PARECER Nº 144/2018 – PGM/PMCN
PROCESSO ADMINISTRATIVO: 088/2018

Fls. 32
Ass.

Possibilidade jurídica de contratação direta sem licitação por dispensa de licitação. Hipótese do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93. Decisão judicial.

I -RELATÓRIO

Trata-se o expediente de uma consulta advinda da Secretaria Municipal de Planejamento, Administração e Finanças, Assistência Social, Saúde, Educação e Cultua, para análise jurídica do processo de dispensa de licitação, que versa sobre a Contratação de empresa especializada no fornecimento de combustíveis e óleos lubrificantes, para atender as necessidades das Secretarias Municipais de Planejamento, Administração e Finanças, Assistência Social, Saúde, Educação e Cultura.

O processo administrativo está instruído com solicitação de autorização do presente processo licitatório (fls.02,09,17,24); solicitação de informações de Disponibilidade Orçamentária (fls. 33); dotação orçamentária (fls.34,35,36,37); autorização da Secretaria Municipal de Planejamento, Administração e Finanças para abertura do processo licitatório (fls. 38,39,40,41); portaria nº 328/2017, designando servidores que atuarão como membros da Comissão Permanente de Licitação (fls. 42/45 10); a justificativa da contratação (fls. 47 e 48); minuta do contrato administrativo para análise (fls. 50 a 58); solicitação de parecer jurídico acerca da Minuta do Contrato, do Presidente da Comissão Permanente de Licitação (fls. 49); e demais documentos necessários.

Em apartada síntese, este é o objeto da presente consulta.

É o relatório. Passo opinar.

Fls. 83
Ass.

II – DO OBJETO

Trata o presente procedimento da dispensa de licitação para **Contratação direta por dispensa para aquisição de combustível e óleo lubrificantes,** para a tender as necessidades urgentes desta Prefeitura Municipal de Coelho Neto.

III - FUNDAMENTAÇÃO

A – Da legalidade

A Constituição Federal estabeleceu como regra geral e condição básica à compra de bens e contratação de serviços, quando realizadas para a Administração Pública, o **dever de licitar (art. 37, XXI, da CF/88)**.

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> ...
>
> XXI – **ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Excepcionalmente, pelo que se depreende do artigo acima transcrito é que o processo licitatório será "dispensado".

A lei que regulamenta o dispositivo constitucional acima, Lei n.º 8.666/93, no seu art. 2.º, também ratifica o comando constitucional.

> "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**."

Dessa forma, em princípio de análise, as compras, alienações, concessões, permissões e locações deverão ser licitadas, como decorrência da aplicação dos preceitos acima transcritos.

As exigências constitucionais e infraconstitucionais impõem ao administrador o planejamento de suas ações, ao exigir em suas contratações o dever de licitar previamente. Ocorre que durante o exercício das atividades administrativas podem ocorrer situações de imprevisibilidade, de modo que ocorrendo tais situações, elas podem paralisar a continuidade dos serviços públicos, o que pode ocasionar prejuízos ao próprio serviço e a terceiros.

Diante desse fato o legislador previu situações em que as licitações poderiam ser dispensadas em face da necessidade de atendimento imediato de determinada situação. São as chamadas contratações com dispensa de licitação.

Observando o presente caso sob a ótica da Lei 8.666/93, podemos enquadrá-lo no seguinte dispositivo:

Fls. 84
Ass.

> 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, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

"**Emergência**", na escorreita lição Hely Lopes Meirelles, é assim delineada:

> "A **emergência** caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas conseqüências lesivas à coletividade." (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 253)

Portanto, é nítido e razoável que a Administração quando autorizada a adotar outro procedimento, mas ainda utilizando os mesmos parâmetros procedimentais predeterminados antes.

Segundo o ilustre administrativista Jacoby Fernandes, sobre o tema "**emergência**", relata:

> "A noção de uma situação de emergência deve coadunar-se com o tema em questão, pouco aproveitando a noção coloquial do termo, dissociada da sede de licitação e contratos. Conforme entendimento do TCU, a situação de emergência deverá ser devidamente

> esclarecida e com a formalização adequada do processo que a justifique, como demonstração razoável para a escolha da empresa e dos preços adotados, estando, aí sim, fundamentados os argumentos que permitirão a adoção do instituto da dispensa de licitação."(Contratação Direta Sem Licitação, 9ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 303)

Fls. 85
Ass.

Ademais, diga-se de passagem, que o Tribunal de Contas da União já manifestou entendimento de que descabe perquirir se a situação emergencial decorre de ato imprevisível ou de um não fazer da administração. Configurado o risco para pessoas, obras, serviços, bens e equipamentos públicos ou particulares, admite-se a contratação direta emergencial, vejamos:

> "REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. CONTRATAÇÃO FUNDAMENTADA EM SITUAÇÃO EMERGENCIAL. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. 1. A situação prevista no art. 24 IV, da Lei n 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. 2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas." (TCU, TC 006.399/2008-2, Acórdão nº 1138/2011, Relator Min. UBIRATAN AGUIAR, Plenário, julgado em 04.05.2011)."

