



Parecer Jurídico

Processo nº: 4390/2021-1

Requerente: SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS

EMENTA: CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DOS SERVIÇOS DE INTERNET; LICITAÇÃO SUSPensa POR ORDEM DO TCE ES, RESPEITO AOS REQUISITOS.

Relatório

Homologo o Relatório da Atividade Técnico Administrativa, fls. 24/25.

Fundamento

Em determinadas situações de emergência ou urgência, nas quais o contrato administrativo tenha que ser celebrado imediatamente, em razão do princípio da continuidade do serviço público, e sem o qual reste demonstrado cabalmente o prejuízo às atividades da Administração, há autorização legal para a contratação na modalidade ora pretendida.

No caso vertente tem-se comprovado que a Licitação para a contratação de serviço de internet mostra-se suspensa por conta de ordem liminar do TCE ES no processo 02775/2021-1, fato ocorrido devido a suspeita de irregularidade suscitada por uma das concorrentes. Justifica a inexistência de tempo hábil para contratação de outra empresa, considerando que o processo licitatório para contratação do respectivo objeto que é o meio próprio para nem ao menos se encontra em andamento, há nos autos informação acerca da contratação anterior cujo prazo se extingue em breve, considero então haver justificativa apta a estear a contratação emergencial.

Nesse íterim, Essa possibilidade de dispensa encontra-se prevista no inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 1993, cujo texto foi vazado nos seguintes termos:

"Art. 24: É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo



máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, vedada a prorrogação dos respectivos contratos".

Para os fins de dispensa, o vocábulo emergência quer significar necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites ordinários de licitação, sob pena de perecimento do interesse público, consubstanciado pelo desatendimento de alguma demanda social ou pela solução de continuidade de atividade administrativa.

Sobre os requisitos exigidos para contratação com dispensa de licitação ao amparo do referido inciso IV, do artigo 24, o Tribunal de Contas da União já se manifestou em diversas oportunidades, firmando, inclusive, o entendimento de que é pressuposto para contratação emergencial o cumprimento das condições consubstanciadas na decisão abaixo:

- "a) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;
- b) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;
- c) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;
- d) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado."

Conforme se verifica dos comentários trazidos à colação, ainda que se pudesse atribuir ao administrador o motivo que teria ocasionado a urgência, por falta de planejamento, por exemplo, ainda assim, não estaria desautorizada a contratação emergencial, quando presentes razões de interesse público a merecer providências urgentes de modo a evitar o iminente dano ou ocasionar prejuízos para a Administração, apurando-se, posteriormente, a responsabilidade, mediante procedimento próprio, desde que cumpridos os requisitos mínimos da lei.

A propósito, temos a observar o que sobreleva na redação do inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 **não é simplesmente a emergência ou a calamidade pública, mas a situação de urgência por elas provocada**, que requerem a contratação imediata de determinado objeto, sem o qual o interesse público seria desatendido.



Conforme entendimento do Tribunal de Contas da União a situação de emergência deverá ser devidamente esclarecida e com a formalização adequada do processo que a justifique, com a demonstração razoável para a escolha da empresa e dos preços adotados.

No magistério de Antonio Carlos Cintra do Amaral, a emergência:

"(...) caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: ao um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízos à empresa (obviamente prejuízos relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou, ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência". (citado na obra Dispensa e Inexigibilidade de Licitação, de Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueredo. p. 49)

Em análise a caso idêntico o TCE SP manifestou-se pela possibilidade de contratação emergencial em face a ordem judicial que suspende a licitação:

“Uma situação peculiar verifica-se nas hipóteses de impossibilidade de contratar por motivo independente da vontade da Administração. Isso se passa especialmente nos casos de provimentos jurisdicionais impeditivos da conclusão de licitação. A Administração instaurara a licitação tempestivamente, mas, no curso do certame, recorreu-se ao Poder Judiciário e se obteve decisão vedando a contratação ou impondo observância de certas providências impeditivas da conclusão do certame. Logo, surge necessidade imperiosa a ser atendida e não há licitação respaldando a contratação. É o caso de contratação direta, fundada no inc. IV.

Observe-se que a Lei não distingue a fonte causadora da situação emergencial. Por exemplo, não condiciona a contratação à comprovação de que a emergência foi produzida por causas naturais. Basta o risco de dano para autorizar-se a contratação direta. Outra é a questão de apurar se o dano foi produzido voluntariamente ou não, por evento reprovável ou não. Daí por que se aplica a inc. IV a hipóteses de obstáculo judicial à conclusão da licitação.

