas dispensas de pequeno valor com fundamento no disposto na Lei



Complementar nº 73, de 1993, esta exigência valerá apenas ao Poder Executivo Federal, pois os outros poderes da União não se submetem ao regramento previsto na Lei Complementar, o que não demonstra ser a interpretação mais adequada, razoável, do dispositivo da Lei Geral de Licitações portanto, sugerimos a revisão do entendimento vigente no âmbito da Consultoria-Geral da União.

71. Como o entendimento pela obrigação da manifestação jurídica nas aquisições de pequeno valor com fundamento no art. 24, I e II, também é o vigente no âmbito da Procuradoria-Geral Federal²⁶, caso seja adotado o entendimento deste subscritor, o tema deve ser uniformizado no âmbito de toda a Advocacia Pública Federal.

72. Diante do exposto, s.m.j., concluiu-se que:

- a) deverá ser revisto o entendimento desta Consultoria-Geral da União que manifestou-se pela obrigatoriedade do parecer jurídico nas aquisições de pequeno valor com fundamento no art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93 independentemente de a contratação estar acompanhada de minuta de contrato ou de eventual dúvida suscitada pelo administrador à assessoria jurídica;
- b) tal entendimento deve ser uniforme a todos os órgãos da Advocacia Pública Federal, sugerindo-se que o presente parecer seja submetido à aprovação do Advogado-Geral da União ou seja editada orientação normativa nos seguintes termos: *“Somente é obrigatória a manifestação jurídica nas contratações de pequeno valor com fundamento no art. 24, I e II da Lei nº 8.666, de 1993, quando houver minuta de contrato ou haja, o administrador, suscitado dúvida jurídica sobre tal contratação”*; e
- c) caso o entendimento exarado na presente manifestação seja aprovado, sugere-se que todos os órgãos consultivos da Advocacia Pública Federal sejam informados de seu teor, para que procedam de maneira uniforme em relação ao tema tratado.

73. E por fim, devolvam-se os presentes autos ao DECOR para as providências que entender cabíveis.

A Consideração Superior

Brasília, 1º de novembro de 2013.

Juliano César Oba
Advogado da União
Coordenador DEAEX/CGU/AGU

²⁶ Despacho nº 1077/2010/EA/CONSU/PGF/AGU” “9. Sem muitas divagações, o órgão de assessoramento jurídico da PGF, em tema de licitações e contratos, deve examinar prévia e conclusivamente todos os atos administrativos em que se vá reconhecer a inexistência ou decidir a dispensa de licitação.”



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
Departamento de Assuntos Extrajudiciais

Despacho do Diretor nº 132/2013

PROCESSO Nº 00400.010069/2012-81

INTERESSADOS: Consultorias Jurídicas da União nos Estados do Rio de Janeiro e Minas Gerais

ASSUNTO: Desnecessidade de manifestação jurídica em processos que tratem de dispensa de licitação com fulcro nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.

Exmo. Sr. Consultor-Geral da União,

Manifesto-me de acordo com os termos do Parecer nº 001/2013/DEAEX/CGU/AGU - JCO.

A matéria tratada nos autos é relacionada com a obrigatoriedade ou não de manifestação jurídica nos processos conduzidos pela Administração Pública que estejam enquadrados nas hipóteses de dispensa de licitação previstas nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, os quais trazem a seguinte redação:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior¹, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior² e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Conforme consignado no referido Parecer, a Lei nº 8.666, de 1993, não exige manifestação jurídica nas hipóteses previstas no art. 24, incisos I e II,

¹ O referido percentual corresponde a obras e serviços orçados em até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

² O referido percentual corresponde a outros serviços e compras orçados em até R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

para que seja atendido o princípio da legalidade, uma vez que, conforme prevê o parágrafo único do art. 38 do referido diploma legal, a manifestação jurídica é exigida no procedimento licitatório tão somente quando existirem minutas de editais de licitação e dos contratos.

Em regra, todos os processos enquadrados nas hipóteses dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, não possuem minuta de edital – pois o procedimento licitatório será dispensado – e, raramente, haverá uma minuta de contrato – ordinariamente na hipótese da contratação de uma pequena reforma.

Em havendo minuta de contrato, a manifestação jurídica torna-se indispensável, com vistas a atender o comando do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993, caso contrário, não existindo qualquer minuta contratual, a legislação não exige a manifestação jurídica para o aperfeiçoamento do ato.

Deve-se mencionar que existe entendimento diverso do ora defendido, no sentido de que a manifestação jurídica, mesmo nas hipóteses abarcadas pelos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, seria obrigatória.

Tal entendimento arraiga-se, principalmente, na previsão constante do art. 11, V e VI, "b", da Lei Complementar nº 73, de 1993, vazada nos seguintes termos:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

[...]

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

[...]

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Em que pese a literalidade do texto expresso no dispositivo normativo acima colacionado, entende-se que uma interpretação literal do mesmo violaria princípios que são caros para Administração Pública, dentre eles os da razoabilidade, proporcionalidade, economicidade e finalidade, os quais serão minimamente abordados a seguir.

