

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: 5ª INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO**

**PROCESSO Nº 01342e20**

**PARECER Nº 00228-20 (K.M.F.)**

**EMENTA: LICITAÇÃO. EXCEÇÃO. DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL.** Admite-se, em tese, a contratação direta emergencial, com fulcro no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, a fim de preservar o atendimento no transporte público municipal, com a prévia instauração de processo administrativo de contratação direta demonstrando que o negócio realizado satisfaz o interesse público, é economicamente vantajoso e não agride aos postulados da isonomia e da impessoalidade. A decisão de contratar diretamente deve ser compatível com a necessidade que conduz à contratação, no prazo máximo de 180 dias, ressaltando-se que “A contratação emergencial só deve atender a situação emergencial até a realização de nova licitação”.

O Inspetor da 5ª Regional de Controle Externo por intermédio de expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 01342e20, solicita Consulta, para verificação quanto a regularidade atinente a contratação em caráter emergencial pela Prefeitura Municipal de Vitória da Conquista da empresa VIAÇÃO ROSA LTDA referente à prestação de serviços com veículo tipo ônibus e micro-ônibus, motorista cobrador e combustível, para transporte coletivo urbano municipal.

A situação de emergência alegada nos referidos processos é decorrente da desistência da empresa CIDADE VERDE LTDA, que operava o Lote 01 (anteriormente pela empresa Viação Vitoria Ltda.). Não foi encontrado junto ao processo decreto com as motivações que ensejaram a situação emergencial para fins de dispensa de licitação descrita no artigo 26 da Lei nº 8666/93.

[...]

Foi encaminhado anteriormente a essa Corte de Contas, através da prestação de contas do mês de ABRIL/2019, processo de Inexigibilidade nº 017/2019,

juntamente com o Contrato nº 006-25/2019, referente a contratação da empresa VIAÇÃO NOVO HORIZONTE LTDA para prestação dos mesmos serviços (...)

[...]

Durante o período em que a Viação Rosa Ltda opera no transporte coletivo de Vitória da Conquista, a referida empresa esta cobrando passagem dos usuários, cujo valor da tarifa cobrada é de R\$3,80 (três reais e oitenta centavos), conforme definido no Decreto nº 18.949, de 11 de outubro de 2018.

Pesquisas realizadas no Sistema Integrado de Gestão e Auditoria — SIGA, os valores pagos a empresa VIAÇÃO ROSA LTDA de julho a novembro de 2019, perfaz um total de R\$10.991.386,81 (dez milhões novecentos e noventa e um mil trezentos e oitenta e seis reais e oitenta e um centavos). Registra-se que no referido sistema o total de despesas pagas a VIAÇÃO NOVO HORIZONTE no período em que prestou serviços foi de R\$1.109.615,02 (um milhão cento e nove mil seiscentos e quinze reais e dois centavos).

No desenlace do período de 180 dias não ha evidências de deflagração de processo para concessão dos serviços.

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese**. Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

No entanto, com o fito de colaborar com a área técnica, o exame dos autos processuais restringir-se-á aos seus aspectos jurídicos expostos em TESE, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica e relativas especificamente ao caso concreto.

Preliminarmente cabe registrar que o não cumprimento de cláusulas contratuais constitui motivo para rescisão do contrato. Todavia, no caso de a Administração pretender rescindir um contrato por inadimplemento do particular, deve formalizar o respectivo processo administrativo, expondo os motivos que embasam a dissolução contratual e assegurando o contraditório e a ampla defesa.

Com relação ao processo administrativo, Marçal Justen Filho, na obra acima referida, página 1.120, preleciona que:

A rescisão do contrato exige estrito cumprimento ao princípio do contraditório e observância ao devido procedimento administrativo. (...) Por ora, é imperioso considerar que o devido processo significa que a rescisão deverá ser precedida de um procedimento administrativo, ao qual o particular tenha amplo acesso e no qual possa deduzir sua defesa e produzir suas provas. A instauração do procedimento administrativo deverá ocorrer formalmente, inclusive com a definição dos fatos que se pretendem apreciar. Deve-se dar oportunidade ao particular para produzir uma defesa prévia e especificar as provas de que disponha. Em seguimento, deverão produzir-se as provas, sempre com participação do particular. Não se admite a realização de uma perícia sem que o particular possa indicar um representante e o vício não será suprido através da posterior comunicação ao interessado do conteúdo da perícia. Mas, muito pior do que isso, é a pura e simples rejeição da produção das provas. Após encerrada a instrução, deverá ser proferida a decisão, da qual caberá recurso para a autoridade superior. Após esaurido o procedimento, será proferido o ato administrativo unilateral de rescisão.