Parece-nos correto concluir que a redação dada ao parágrafo único do art. 24 deve ser interpretada conjuntamente com as disposições do art. 38, o qual disciplina um rito genérico para o procedimento, enquanto aquele trata, apenas, de oportunidades especiais, como condutas necessárias a suas validações, o que poderá também acontecer de forma conjunta ou separada conforme resulte a tramitação.

Em qualquer caso, a prática nos mostra esse entendimento, o que vai pacificamente confirmado pela teoria, nas lições de Celso Antônio Bandeira de Melo, quando conceitua o processo administrativo ***"sucessão itinerária de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo".***

Analogicamente, extrai-se do Processo nº. 14.285/026/96, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, abalizando-se em obra do Prof. Sérgio Resende de Barros, que se pronuncia da seguinte forma:

> ***"Uma coisa é certa: o bom uso da contratação direta evita o mau uso da licitação, o abuso do formalismo estéril e deletério. Pelo que aperfeiçoando as formas de contratação direta, para permitir***

> ***o seu uso mais correto e freqüente, evitando sejam substituídas indevidamente pela licitação, assim se estará revigorando o próprio sistema brasileiro de contratação administrativa, por obra só da doutrina e jurisprudência, dentro do quadro legislativo vigente. Sem maior rebuliço, se não o de melhorar o que já existe. É o mínimo que a Administração Pública espera do Direito Público. É o mínimo que a doutrina e a jurisprudência não podem negar ao Direito". (grifo nosso).***

O Tribunal de Contas da União estabeleceu ainda em 1994 os critérios práticos da contratação emergencial.

Fls. 86
Ass.

> (...)
>
> 2 responder ao ilustre Consulente, quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese:
>
> a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei:
>
> a.1) 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;
>
> a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;
>
> a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;
>
> a.4) 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;
>
> (...)
>
> (Decisão 347/1994 – Plenário, Ministro Relator CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA, Sessão 01/06/1994, Dou 21/06/1994)"

Nota-se que no caso em estudo se atendem todas as premissas orientadas pelo TCU, o que demonstra a possibilidade real e legal da pretensão aqui expressa.

Fls. 87
Ass.

Verifiquemos o que tange à formalização exigida para a pretendida contratação de acordo com a Lei nº 8.666/93 citada na decisão acima:

> Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
>
> 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 - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Para fim de cumprirem-se as prerrogativas do art. 26 da Lei nº 8.666/93 do inciso I ao IV, sugere-se o aproveitamento da pesquisa de mercado mais recente dos autos anteriores para que se faça a justificativa de preço, uma vez que corresponde à realidade atual do mercado. Pois foram realizadas diversas pesquisas de mercado para a realização de certame, que teve seu contrato cancelado em virtude de o Posto contratado diante de licitação realizada na modalidade pregão no início deste ano, não tinha mais condições de honrar o contrato, em razão de severa crise financeira, pela qual vinha passando, relato contido no processo de rescisão contratual amigável proposto pela própria empresa.

Situação que exige atendimento imediato, e que se deve fazer na forma da Lei, como esta autoriza. Assim deve se revestir todo procedimento de legalidade de acordo com o que determina a legislação vigente.

Nesse contexto, é de se concluir que apesar da possibilidade de existir contratações autônomas, ditas como especiais, como é o caso da que ora se vislumbra, inexistem processos autônomos, sendo aplicáveis à espécie, as disposições contidas, no caput, do art. 38 em perfeita combinação com o art. 24 da Lei nº. 8.666/93.

III.1 – Ausência de assinaturas

Torna-se imperioso destacar que faltam assinaturas na fls.39,40 e 41, nas Autorizações para a Abertura de Processo, Aprovação do Termo de Referência e Declaração de Adequação orçamentária e financeira.

Fls. 88
Ass.

IV – CONCLUSÃO

Dessa forma, entende-se, para o caso em apreço, que os serviços requeridos, podem ser realizados com dispensa de licitação, tendo como fundamento o art. 24, inc. IV da Lei n.º 8.666/93, desde que supridas às exigências do art. 26, se contrate com a empresa que ofertou o menor preço, e ainda a e exigida a devida prestação de contas e nota fiscal.

Este é o parecer, salvo melhor juízo.

Coelho Neto, 13 de junho 2018.

ELIANA DE SOUSA LIMA
Procuradora-Geral do Município de Coelho Neto – MA
OAB-MA nº 9984 – Portaria nº 400/2018