Inexoravelmente, a Administração Pública ao gerenciar os processos e procedimentos públicos deve buscar o melhor aproveitamento de suas estruturas buscando sempre tutelar o interesse público em suas ações e opções.

Tal atuação deve pautar-se pelo princípio da razoabilidade, o qual é definido por Antonio José Calhau de Resende da seguinte forma:

A razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, elástico e variável no tempo e no espaço. Consiste em agir com bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a

2


relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato.³

Constata-se, assim, que a Administração Pública, no exercício de suas funções, deve pautar-se pela razoabilidade de seus atos a fim de legitimar as suas condutas, fazendo com que o princípio seja empregado como vetor para justificar a emanção e o grau de intervenção administrativa imposto, como bem assevera José Roberto Oliveira Pimenta⁴.

Nesse sentido, a Administração Pública deverá adotar, então, a melhor medida para o atendimento da finalidade pública⁵.

Outro princípio a ser observado na atuação da Administração Pública é o da proporcionalidade que, segundo Dirley da Cunha Júnior,

[...] é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais.⁶

Com base nesse princípio, entende-se que a Administração Pública deve se valer de atos que sejam efetivamente necessários para a condução de suas ações.

Ainda sob o prisma da proporcionalidade, é possível identificar o subprincípio da adequação ou da utilidade dos atos públicos.

Tal subprincípio traz uma regra de conformação entre o fim pretendido pela Administração Pública e os meios por ela utilizados para atingir seus objetivos. Fere o bom senso conceber que a Administração Pública possa utilizar meios ou tomar decisões que se mostrem completamente inúteis a ponto de sequer alcançar os fins para os quais se destinam.

Necessário, ainda, observar o princípio da economicidade que, em síntese, almeja nortear a atuação da Administração Pública com o objetivo de que a promoção de resultados esperados ocorra com o menor custo possível.

A Fundação Getúlio Vargas — SP concluiu que a "*economicidade tem a ver com avaliação das decisões públicas, sob o prisma da análise de seus custos e benefícios para a sociedade, ou comunidade a que se refere.*"⁷

Por sua vez, a administrativista Maria Sylvia Z. Di Pietro consagra a tese de que o controle da economicidade, assim como o da legitimidade, envolve "*questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa*

³ Antonio José Calhau Resende *in* O princípio da Razoabilidade dos Atos do Poder Público. Revista do Legislativo. Abril, 2009.

⁴ José Roberto Pimenta Oliveira *in* Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo. Malheiros Editores, 2006.

⁵ Antonio José Calhau Resende, ob. cit.

⁶ Dirley da Cunha Júnior *in* Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. Podium, 2009.

⁷ Fundação opina sobre conceitos de economicidade e operacionalidade, revista do TCE/MT, nº 10, ago/1989.

3

*pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-benefício."*⁸



Por fim, a Administração Pública deve agir em obediência ao princípio da finalidade.

Segundo o princípio da finalidade, a norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige.

Deve-se ressaltar que o que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade a que se destina.

A partir da norma é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição.

Dessa forma, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração.

É preciso examinar à luz das circunstâncias do caso concreto se o ato em exame atendeu ou concorreu para o atendimento do específico interesse público almejado pela previsão normativa genérica.

Deve haver, portanto, na atuação da Administração Pública, enquanto gestora, adequação ou proporcionalidade entre o motivo e a finalidade dos procedimentos adotados, sob pena do processo administrativo ser objeto de inconsistências e de requisitos meramente burocráticos sem nenhum ganho evidente para o resguardo do interesse público.

Nesse sentido, corroborando as conclusões meritórias externadas no Parecer nº 001/2013/DEAEX/CGU/AGU – JCO, entende-se que exigir a obrigatoriedade de manifestação jurídica em processos abrangidos pelas hipóteses dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, ofende os princípios, suso mencionados, norteadores da Administração Pública, uma vez que a atuação do Advogado público será meramente burocrática (apenas conferirá se os valores da contratação enquadram-se no permissivo legal) não agregando nenhum valor laboral meritório ao processo.

De todo o exposto, e com o objetivo de trazer maior segurança jurídica ao processo, sugere-se que seja levada, ao crivo do Exmo. Advogado-Geral da União, a proposta de edição de Orientação Normativa vazada nos seguintes termos:

"Somente é obrigatória a manifestação jurídica nas contratações de pequeno valor com fundamento no art. 24, I ou II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quando houver minuta de contrato não padronizada ou haja, o administrador, suscitado dúvida jurídica sobre tal contratação."

Essas as considerações julgadas pertinentes aptas a subsidiar a análise de V. Exa. a respeito do tema.



Brasília, 7 de novembro de 2013.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Rafaelo Abritta".

Rafaelo Abritta
Diretor

Departamento de Assuntos Extrajudiciais