



Título : LICITAÇÃO – AUSÊNCIA – TERMO DE TRANSIGÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – CARÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA

Autor : Guilherme Carvalho e Sousa

DOCTRINA - 732/210/AGO/2011

LICITAÇÃO – AUSÊNCIA – TERMO DE TRANSIGÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – CARÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA

por **GUILHERME CARVALHO E SOUSA**

Procurador do Estado do Amapá.

Parecer nº 011/2011 NCA-PGE/AP

Processo nº 2010/37796

A ilustríssima Secretária de Saúde do Estado do Amapá solicitou¹ da Procuradoria-Geral do Estado parecer técnico sobre a possibilidade de formalização de termo de transigência a ser firmado com a Empresa Machado e Nunes Ltda. – ME, referente a serviços de manutenção de equipamentos hospitalares realizados no Hospital das Clínicas e Emergência, no período de maio a junho de 2010.

Juntamente ao pedido, vieram os autos do processo administrativo, de procedência da Secretaria de Saúde do Estado do Amapá.

SINOPSE FÁTICA

Trata-se de solicitação de parecer acerca da possibilidade de firmação de termo de transigência entre a empresa solicitante e o Estado do Amapá, por meio de sua Secretaria de Saúde.

Salienta a empresa que prestara serviços para o Estado do Amapá no período de maio a junho do ano de 2010.

Em manifestação anterior, a Assessoria Jurídica da Secretaria de Saúde do Estado entendeu que:

uma vez prestado os serviços, deverá haver a contraprestação pecuniária, mas para isso preconizo que seja formalizado um Termo de Transigência, nos termos do que dispõe o art. 37 da Constituição Federal; os arts. 308, 840 do Código Civil combinado com art. 269, III, do CPC; bem como o parágrafo único do art. 2º do Decreto Estadual nº 2042/95.²

Emitido o parecer da Assessoria Jurídica, os autos foram remetidos ao Gabinete da Secretaria de Saúde.

Entendeu-se possível a firmação do termo de transigência, tendo-se, inclusive, elaborado minuta.

Após a elaboração da minuta, a Procuradoria do Estado, por meio de seu Núcleo Consultivo, manifestou-se, por intermédio de diligência, requerendo que a empresa juntasse determinados documentos a fim de realizar o aludido termo de transigência.

Depois da manifestação da Procuradoria do Estado, juntaram-se todos os documentos mencionados na Diligência nº 22/2010.

Uma vez juntados todos os documentos aludidos, a Secretária de Saúde oficiou à Procuradoria do Estado solicitando análise da documentação juntada e possibilidade de firmação do termo de transigência.

Era o que cumpria esclarecer quanto aos fatos.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Antes que se adentre na possibilidade de realização do precitado termo de transigência, necessário se faz, a um primeiro momento, destacar a natureza jurídica desse instrumento jurídico.

a) Da competência da União para legislar sobre Direito Civil

Segundo vaticina o art. 22, inc. I, da Constituição Federal, compete, privativamente, à União legislar sobre Direito Civil. Em outras palavras, não cabe aos estados legislar sobre a matéria.

Embora o parágrafo único preveja a possibilidade de lei complementar federal autorizar os estados membros a legislar sobre questões específicas de matérias relacionadas no artigo, trata-se de mera faculdade aberta ao legislador complementar federal. Portanto, "é formalmente inconstitucional a lei estadual que dispõe sobre as matérias enumeradas no art. 22, se não houver autorização adequada a tanto, na forma do parágrafo único do mesmo artigo".³

Na legislação federal, não há nenhuma norma que permita, em se tratando de licitações e contratos administrativos, formalizar transigência com o particular contratado.

Se existe norma estadual que assim prevê, tal norma é, flagrantemente, inconstitucional, eis que transigência, acordo, é forma de extinção de obrigações, matéria afeta ao Direito Civil, cuja competência para legislar é da União.