Deve reputar-se que a ausência de cumprimento ao devido processo legal configura-se não apenas quando há negativa direta e imediata na produção da decisão punitiva, mas também quando existe um arremedo de processo. Ou seja, o mais comum é a autoridade simular a implantação de um processo, focado como mera formalidade para surgir a sanção cuja imposição já estava predeterminada. Assim, instaura-se o processo e se convoca o particular para defender-se. Recusa-se a produção de qualquer prova, sempre sob o fundamento de impertinência, produzindo-se imediatamente a punição. Nesse caso, rejeitam-se sumariamente as defesas do particular, sendo muito comum a decisão *citra petita*. Ou seja, se o particular invocou argumentos de procedência irrefutável, costuma-se ignorar sua existência. Decide-se pura e simplesmente pela punição, invocando-se a seguir a autoexecutoriedade do ato administrativo para impor coercitivamente a solução que fora preordenada.

Condutas dessa ordem violam a ordem constitucional e infringem a concepção de um Estado Democrático de Direito.

(g.n)

Imperioso consignar, ainda, que, conforme vaticina o artigo 80 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II deste artigo fica a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

§ 2º É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

§ 3º Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do Ministro de Estado competente, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.

§ 4º A rescisão de que trata o inciso IV do artigo anterior permite à Administração, a seu critério, aplicar a medida prevista no inciso I deste artigo.

No que se refere ao **licitante vencedor que não cumpriu as cláusulas contratuais**, o artigo 87 da Lei nº 8.666/1993 disciplina que:

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

(g.n)

Para a aplicação das sanções, imprescindível a instauração de processo administrativo, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa e observando-se o princípio da proporcionalidade e a culpabilidade do agente.

Observe-se, porque necessário, que, **rescindido o contrato, nos termos da Lei, em sendo possível a conclusão do seu objeto por terceiros, deve à Administração proceder à abertura de novo procedimento licitatório tendo por escopo a contratação do remanescente, observando-se novamente as formalidades pertinentes.**

**Se entender conveniente e oportuno, a Administração poderá também proceder à contratação direta do remanescente, por dispensa de licitação,** com fundamento no artigo 24, XI, da Lei nº 8.666/1993, a seguir reproduzido:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

(g.n)

Nesse caso, incumbe à Administração convidar por escrito e observando a ordem de classificação cada um dos participantes da licitação anterior para que, também por escrito, manifestem seu interesse, ou não, em figurar como contratado para fins de execução do remanescente, atendidas todas as condições fixadas no supra transcrito artigo 24, XI, da Lei nº 8.666/1993.

Feitas tais considerações, elucidaremos especificamente acerca da contratação emergencial prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, que autoriza a Administração Pública a dispensar a licitação nos casos de emergência ou de calamidade pública, e que merece interpretação restritiva e cautelosa. Senão vejamos:

(...) 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;**

(g.n)

De acordo com o Professor Marçal Justen Filho, na sua Obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª edição, tal dispositivo refere-se:

(...) aos casos em que o decurso do tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. **A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal.**

(g.n)

A contratação direta emergencial exige que fique devidamente caracterizada a situação concreta e efetiva que reclame atendimento urgente, sob pena de se incorrer em prejuízo que não pode ser recomposto posteriormente e em comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Deve ficar demonstrado também, que a contratação é o meio adequado e eficiente para a eliminação do risco de dano concreto apresentado. É necessário que a Administração Pública revele não só a necessidade da contratação, mas também a sua utilidade. Ou seja, **deverá indicar as medidas concretas pelas quais a contratação evitará a efetivação do dano. A solução dada deve ser compatível com a necessidade que conduz à contratação.**

Neste ponto, precisa e elucidadora é a lição do Professor Marçal Justen Filho, na Obra já citada acima, p. 489:

“A contratação imediata apenas será admissível se restar evidenciado que será instrumento adequado e eficiente de eliminar o risco. Se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexistente cabimento da dispensa de licitação. Trata-se, portanto, de expor a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência do dano – ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano.

Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco.

(...)

A contratação deve prestar-se a evitar a concretização do dano. Isso exige que a Administração demonstre não apenas a necessidade da contratação, mas também a sua utilidade. Ou seja, deverá indicar as medidas concretas através das quais a contratação evitará a concretização do dano. A contratação deve ser precedida de todas as justificativas não apenas sobre a emergência mas sobre a viabilidade concreta de atender à necessidade pública. (...).”

A jurisprudência do C. TCU, analisando a medida excepcional da contratação emergencial, assim se posicionou:

A contratação direta emergencial, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal. (Acórdão 6439/2015, Relator Ministro Augusto Sherman, Data da Sessão 25/10/2015)

A dispensa de licitação, em casos de emergência ou calamidade pública (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993), apenas é cabível se o objeto da contratação direta for o meio adequado, eficiente e efetivo de afastar o risco iminente detectado. (Acórdão nº 1987/2015, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão 18/08/2015).