A situação pode conduzir, porém a problemas práticos complicados. É que a contratação direta poderá ser incompatível com os fundamentos que conduziram ao provimento jurisdicional que paralisou a licitação. Deve ressaltar-se que a contratação direta não poderá ser instrumento



de frustração da eficácia de aludido provimento. Assim, suponha-se que a Administração desclassificou a proposta de menor valor. O licitante desclassificado vai ao Judiciário e obtém provimento impedindo a adjudicação em favor de terceiro. Se a Administração resolver contratar, com quem o fará? Poderá escolher o licitante que formulara a proposta de valor mais elevado? A situação poderá ser ainda mais complexa se a contratação de emergência exaurir a necessidade de atuação estatal. São os casos em que, realizada a contratação por emergência, exaure-se o objeto da própria licitação. A situação será similar mesmo para serviços e fornecimentos contínuos. É que, executada a prestação sob a égide do contrato de emergência, as necessidades estatais terão sido integralmente satisfeitas naquele período. Em tais supostos, é óbvio que não poderá contratar-se com o outro licitante (cuja proposta fora classificada como vencedora, o que motivara a impugnação judicial). Estaria caracterizado o descumprimento de ordem judicial. Se a Administração não poderia adjudicar o objeto licitado em favor de um licitante, também lhe seria vedado contratá-lo sob o regime de emergência. Não teria cabimento, por outro lado, recorrer a terceiro, que nem participou da licitação, especialmente quando sua proposta não fosse tão vantajosa como aquela formulada pelos licitantes. A situação tenderá a ser solucionada no âmbito do Poder Judiciário e se resolverá, possivelmente, na contratação do próprio licitante desclassificado: é que, suspenso o efeito da decisão que o desclassificou, sua proposta poderá afigurar-se como a mais vantajosa. Em tal situação, a prestação de garantia será relevante. É claro que tal garantia não será imponível no âmbito da Administração, mas será regida pelos princípios do processo cautelar.

Em caso de obstáculo judicial à conclusão da licitação, a solução cogitável pode ser a revogação do certame. A existência de provimento jurisdicional, que acarrete impedimento ao prosseguimento do certame ou à contratação, não impede que a Administração desfaça os seus atos sob o fundamento da inconveniência. Caberia, então revogar a licitação e iniciar outra - alterando as condições objeto de questionamento.

É evidente que não se admite a revogação como instrumento de frustração da eficácia da decisão judicial. Existiria vício se a Administração revogasse uma licitação e instaurasse outra substancialmente idêntica. Essa solução seria atentatória à dignidade da Justiça, podendo ser reconduzida ao instituto processual disciplinado no art. 600, inc. III, do CPC.

A revogação apenas seria válida na medida em que a nova licitação fosse intrínseca e substancialmente diversa da anterior. Ou seja, os fundamentos que conduziram à decisão judicial proferida em face da



licitação antiga não poderiam ser aplicados à nova. Se o puderem, haverá atuação defeituosa e reprovável da Administração.

Pode haver hipótese em que, não obstante a pendência de decisão judicial provisória impeditiva da continuidade do certame ou da contratação, a Administração repute que a solução questionada é a única adequada ou a mais satisfatória. Em tais casos, não caberá a revogação, mas será necessário aguardar a decisão jurisdicional definitiva. Até que tal ocorra, a alternativa será a contratação fundada no inc. IV do art. 24. A Administração deverá justificar de modo exaustivo e satisfatório as condições da contratação emergencial." (<http://www2.tce.sp.gov.br/protocolo/tc01sql1-decisoes.asp>).

Assim, havendo ação judicial ou em demanda direcionada ao Setor de Controle, que impeça a conclusão da licitação, a solução cogitável pode ser a revogação do certame. A existência de provimento jurisdicional, que acarrete impedimento ao prosseguimento do certame ou à contratação, não impede que a Administração desfaça os seus atos sob o fundamento da inconveniência. Caberia, então revogar a licitação e iniciar outra - alterando as condições objeto de questionamento.

De outra parte há de ser devidamente justificado o preço do serviço contratado, como expressamente redigido pelo art. 26 da lei 8666/93, sendo obrigatório o levantamento sobre as condições do mercado servindo de norteamto da contratação.

Diz o art. 26 da Lei 8.666/93, em seu parágrafo único:

“Parágrafo único – O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço;

IV – documentos de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”

Os atos em que se verifique a dispensa de licitações são atos que fogem ao princípio



constitucional da obrigatoriedade de licitação, consagrando-se como exceções a este princípio. Assim, este tipo de ato trata-se de ato discricionário, mas que devido a sua importância e necessidade extrema de idoneidade, se submete ao crivo de devida justificativa que ateste o referido ato.

No caso em questão se verifica a análise dos incisos II e III, do parágrafo único, do art. 26 da Lei 8.666/93. Inobstante o fato da presente contratação estar dentro dos limites estabelecidos no art. 24 da Lei 8.666/93, o que justifica a contratação direta, se não houvesse tal justificativa da secretaria querelante, restaria incompleto o cumprimento do requisito essencial para deferimento da contratação.

