

Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco

Boletim Informativo da Procuradoria Consultiva

Número 07/2017 — Julho de 2017

Conteúdo

- Orientações da Procuradoria Consultiva
- Atualizações Legislativas

1. Possibilidade de a Administração firmar contrato de locação de imóvel sob medida

O art. 54-A da Lei nº 8.245/91, incluído pela Lei nº 12.744/2012, dispõe que, *"na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo (...)"*.

Trata-se da chamada locação sob medida (*built to suit*), instituto concebido nos Estados Unidos por investidores dos setores industrial e de serviços, os quais, para evitar a imobilização de recursos com a aquisição de imóveis-sede, passaram a contratar terceiros que, em troca de um contrato de locação de longo prazo, concordassem em construir/reformar imóveis próprios com as especificações ditadas pelo futuro locatário, sendo os custos dos investimentos do locador amortizados durante o curso da locação, diluídos no valor dos alugueis (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes; Zênite, Doutrina 137-/276/FEV/2017).

Por força do disposto no inciso I do §3º do art. 62 da Lei nº 8-.666/93, que elenca a locação em que o Poder Público seja locatário no rol dos contratos regidos predominantemente por normas de direito privado, é plenamente possível a utilização dos contratos *built to suit* pela Administração, desde que, comprovadamente, seja a melhor forma de atendimento a uma dada necessidade pública. Não obstante a possibilidade jurídica dessa forma de contratação pelo poder público, deve o gestor adotar todas as cautelas necessárias à salvaguarda do erário e ao cumprimento dos princípios reitores da atividade administrativa, especialmente:

1)Demonstrar a efetiva necessidade do novo imóvel, comprovando: a) que o imóvel porventura em uso não mais atende aos interesses da Administração e que não comporta readequação; b) a inexistência de imóveis disponíveis no âmbito da Administração que atendam às necessidades da atividade a ser desenvolvida;

2) Comprovar, lastreado em estudos técnicos, que a contratação da locação conjuntamente com a execução indireta de obra/reforma é a alternativa mais vantajosa para a Administração, comparativamente a outras soluções, tais como a obtenção de cessão junto a outros entes, desapropriação, compra, locação convencional de imóvel pronto etc.;

3) Realizar licitação, admitida, excepcionalmente, sua dispensa, se preenchidos os requisitos do inciso X do art. 24 da Lei 8.666/1993 (Boletim PGE nº 01/2015), notadamente a prova de que as necessidades de instalação e de localização condicionam a escolha de determinado imóvel e que o preço da locação se mostra compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia, devendo o terreno onde será construído o imóvel ser de propriedade do futuro locador (Acórdão TCU 1301/2013);

4) Considerando a impossibilidade de contratação direta quando mais de um imóvel atender aos interesses da Administração, deve ser publicado "aviso de intenção de contratar", indicando os requisitos de instalação e localização do imóvel necessários ao atendimento da necessidade administrativa (Boletim PGE 02/2017).

Por fim, em virtude da liminar deferida pelo STF no Mandado de Segurança nº 33.889/DF, suspendendo a eficácia dos arts. 1º, IX, e 47-A, da Lei nº 12.462/2011, incluídos pela Lei nº 13.190/2015, não é possível, no momento, a utilização do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) para firmar contratos de locação sob medida, o que, por si só, não impede a contratação dessa modalidade de locação utilizando-se do rito geral da Lei nº 8.666/93.

Precedentes: Parecer PGE nº 0484/2017; Acórdão TCU 1301/2013 –Plenário.

2. Descentralização de créditos orçamentários: necessidade de cumprimento da LOA/LDO do exercício e respectivas normas de operacionalização

A descentralização de créditos orçamentários consiste no *"regime de execução da despesa orçamentária em que o órgão, entidade do Estado ou unidade administrativa, integrante do orçamento fiscal, delega a outro órgão, entidade pública ou unidade administrativa do mesmo órgão, a atribuição para realização de ação constante da sua programação anual de trabalho."* (art. 41, §1º, da Lei Estadual n.º 15.890/2016).

Por meio do instituto da descentralização de créditos orçamentários, é possível que a responsabilidade pela execução de uma dada ação, alocada inicialmente no orçamento como incumbência de determinado órgão do Estado, seja transferida a outro órgão ou ente da Administração Estadual, desde que atendidos todos os requisitos legais estabelecidos.

Nesse sentido, a Lei n.º 15.890/2016, ao dispor sobre as diretrizes orçamentárias para o exercício de 2017, autoriza, de antemão, que o Poder Executivo Estadual altere o órgão ou a entidade executora da atividade, em descentralizações que podem ser caracterizadas como interna (provisão orçamentária) ou externa (destaque orçamentário).

Na descentralização interna, a movimentação é feita entre unidades gestoras executoras pertencentes a uma mesma unidade gestora coordenadora. Já na descentralização externa, a movimentação é efetuada entre unidades gestoras executoras pertencentes a unidades gestoras coordenadoras distintas, devendo ser formalizada por meio de: a)termo de colaboração, quando entre órgãos da Administração Direta; e b) convênio, quando um dos participantes for entidade da Administração Indireta.

Considerando ser a descentralização externa um procedimento excepcional, é necessário que a Administração Pública justifique a opção pelo destaque, que poderá ser feito nas situações autorizadas nas normas de operacionalização dos orçamentos. No exercício de 2017, as hipóteses que autorizam a descentralização estão elencadas no art. 11 do Decreto Estadual nº 44.052/2017, a saber: a) falta, circunstancial, de condições operacionais adequadas da unidade titular da ação para executá-la; b) especialização da entidade ou órgão delegado, na natureza da ação objeto do destaque; e c) outras situações que se enquadrem e justifiquem a utilização do mecanismo.

