

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE MACAJUBA

PROCESSO Nº 18793e21

PARECER Nº 01852-21

EMENTA: EMENTA: CONTRATAÇÃO
EMERGENCIAL DE TRANSPORTE ESCOLAR.

1) 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 escolar 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.

2) A configuração de emergência deve ser avaliada pelo Gestor, que, diante das especificidades atinentes ao caso concreto, deve investigar o preenchimento de TODOS os requisitos legalmente fixados para a efetivação da contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993.

O Controlador Interno do **MUNICÍPIO DE MACAJUBA**, Sr. Lucas Barreto Santos, por intermédio de expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 18793e21, relata que:

“Como é cediço, em razão da pandemia causada pela COVID-19, as atividades escolares presenciais restaram prejudicadas, razão pela qual não houve contratado da prestação de serviços de transporte escolar. Nesse período se formou impraticável a executado do Programa Estadual do Transporte Escolar - PETE, cujos municípios são participantes, de acordo com a Lei Estadual nº 11.359/2009.

Recentemente, a Secretaria de Educação do Estado da Bahia, por intermédio do Ofício 69/2021 SEC/SUPEC/GAB-SUPEC, informou que pretende retornar as

aulas presenciais no próximo dia 18/10/2021, razão pelo qual solicita que os municípios disponibilizem o transporte escolar imediatamente, para fazer o traslado dos alunos.”

Neste contexto, indaga:

“Pode a municipalidade efetuar a contratação emergencial do transporte escolar, com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93, para fazer o traslado dos alunos da rede pública de ensino, até que se conclua o processo licitatório e proceda a regular contratação?”

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de caso concreto apresentado.**

Na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou das Câmaras, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Prestados tais esclarecimentos, passa-se ao exame da matéria. De acordo com o quanto dispõe o art. 37, inciso XXI, da CF/88, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações 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.”

Esta é a premissa geral, que faz com que o processo licitatório pela Administração Pública seja de realização obrigatória em atenção ao princípio constitucional da isonomia, de onde sobressai o entendimento de que contratações ao arrepio da legislação de regência constituem verdadeira burla a contaminar os contratos realizados, sujeitando o agente político às sanções legais.

A regra da obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório comporta exceções, conforme preceitua a própria Constituição Federal, quando, ao cuidar da matéria no

inciso XXI do art. 37, autorizou a legislação infraconstitucional especificar os casos que não se submetem a prévio certame.

Assim, em consonância com o permissivo constitucional, o legislador editou a Lei Federal de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), instituindo duas hipóteses de contratação direta, que escapam ao crivo da licitação, denominadas de dispensa e de inexigibilidade.

Na doutrina da ilustre Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 345) consta a principal diferença entre os dois institutos:

“A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na **dispensa**, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.” (grifos do original)

A Consultoria fornecida pelo portal jurídico especializado em licitações e contratos, www.zenite.com.br, esclarece que:

“os casos de dispensas não devem ser confundidos com aqueles em que a licitação é impossível de ser realizada (inviabilidade absoluta de competição). Constituem, de fato, situações em que a realização de licitação é uma faculdade e não obrigação, e isto, consoante já referido, justifica-se por razões de interesse público.”

Note-se que, a dispensa ocorre por ato discricionário do agente público que, diante do caso concreto e observando as hipóteses permitidas em Lei, procede um juízo de valor sobre a oportunidade e conveniência de contratar diretamente, considerando o interesse público envolvido.

Registre-se que no dia 01 de abril de 2021, entrou em vigor a Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021, contudo, a mesma não revogou a Lei Federal nº 8.666/93, estabelecendo em seu art.193 um tempo de adaptação de dois anos.

Frise-se que no art.191, da Nova Lei de Licitações, restou expressamente vedada a aplicação combinada entre as aludidas normas. O que significa dizer que todas essas leis

vigorarão ao mesmo tempo, podendo a Administração valer-se de quaisquer dos regimes, contudo não poderão ser aplicadas simultaneamente no mesmo procedimento.

Ao escolher o regime, a opção deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta. O Edital definirá o regime jurídico a ser utilizado, se o novo OU o antigo, mas nunca os dois no mesmo procedimento. Revela-se, ainda, que o regime do contrato acompanha o regime da licitação, conforme se depreende da leitura do art. 190 da Lei nº 14.133/2021: *“O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada”*.

Como o questionamento do presente expediente especifica o art.24, inciso IV, da Lei 8.666/93 como fundamento para a contratação emergencial de transporte escolar, limitaremos a tratar sobre o tema à luz desse dispositivo legal.