A contratação emergencial só deve atender a situação emergencial até a realização de nova licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 2988/2014, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão 05/11/2014)

Para caracterizar situação emergencial passível de dispensa de licitação, deve restar evidente que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, restringindo-se ao estritamente necessário ao atendimento da situação calamitosa. Deve-se divisar a conduta dos agentes públicos que concorreram para originar a situação emergencial da ação daqueles que apenas atuaram para elidir o risco de dano. (Acórdão nº 1217/2014, Relatora Ministra Ana Arraes, Data da Sessão 14/05/2014).

A caracterização de situação emergencial, que autoriza o procedimento de dispensa de licitação, deve estar demonstrada no respectivo processo administrativo, evidenciando que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Não se presta a esse fim a presença de pronunciamento técnico apontando a existência de graves problemas estruturais, se a interdição do local, por si só, suspenderia eventual risco à segurança dos frequentadores, e descaracterizaria a situação de urgência, possibilitando a realização do devido procedimento licitatório. (Acórdão nº 1162/2014, Relator Ministro José Jorge, Data da Sessão 07/05/2014).

A ausência ou precariedade de equipamentos e serviços públicos, que podem ser entendidas como 'urgência controlada', não caracterizam por si só a imprevisibilidade e a excepcionalidade exigidas para a contratação direta fundamentada no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, a qual, ainda, deve se restringir aos itens estritamente necessários ao afastamento de riscos iminentes à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. (Acórdão nº 513/2013, Relatora Ministra Ana Arraes, Data da Sessão 13/03/2013).

Ademais, de acordo com o texto legal, **os contratos firmados, nessas hipóteses, não podem ser prorrogados** e somente abrangem os bens necessários ao atendimento da situação de emergência ou de calamidade pública e, assim mesmo, as obras e serviços **devem ser concluídos no prazo máximo de 180 dias.**

Ressaltamos ainda, por oportuno, que o processo da dispensa de licitação deve ser autuado e processado regularmente como todo e qualquer processo administrativo, devendo conter os elementos enumerados no parágrafo único, do art. 26, da Lei nº 8.666/93 e, por se tratar de uma relação contratual, recomenda-se também a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no art. 38, da referida Lei de Licitações e Contratos.

O Agente Público, na instrução do processo administrativo, deve caracterizar minuciosamente a hipótese de dispensa deflagradora da contratação direta, no caso sob exame, deve caracterizar e demonstrar a situação emergencial, assim como, comprovar que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, sob pena de incidir no crime tipificado no art. 89, da Lei nº 8.666/93, *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.

Como se vê, cabe ao Gestor agir com muita cautela ao dispensar uma licitação, uma vez que pode ser punido tanto pela contratação direta sem amparo na previsão legal, quanto nas oportunidades em que não observar as formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 26).

Pontuamos, por conseguinte, que, se o fornecedor ou o prestador de serviços concorrer com a ilegalidade, também será punido com pena semelhante à atribuída ao Administrador Público.

Prestados tais esclarecimentos, **e aqui respondendo ao questionamento feito pelo Inspetor**, admite-se, em tese, a contratação direta emergencial, com fulcro no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, a fim de preservar o atendimento no transporte público municipal, com a prévia instauração de processo administrativo de contratação direta demonstrando que o negócio realizado satisfaz o interesse público, é economicamente vantajoso e não agride aos postulados da isonomia e da impessoalidade.



A justificativa do preço tem como objetivo demonstrar a compatibilidade do valor contratado com a realidade praticada no mercado, atestando, assim, que mesmo sem processo competitivo, a contratação não deixa de atender à economicidade.

Deve ser demonstrada que a contratação direta emergencial em questão é imperiosa e necessária para o atendimento da situação que não pode aguardar o decurso de tempo de um procedimento licitatório, para que os serviços não venham a sofrer a descontinuidade, até que a licitação seja providenciada e concluída.

Nesta senda, a decisão de contratar diretamente empresa para prestar serviços de transporte público municipal de passageiro com locação de veículo tipo ônibus e micro-ônibus, incluso motorista e combustível, deve ser compatível com a necessidade que conduz à contratação, no prazo máximo de 180 dias, ressaltando-se que “A contratação emergencial só deve atender a situação emergencial até a realização de nova licitação” (Acórdão 2988/2014, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão 05/11/2014).

Aqui, há de alertar que a praxe administrativa, na contratação direta por dispensa, caminha no sentido de que se decreta previamente o estado de emergência, ato esse de cunho declaratório que, por sua vez, poderá ser utilizado como mais um meio de instrumentalizar o processo administrativo da dispensa da licitação, sem prejuízo da demonstração dos requisitos já elencados neste opinativo, quais sejam: a) caracterização da situação concreta e efetiva que reclame atendimento urgente, sob pena de se incorrer em prejuízo que não pode ser recomposto posteriormente e em comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; b) demonstração robusta de que a contratação é o meio adequado e eficiente para a eliminação do risco de dano concreto apresentado.

Remeto às considerações superiores.

É o parecer.

Salvador, 05 de fevereiro de 2020.

**Karina Menezes Franco**  
Assessora Jurídica