Em qualquer caso, o importante é que os recursos sejam utilizados, pela unidade executora, para cumprimento da finalidade da ação objeto da descentralização, não sendo permitido o pagamento de taxa de administração ou qualquer outra forma de remuneração à unidade executora da ação destacada.

3. Natureza jurídica dos contratos envolvendo aquisição de reagentes

Como é sabido, salvo em situações excepcionais, as Cortes de Contas, em interpretação restritiva do art. 57 da Lei nº 8.666/93, não admitem a contratação de fornecimento por prazo que ultrapasse o exercício financeiro, ainda que o objeto contratual seja uma necessidade contínua do contratante. Donde se conclui que apenas os contratos que envolvam, preponderantemente, obrigação de fazer - e cuja essencialidade e habitualidade sejam comprovadas - poderão ter a vigência original fixada em período não coincidente com o ano civil e possibilitar sucessivas prorrogações até o limite de 60 (sessenta) meses, desde que atendidos os demais pressupostos legais.

Daí a importância da (*difícil*) tarefa de distinguir as obrigações de fazer das obrigações de dar, o que, na lição de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012, p. 133), deve ser feito *"a partir da intenção fundamental das partes"*. Ainda de acordo com o citado doutrinador, o conceito de obrigação de fazer se dá por exclusão em relação à obrigação de dar, de modo que todas as prestações positivas impostas a um sujeito, que não tenham por objetivo a transferência do domínio ou posse de um bem, caracterizariam obrigação de fazer.

No caso da aquisição de reagentes para realização de exames, o objeto principal perseguido pela Administração envolve uma obrigação de dar, sendo acessórios os serviços relacionados a treinamentos, capacitações e manutenção dos equipamentos. Ainda que a disponibilização do equipamento utilizado para a realização dos exames venha a ser remunerada, o equipamento não é o principal objeto perseguido pela Administração, especialmente diante da recorrente necessidade de aditamento dos contratos para acréscimo no quantitativo dos reagentes, a revelar ser a aquisição desses últimos o principal intento da contratação. Desse modo, a vigência contratual deve seguir a regra geral dos contratos de fornecimento, ficando limitada a um exercício financeiro.

A fim de minimizar o esforço decorrente das renovações anuais, considerando que a demanda por tais produtos é variável e interessa a vários órgãos/entidades da Administração Estadual, sugere-se seja avaliada a possibilidade de celebração de Ata (s) de Registro de Preços corporativa(s) para aquisição de reagentes, o que, inclusive, pode resultar na obtenção de menores preços, em razão da economia de escala alcançada.

Precedente: Parecer PGE nº 0009/2017

Inovações Legislativas

Lei Complementar Federal nº 788, dispondo sobre a restituição de valores creditados em instituição financeira por ente público em favor de pessoa falecida;

Lei Federal nº 13.467, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT);

Lei Federal nº 13.466, alterando os arts. 3º, 15 e 71 da Lei n o 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso;

Medida Provisória nº 793, instituindo o Programa de Regularização Tributária Rural junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

Medida Provisória nº 788, dispondo sobre a restituição de valores creditados em instituição financeira por ente público em favor de pessoa falecida;

Lei Complementar Estadual nº 364, alterando a Lei Complementar nº 125/2008, que cria o Programa de Educação Integral;

Lei Estadual nº 16.114, criando Organizações Militares Estaduais - OMEs, da Polícia Militar de Pernambuco – PMPE;

Lei Estadual nº 16.113, dispondo sobre o Sistema de Incentivo à Cultura - SIC;

Lei Estadual nº 16.112, instituindo o Selo Empresa Verde do Estado de Pernambuco e sua conferência às empresas do Estado de Pernambuco que adotem práticas sustentáveis em sua cadeia produtiva ou na prestação de serviço;

Lei Estadual nº 16.103, modificando a Lei nº 15.124, de 11 de outubro de 2013, que regulamenta os critérios de denominação de Bens Públicos Estaduais;

Lei Estadual nº 16.095, determinando que as maternidades públicas e privadas no Estado de Pernambuco garantam o treinamento para socorro em caso de engasgamento e prevenção de morte súbita, destinados aos pais ou responsáveis por recém-nascidos;

Lei Estadual nº 16.094, alterando a Lei nº 15.809, de 17 de maio de 2016, que institui a Política Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais, cria o Programa Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais e o Fundo Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais;

Lei Estadual nº 16.089, instituindo o Sistema de Plantões Extraordinários no âmbito da Rede Estadual de Saúde;

Decreto Estadual nº 44.789, alterando o Decreto nº 32.488, de 17 de outubro de 2008, que declara como Área de Proteção Ambiental – APA a região que compreende os Municípios de Itamaracá e Itapissuma e parte do Município de Goiana;

Decreto Estadual nº 44.788, alterando o Decreto nº 44.146, de 23 de fevereiro de 2017, que regulamenta a Lei Complementar nº 340, de 22 de dezembro de 2016, que dispõe sobre a designação de policiais civis aposentados que indica para a realização de tarefas por prazo certo;

Decreto Estadual nº 44.779, alterando o Decreto nº 43.000, de 4 de maio de 2016, que dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pelo Poder Executivo;

Decreto Estadual nº 44.775, declarando situação anormal, caracterizada como "Situação de Emergência", nas áreas dos municípios do agreste do Estado de Pernambuco afetados por Estiagem;

Decreto Estadual nº 44.711, instituindo a Rede Pernambucana de Pesquisa e Educação - REPEPE;

Decreto Estadual nº 44.692, estabelecendo procedimentos para realização das contratações com recursos repassados pela Secretaria Nacional de Defesa Civil ou do Fundo Especial de Amparo aos Municípios Atingidos pelas Chuvas – FAMAC.