PARECER JURÍDICO

PROCESSO DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº /2022.
ORIGEM: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO E CULTURA
INTERESSADO: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO.
ASSUNTO: DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ONIBUS DE FORMA EMERGENCIAL PARA O TRANSPORTE ESCOLAR.

RELATÓRIO:

A Comissão Permanente de Licitação formulou consulta consubstanciada nas seguintes razões:

O Secretário Municipal de Educação e Cultura, Zaqueu Luiz Bobato, enviou pedido ao Prefeito Municipal, solicitando a contratação emergencial por dispensa de licitação de 12 (doze) veículos ônibus Escolar, mínimo de 36 (trinta e seis) lugares, ano mínimo 2005 e 02 (dois) veículos Micro-ônibus Escolar, mínimo de 24 (vinte e quatro) lugares, ano mínimo 2005, com despesas de manutenção e motoristas sob responsabilidade da empresa e combustível fornecido pelo município, por um período de 03 (três) meses. O ofício inaugural declina a cotação de mercado em um valor total máximo de R$588.000,00 (quinhentos e oitenta e oito mil reais).

Alega, em apertada síntese, que desde o início da gestão no ano de 2021, encontrou algumas lacunas no modelo vigente e percebeu que seria melhor contratar através de quilômetros rodados. Iniciou um mapeamento das linhas para um novo processo licitatório por quilômetro rodado, finalizando a montagem do termo de referência, planilhas de custo e protocolou o pedido de abertura de nova licitação junto ao pregoeiro em 21/06/2022, o qual, na sequência já deu andamento para formulação do Edital e demais procedimentos necessários. No curso do processo, a licitação foi impugnada pela empresa Bitur, o que causou o atraso no andamento do procedimento.

O departamento de licitações em conjunto com a Secretaria de Educação, responderam aos questionamentos da empresa e o Edital foi republicado, tendo seu andamento normal até a data prevista no edital para recebimento e abertura das propostas. Que o processo licitatório aconteceu no dia 04/08/2022, tendo seu procedimento ocorrido de forma normal, sem qualquer intercorrência. Porém, no dia 05/08/2022, após já ter ocorrido o procedimento e já se ter conhecimento do vencedor que apresentou o menor preço, ao findar da tarde, o município foi surpreendido com o recebimento de uma comunicação via e-mail recebida do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, informando que através do despacho nº 695/20222, **o relator Conselheiro Nestor Batista, concedeu medida liminar cautelar, determinando a imediata suspensão do Pregão Eletrônico nº 61/2022, nos autos de Processo nº 418555/22, tendo como representante a empresa Bitur Transportadora Turística Ltda em face do Município de Imbituva.**

Que diante dos fatos, o município protocolou um Recurso de Agravo no referido Processo, no entanto, o Tribunal de Contas na data de 15/08/2022 apresentou o voto do Relator o qual foi referendado pelo Pleno em 18/08/2022, homologando a suspensão do processo por medida cautelar, restando ainda ser julgado o processo no mérito, não havendo ainda o trânsito em julgado.

Informa ainda, que em razão do vencimento do contrato número 29/2016 celebrado com a empresa Bitur, associado ao fato de ter ocorrido a suspensão do novo Procedimento Licitatório por medida Cautelar do Tribunal de Contas, outra medida não há, senão a realização de uma contratação emergencial evitando assim a paralização do transporte escolar.

Destaca que realizou levantamento junto a empresas de locação de veículos para transporte coletivo, conforme orçamentos anexo ao pedido, informando que no dia 22 de agosto realizou a abertura dos envelopes na sede da Prefeitura na presença de dois representantes da Empresa Bitur e um representante da Empresa Auto Viação Príncipe.