Neste contexto, optando pelo regime jurídico estabelecido pela **Lei nº 8.666/93**, os casos de dispensa de licitação estão previstos no seu art. 24, dentre os quais, merece especial destaque, por se tratar da situação sob análise, a hipótese de prevista no inciso IV desse dispositivo legal, que tem redação do seguinte teor:

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;

Por se tratar de uma exceção ao dever de licitar, a aplicação dessa disposição legal merece interpretação restritiva e cautelosa, não devendo o argumento da “urgência” ser utilizado pelo Gestor Público de forma genérica e corriqueira.

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.” (grifo aditado).

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, tem se posicionado da seguinte forma:

“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).

Alerte-se que, 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.

Ademais, importa destacar que, a situação de urgência a justificar a contratação direta aqui analisada não pode decorrer total ou parcialmente da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis. É o que a doutrina denomina de “emergência fabricada” - quando a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível e posteriormente faz uma contratação direta, ou seja, sem o devido processo licitatório, amparada em suposta situação emergencial.

Mesmo nestes casos, a jurisprudência do TCU, atualmente, vem admitindo, diante da análise do caso concreto, a contratação direta emergencial nos casos de falta de planejamento da Administração, responsabilizando os Gestores que não providenciaram em tempo o devido processo de licitação.

É o que se observa da leitura dos decisórios abaixo extratados:

A dispensa de licitação também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois a inércia do gestor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior tutelado pela Administração. Nessas situações, contudo, o reconhecimento da situação de emergência não implica convalidar ou dar respaldo jurídico à conduta omissiva do administrador, a quem cabe a responsabilidade pela não realização da licitação em momento oportuno.
(TCU – Acórdão 2240/2015 – 1ª Câmara. Relator Ministro Benjamin Zymler)

É possível a contratação por dispensa de licitação, com base no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, ainda que a emergência decorra da falta de planejamento, inércia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, sem prejuízo da responsabilização dos gestores que não providenciaram, tempestivamente, o devido processo licitatório.
(TCU – Acórdão 1842/2017 – Plenário. Relator Ministro Vital do Rêgo)

Acrescente-se, por oportuno, que o processo de dispensa de licitação deve ser autuado e processado regularmente como todo e qualquer processo administrativo, devendo conter os elementos enumerados no parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, e, por se tratar de uma relação contratual, recomenda-se, também, a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no artigo 38 da referida Lei de Licitações e Contratos.

Nestes casos, o agente público, na instrução do processo administrativo, deve caracterizar minuciosamente a hipótese de dispensa deflagradora da contratação direta, sob pena de incidir no crime tipificado no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, *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.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público."

Como se vê, cabe ao Gestor agir com muita cautela ao contratar diretamente, uma vez que pode ser punido tanto pela contratação sem amparo na previsão legal quanto pela não observância às formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação (artigo 26 da Lei nº 8.666/1993).

Pontue-se, 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.

Ultimada a contratação, a Administração deverá fiscalizar a execução e o cumprimento do contrato.

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 descontinuidade, até que a licitação seja providenciada e concluída na maior brevidade possível.

Prosseguindo, a hipótese de contratação emergencial visando a prestação de serviço de transporte escolar poderá ser recrutada pela Administração Pública desde que, analisada a realidade jurídico-administrativa do município, verifique-se a ocorrência dos seguintes fatores: a atividade objeto da terceirização corresponda a uma atividade-meio do Ente Público; não haja previsão de função equivalente no plano de cargos, empregos e

funções do órgão ou entidade; e ainda, que inexista na relação os elementos de personalidade, habitualidade e subordinação direta.

Assim sendo, observados todos os aspectos aqui mencionados, entende-se ser possível contratação emergencial para serviço de transporte escolar municipal, até realização de licitação, com a maior brevidade possível, mediante processo administrativo formalizado, em que se assegure os princípios que regem a Administração Pública.

Prestados tais esclarecimentos, **e aqui respondendo ao questionamento feito pelo Consulente**, 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 escolar 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.

Por fim, saliente-se, mais uma vez, a configuração de emergência deve ser avaliada pelo Gestor, que, diante das especificidades atinentes ao caso concreto, deve investigar o preenchimento de TODOS os requisitos legalmente fixados para a efetivação da contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993.

É o parecer. À consideração superior.

Salvador, 27 de outubro de 2021.

Ana Marta Meira Machado Duran
Assessora Jurídica