Quanto aos requisitos da lei destaco que o critério do menor preço deve presidir a escolha do adjudicatário direto como regra geral, e o meio de aferi-lo está em juntar aos autos do respectivo processo pelo menos 03 (três) propostas.

A despeito desta assertiva, o TCU já se manifestou:

“adotar como regra a realização de coleta de preços nas contratações de serviço e compras dispensadas de licitação com fundamento no art. 24, inciso II, da lei n. 8.666/93” (Decisão nº 678/95-TCU-Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. DOU de 28. 12.95, pág. 22.603).

“Proceda, quando da realização de licitação, dispensa ou inexigibilidade, à consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, constantes do sistema de registro de preços, em cumprimento ao disposto no art. 26, parágrafo único, inciso III, e art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, os quais devem ser anexados ao procedimento licitatório (...).” Acórdão 1705/2003 Plenário.

No caso em questão verifica-se, como já foi dito, trata-se de situação pertinente a Dispensa de Licitação.

De acordo com as diretrizes do Tribunal de Contas da União, como pode ser visto acima, a orientação é que no caso de dispensa e inexigibilidade seja obedecida à coleta de preços,



que por analogia deve obedecer ao procedimento da modalidade convite que exige no mínimo três licitantes, justificando pois o preço e ao após sem dispensa das exigências que reza o art. 27 da Lei 8.666/93, em seus incisos I, II, III, IV.

- Habilitação jurídica,
- Qualificação técnica,
- Qualificação econômico-financeira, e
- Regularidade fiscal,

Em relação ao preço ainda, deve ser verificado se os mesmos estão compatíveis com a realidade do mercado em se tratando de produto ou serviço similar, podendo a Administração contratá-lo sem qualquer afronta à lei de regência dos certames licitatórios.

Sendo, pois, condição *sine qua non* para a contratação a existência de justificativa pela Administração através da análise da vantajosidade do mesmo.

Por fim, tendo em vista que ***“o parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões”***, esta Assessoria Jurídica, reforçando a recomendação que a Administração, vinculada que está pelo princípio constitucional de legalidade, procure que seus contratos sejam realizados sob o esboço específicos da norma legal.

Conclusão

Portanto, caso a Administração opte pela aquisição com fulcro no inciso II do Art. 24 da Lei 8.666/93, **deverão ser atendidos ainda os seguintes requisitos legais obrigatórios para a plena instrução do feito:**

- Autorização do Secretário da Pasta;
- Juntada dos documentos e atos constitutivos da Empresa a ser contratada e de seu responsável legal;
- Juntada de Minuta de Contrato ou termo equivalente;
- Regularidade fiscal e trabalhista completa e atualizada;
- Manifestação do secretário justificando a contratação mais vantajosa e razão da escolha do fornecedor ou executante;



- Juntada de nota de reserva no valor o orçamento a ser contratado.

Cumpre realçar que caso a área técnica competente discorde das orientações ou posicionamentos emanados deste pronunciamento, deverá carrear aos autos as justificativas necessárias.

De outro lado, estando de acordo, deverá, o Secretário da pasta, certificar o atendimento das sugestões acima destacadas, sem a necessidade de retorno do feito, em nenhuma das hipóteses, a esta Consultoria Jurídica, consoante entendimento do Tribunal de Contas da União, abaixo anotado:

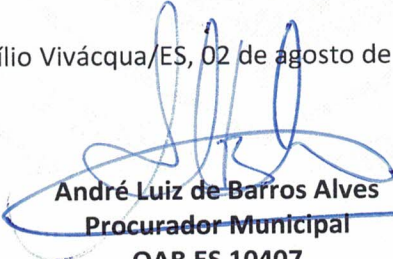
Ementa: determinação à SFA/RS para que apresente as razões para o caso de discordância, nos termos do inc. VI, art. 50 da Lei nº. 9.784/1999, de orientação do órgão de assessoramento jurídico à unidade.

Ressalto que a regularidade fiscal e trabalhista deve ser mantida completa e atualizada durante todas as fases do processo, conforme disposto no art. 55, XIII, da Lei 8.666/93.

Ressalto também que o presente Parecer tem caráter opinativo acerca da viabilidade jurídica do pleito apresentado pela titular da pasta municipal, visto que as manifestações do advogado público não são deliberativas nem vinculam o requerente, ficando a decisão a cargo da autoridade superior ordenadora da despesa (STF. Mandado de Segurança nº 30928-DF. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 02 de fevereiro de 2012).

É o parecer que esta procuradoria submete à consideração superior

Atílio Vivacqua/ES, 02 de agosto de 2021.


André Luiz de Barros Alves
Procurador Municipal
OAB ES 10407