Por fim, informa que a empresa Bitur foi quem apresentou o menor orçamento entre as participantes, entretanto, no dia 26 de Agosto recebeu e-mail da empresa no qual informava não ter mais interesse em assumir o compromisso do transporte escolar, conforme documentos em anexo. Que diante da desistência da primeira colocada, consultou a empresa Eliezer Gobel Eireli, segunda colocada, se a mesma teria interesse em assumir os serviços, a qual, concordou em assumir de acordo com os valores apresentados no dia da abertura dos

envelopes, ou seja, R$14.000,00 (quatorze mil reais) mensais por veículo, totalizando o valor de R$196.000,00 (cento e noventa e seis mil reais) mensais.

Assim sendo, solicita que se proceda a Dispensa de Licitação, com base no artigo 24, inciso IV da Lei 8.666/93.

O Departamento de Contabilidade, declina a existência de previsão de recursos orçamentários para assegurar o pagamento das obrigações, estando cumprida a obrigação **definida no art. 7º, § 2º, inc. III da Lei de Licitações, bem como o estabelecido no art. 167, inc. I** e **II** da Constituição Federal.

Insta elucidar, que o presente parecer jurídico é meramente opinativo, com o intuito de orientar na resolução de questões postas em análise de acordo com a documentação apresentada, não sendo, portanto, vinculativo à decisão da autoridade competente que poderá optar pelo acolhimento das presentes razões ou não.

A justificativa apresentada para a contratação seria a necessidade de se garantir o transporte para se deslocar os alunos da rede municipal de ensino até suas respectivas escolas, tendo em vista a impossibilidade de se concluir o Pregão Eletrônico em trâmite nº 61/2022, em razão de medida cautelar de suspensão concedida nos autos de Processo nº 418555/22 pelo Tribunal de Contas do Paraná.

Em regra, a Constituição Federal determinou no art. 37, inciso XXI, que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública devem ser precedidos por licitação. No tocante aos processos licitatórios, observa-se a aplicabilidade e vigência eminentemente da Lei nº 8.666/93, que é a norma que trata dos procedimentos licitatórios e contratos com a Administração Pública, Direta e Indireta.

Consoante disposto nesta Lei de Licitações, o certame destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Assim, em se tratando das contratações feitas pelo Ente Público, deve-se observar a impessoalidade, a eficiência, a publicidade, a moralidade e a legalidade, de forma a se realizar qualquer contratação em vista de se despender o erário público da forma mais eficiente e que melhor atenda o interesse público, o que se consubstancia no alcance da proposta mais vantajosa.

De acordo com a Lei nº 8.666/93, poderá ser dispensada a licitação 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, conforme o previsto nos termos do art. 24, inciso IV, do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, no tocante à modalidade pretendida, ressaltam a doutrina e a jurisprudência que a dispensa de licitação deve ser excepcional, pois a regra é que toda a contratação da Administração Pública deve ser precedida de licitação, para preservar o princípio da supremacia do interesse público, conforme relatado supra.

No caso em tela, o procedimento de contratação tem fundamento no disposto no IV, do art. 24, que trata de dispensa de licitação por casos de emergência.

O Art. 24 da Lei 8666/93, dispõe expressamente:

Artigo 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 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".

O aludido inciso refere-se a duas situações que dão ensejo à dispensa de licitação: a emergência e a calamidade pública. Discorrendo sobre o assunto, Meirelles esclarece:

[...] 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 consequências lesivas à coletividade.

(...) *Calamidade pública* é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladas e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde pública, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral [...]. (MEIRELLES, 2007: 231, *grifo do autor*).

Ademais, segundo o magistério de Meirelles,

[...] a emergência há de ser reconhecida e declarada em *cada caso*, a fim de justificar a dispensa da licitação para obra, serviços, compras ou alienações relacionadas com a anormalidade que a Administração visa corrigir, ou com o prejuízo a ser evitado. Nisto se distingue dos casos de *guerra, grave perturbação da ordem* ou *calamidade pública* em que a anormalidade ou risco é *generalizado*, autorizando a dispensa de licitação em toda a área atingida pelo evento. (MEIRELLES, 1998: 94, *grifo do autor*).