O Supremo Tribunal Federal possui diversos entendimentos nesse sentido,⁴ até mesmo súmula vinculante,⁵ a exemplo da que vaticina ser inconstitucional lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos.

Portanto, flagrantemente inconstitucional a norma estadual que prevê a possibilidade de transigência firmada pela Fazenda Pública.

Ademais, a norma estadual a que se refere a Diligência nº 22/2010 é o Decreto estadual nº 2.647, de 18 de junho de 2007, que dispõe sobre procedimentos relativos à liquidação e ao pagamento de despesas no âmbito da Administração direta e indireta do Governo do Estado.

O Decreto nº 2.042/95, a que se refere o Parecer nº 351/2010, é inexistente. As outras normas mencionadas no aludido Parecer, art. 37 da Constituição Federal e arts. 308 e 840 do Código Civil, também em nada se coadunam com o caso em tela.

É que o art. 308 do Código Civil se refere ao pagamento "daqueles a quem se deve pagar". Enquanto o art. 840 fala da transação, *in verbis*:

Art. 840 É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Resta saber se a Fazenda Pública pode ou não celebrar acordos na mesma forma que celebram os particulares.

b) Quanto ao princípio da indisponibilidade

De outra sorte, o princípio da indisponibilidade do interesse público não suporta a possibilidade, quase irrestrita, de firmação de acordo com particulares.

Os bens e interesse públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. **Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração.**⁶
(Grifamos.)

Quando se trata de interesse público, a Administração deverá, necessariamente, agir com o máximo de cautela possível.

As regras de direito privado não se aplicam à Administração Pública de forma irrestrita, haja vista que esta é formada por um plexo de poderes e prerrogativas que a afasta das meras convenções privatistas.

Contudo, "à Fazenda Pública é defeso firmar transação, negócio jurídico de direito privado, salvo com autorização legal".⁷

c) Quanto à responsabilização do agente público transgressor da norma

Por outro lado, imprescindível a apuração da responsabilidade do agente público que transgrediu a norma impositiva do dever de licitar.

Por mais que se trate de caso urgente, tal situação não abona a responsabilidade de quem contratou sem instaurar o devido processo licitatório.

Na verdade, a Lei nº 8.666/93, que salienta o princípio da obrigatoriedade da licitação, dispõe:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da

Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

A desobediência à obrigação do processo de licitação ocasiona a subsunção do ato ao tipo penal previsto no art. 89 do Estatuto, *in verbis*:

Art. 89 Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Portanto, deve ser averiguada a responsabilidade do agente público que contratou a referida empresa sem a observância do devido processo licitatório.

O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas funções, podendo as sanções decorrentes de tais responsabilidades cumular-se, sendo independentes entre si.

(...) A responsabilidade se origina de uma conduta ilícita ou de uma ocorrência de determinada situação fática prevista em lei e se caracteriza pela natureza do campo jurídico em que se consuma. Desse modo, a responsabilidade pode ser civil, penal e administrativa.⁸

Para tanto, faz-se necessária a abertura de processo administrativo, a fim de que se verifique a responsabilidade do servidor que deu causa ao fato sem o devido processo licitatório.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, essa Procuradoria do Estado **opina** pela impossibilidade de realização de termo de transigência, precisamente por se tratar de um instituto jurídico inexistente em lei e inaplicável à Fazenda Pública quando se está diante de atos/fatos irregulares.

Por outro lado, destaca-se a necessidade de realização de inquérito administrativo para averiguar a responsabilidade do servidor que deu causa à contratação de serviços sem o prévio processo licitatório.

É o que nos parece.

Remeto às considerações superiores.

¹ Ofício nº 2181/2010.

² Parecer SESA nº 351/2010.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 953.

⁴ Nesse sentido, STF, ADI nº 1.007, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 24.02.2006, no qual se entendeu ser competência

privativa da União legislar sobre Direito Civil.

⁵ Súmula Vinculante nº 02.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 37.

⁷ Cf. STJ, Recurso Especial nº 68177/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 07.10.1996.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 825.