Superada essa distinção, vamos nos ater aos aspectos relacionados à "emergência".

Como se vê, para que a hipótese de emergência possibilite a dispensa de licitação, não basta que o gestor público entenda dessa forma. Necessário se faz à comprovação da situação emergencial, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. A dispensa por emergência tem lugar quando a situação que a justifica exige da Administração Pública providências rápidas e eficazes para debelar ou, pelo menos, minorar as consequências lesivas à coletividade. Nesse sentido, ensina Antônio Carlos Cintra do Amaral:

"A emergência é, a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: 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 prejuízo à empresa (obviamente prejuízo 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. (AMARAL, 2001:4)."

Deve haver, portanto, direta correlação entre o significado da palavra "emergência" e o tempo necessário à realização de licitação. Aqui, o termo "emergência" diz respeito à necessidade de atendimento imediato a certos interesses, diferentemente do sentido vulgar do termo, em que significa uma "situação crítica; acontecimento perigoso ou fortuito; incidente". (FERREIRA, 1989, p. 634).

Destaca-se que o artigo 24 da Lei 8.666/93 é taxativo ao afirmar a dispensa de licitação para o casos de emergência ou calamidade.

Neste mesmo sentido o **TCU** já se pronunciou em eminente Decisão nº 347/1994 do Plenário, que é seguidamente invocada a propósito da aplicação do art. 24, inc. IV, da lei 8.666/03, no voto do **Min. CARLOS ÁTILA**, no sentido de que:

"além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, IV, da mesma Lei:

a-1) **que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não tenha se 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 a culpa ou dolo dos **agentes públicos que tinham 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 o risco de danos a bens ou à saúde ou a vida de pessoas**; a-3) **que o risco, além de concreta 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..."**

Extrai-se da dicção legal que, quando houver situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços,

equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, é possível a dispensa da licitação. Assevere-se que a emergência capaz de justificar a situação de dispensa da licitação deve estar respaldada em situação real decorrente de fato imprevisível ou, embora previsível, que não possa ser evitado. Isso porque a lei pressupõe uma situação fática de incontornável urgência, a demandar imediata intervenção do gestor, na estrita medida do necessário para atender a excepcionalidade verificada.

Para Amaral (2001), essa hipótese não é de dispensabilidade de licitação, mas sim de dever jurídico de contratar sem licitação, uma vez que a situação emergencial exige providências rápidas, não podendo aguardar um procedimento lento e burocrático.

Entretanto, esse dispositivo tem sido, com alguma frequência, mal interpretado ou utilizado de forma desvirtuada pelos agentes públicos em geral, devido ao fato de que, na prática, vem-se desprezando um ou alguns dos requisitos ou utilizando-se de uma exegese ampliadora dos seus limites.

A jurisprudência, outrora admitindo amplamente a caracterização da emergência, vem restringindo cada vez mais a sua amplitude de tal modo que, na atualidade, o balizamento sobre a sua utilização está bastante definido.

Em outras palavras, a emergência é um conceito relacional entre a situação fática anormal e a realização de certos valores. A ocorrência anômala conduzirá ao sacrifício desses valores se for mantida a disciplina estabelecida como regra geral. A Administração Pública, então, abre mão das regras-padrão em prol da satisfação do interesse público.

Assim definiu Marçal Justen Filho:

> "No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores. (JUSTEN FILHO, 2002:239)."

Na lição do Professor Marçal Justen Filho, a contratação direta por motivo de emergência ou calamidade deve ser sempre precedida da análise de dois requisitos:

1) demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, e

2) demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco

Segundo o doutrinador, o primeiro requisito não trata da urgência meramente teórica, mas sim daquela concreta, cujos dados que a evidenciam possam ser efetivamente aferidos.

Inobstante ser notório o prejuízo advindo da inexecução do serviço de transporte escolar, cumpre observar que este decorre de uma obrigação constitucional contida no artigo 208, VII, da Lei Maior.

Note-se, assim, que o próprio legislador constituinte definiu o caráter essencial do serviço público de transporte escolar.

No caso, tem-se, em tese, por demonstrada de forma efetiva a potencialidade de dano caso não haja a execução dos serviços de transporte escolar, mostrando-se a contratação direta como a única via apta a eliminar o risco, salvo se for possível e razoável suspender as aulas e de alguma forma readequar as linhas já existente, até a conclusão de um processo licitatório.

Contudo, isso não significa que toda a contratação de empresa para a prestação de serviço essencial será dispensável, sob pena de se acarretar verdadeira distorção dos princípios da Administração Pública, tornando-se regra geral a dispensa de licitação.

Quanto à formalização do processo de dispensa de licitação, reza o artigo 26 da Lei 8.666/93, in verbis:

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.

Dessa forma, infere-se que em casos como o presente deve o contratante:

> 1 -justificar a situação de dispensa;
> 2 - como condição para a eficácia dos atos, comunicar, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias;
> 3 - justificar a escolha do contratado; e
> 4 - justificar a aceitação da proposta.

No que tange à escolha da empresa a ser contratada diretamente, MARÇAL JUSTEN FILHO assevera, litteris:

> "Não é possível inviabilizar a atividade administrativa para tutelar o princípio da isonomia. A Administração necessita realizar o contrato e terá de contratar um único sujeito – ou, pelo menos, não poderá contratar todos os sujeitos potencialmente em condições equivalentes de conhecimento, experiência e notório saber. É impossível estabelecer critério objetivo de seleção da melhor alternativa. Logo e havendo situações equivalentes, a única solução é legitimar escolha fundada na vontade do agente administrativo. Isso corresponde ao conceito de discricionariedade."

O instituto da dispensa de licitação, mais especificamente nos casos de emergência, tendo sempre como parâmetros os princípios da moralidade e impessoalidade na atuação da administração pública.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO (2002, p. 234),

> "...a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável a competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público. Toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinadas caso a caso. Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração. Esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se a licitação não tivesse existido. Muitas vezes, sabe-se de antemão que a relação custo-benefício será desequilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício do interesse público. Impõe-se a contratação direta porque a licitação é dispensável."

Segundo o princípio da razoabilidade, a aquisição deve ser feita mediante licitação e em quantitativo razoável, para estrito atendimento da demanda.

Diga-se, por oportuno, que, para que haja licitude em tal contratação direta, é mister a plena demonstração da potencialidade do dano e da eficácia da contratação para eliminar esse risco. O gestor deve demonstrar que a contratação direta é o caminho adequado e efetivo para aniquilar tal risco, além de observar, no que couber, os procedimentos previstos no art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993.

Sempre que haja possibilidade de concorrência, sem prejuízo ao interesse público, deverá haver licitação. A contratação direta, sem realização do prévio certame licitatório, somente é admitida excepcionalmente, nas hipóteses

trazidas na própria lei. Tais situações, contudo, configuram-se em exceções à regra geral. A licitação é regra; a contratação direta, exceção.

O parecer é **OPINATIVO**, razão pela qual, caso Vossa Excelência juntamente com o Secretário de Educação e Cultura entenderem estar demonstrada de forma efetiva a potencialidade de dano caso não haja a execução imediata do serviço de transporte escolar, que os critérios de conveniência, necessidade e urgência-emergência estão presentes, pode determinar a contratação, condicionado ainda a existência de dotação orçamentária, que seja precedida de 03 (três) orçamentos, apresentação de todas as certidões negativas exigidas por lei, que o prazo máximo não ultrapasse 180 (cento e oitenta) dias, e que sejam seguidos os procedimento previstos no artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, opinando ainda, para que a eventual contratação seja pelo menor prazo possível, recomendando que se proceda a imediata abertura de novo processo licitatório para ampla concorrência.

È o Parecer. s.m.j.

Imbituva, 26 de setembro de 2022.

Giovani Claudio Andrade
Advogado
OAB/PR 31.836