

Contratação direta em face de emergência

“O que se entende por contratação direta em face de emergência? Faz-se possível a utilização do art. 24, IV, em se tratando de obras públicas? Como aferir se o preço praticado pela empresa que se pretende ver contratada é condizente com os preços de mercado?”

Parecer nº 158/2013 NCA-PGE/AP

Processo nº 2013/06937

Interessado: Secretaria de Estado de Infraestrutura

Assunto: Contratação direta de empresa de engenharia para reforma do Centro de Internação Provisória – CIP/FCRIA no Município de Macapá (AP)

EMENTA

Licitação – Contratação direta – Reforma de prédio público – Emergência – Art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 – Determinação judicial – Possibilidade condicionada – Responsabilização dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

RELATÓRIO

O Secretário de Estado de Infraestrutura encaminha¹, a esta Procuradoria, processo para contratação direta – dispensa de licitação.

– art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 – de empresa para reforma do Centro de Internação Provisória – CP/FCRIA, no Município de Macapá (AP).

A despesa foi orçada no valor de R\$ 109.744,60 (cento e nove mil setecentos e quarenta e quatro reais e sessenta centavos). A demanda é proveniente de solicitação da Fundação da Criança e do Adolescente – FCRIA, a qual requereu após inspeção do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que a Secretaria consulente realizasse a reforma no prédio público em caráter emergencial.

O processo chegou a este Núcleo Consultivo aos 13 dias do mês de fevereiro do corrente ano, contendo 59 (cinquenta e nove) páginas, e veio acompanhado dos seguintes documentos:

- Ofício² da Diretora-Presidente da Fundação da Criança e do Adolescente – FCRIA, endereçado ao Secretário de Estado e Infraestrutura, requerendo a reforma emergencial do Centro de Internação Provisória – CIP/FCRIA (fls. 01-02), acompanhado de fotografias (fls. 03-12), que atestam a precariedade do prédio público onde ocorrerá a reforma;

- Documentação relacionada à ordem judicial (Juizado da Infância e Juventude – Atos Infracionais) que determina a correção nas irregularidades na estrutura física e administrativa no CIP/FCRIA no prazo de 10 (dez) dias (fls. 13-15);

- Despacho do Secretário de Estado em exercício, endereçado à Coordenadoria de Planejamento, Estudos e Projetos – COPLAN

- Da SEINF para manifestação e providências pertinentes (fl. 16);

- Despacho da coordenadora da COPLAN/SEINF, para providência quanto ao procedimento licitatório (fl. 17);

- Despacho do gerente do Núcleo de Custo e Orçamento – NCO da COPLAN/SEINF, endereçado ao Engenheiro André Maurício, requerendo a elaboração do orçamento estimado dos serviços; memória de cálculo; composição de preços unitários de serviços; projeto básico e Anotação de Responsabilidade Técnica – ART de orçamento (fl. 18);

- Projeto básico, devidamente assinado pelo engenheiro responsável e aprovado pelo Secretário de Estado (fls. 20-27);

- Orçamento básico estimado dos serviços (fls. 28-29);

- Cronograma físico-financeiro (fl. 30);

- Composição de serviços SEINF com preços de insumos SINAPI (fl. 31);

- Memória de cálculo (fls. 32-33);

- Especificações técnicas (fls. 34-41);

- Comunicado interno do gerente do NCO/COPLAN/SEINF, endereçado à coordenadora do COPLAN/SEINF, com proposta, preço e prazo (fl. 42);

“O objetivo da norma prevista no art. 24, IV, é evitar ou minorar os prejuízos decorrentes de situação urgente ou emergencial. Tais situações não podem ser vistas como aquelas configuradas pela desídia administrativa, pois ‘é mister que se compatibilizem no tempo o evento, a contratação e a execução para que as exigências legais licitatórias possam ser assim momentaneamente desconsideradas’. Não obstante se esteja diante de uma situação um tanto indesejável, certo é que a emergência encontra-se configurada, carecendo uma atuação por parte do Estado, sobremaneira, porque há determinação judicial nesse sentido.”

• Despacho do gerente do NCO/COPLAN/SEINF encaminhando à COPLAN/SEINF o orçamento estimativo para execução dos serviços (fl. 43);

• Anotação de Responsabilidade Técnica – ART (fl. 44);

• Projeto arquitetônico em planta baixa (fl. 45);

• Despacho da Engenheira Coordenadora da COPLAN/SEINF, encaminhado ao Gabinete, fazendo alusão à documentação existente no processo, necessária à licitação emergencial (fl. 46);

• Justificativa de dispensa de licitação, a favor da empresa Cabral & Nascimento Construções Ltda. (CNPJ nº 05.461.433/0001-68), com base no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 (fls. 52-53);

• Justificativa de dispensa de licitação devidamente assinada pelo Secretário de Estado (fl. 54);

• Parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria, opinando pela possibilidade de contratação direta (fls. 55-57). Era o que se fazia necessário e pertinente relatar.

QUESITOS

1. O que se entende por contratação direta em face de emergência?

2. Faz-se possível a utilização do art. 24, IV, em se tratando de obras públicas?

3. Como aferir se o preço praticado pela empresa que se pretende ver contratada é condizente com os preços de mercado?

4. há margem de discricionariedade ampla para a Administração quanto à escolha do contratado privado?

À vista de tais questionamentos, direcionar-se-á a resposta abaixo transcrita, fundamentada, exclusivamente, em aspectos jurídicos e na documentação que nos consta.

FUNDAMENTAÇÃO

a) A contratação direta – a emergência

Trata-se, sumamente, de contratação direta de empresa para reforma de prédio público. A emergência decorre de decisão judicial, a qual determinou a reforma solicitada em caráter de urgência e no prazo máximo de 10 (dez) dias.

O caso remete à ideia de intervenção judicial em políticas públicas e ao ativismo judicial. Muito embora o tema seja por

demais relevante³, não há espaço, no presente parecer, para discussão quanto à validade do ato judicial praticado, especialmente porque, até o atual momento, não houve modificação da decisão impositiva do cumprimento do dever legal ao Estado.

O objetivo da norma prevista no art. 24, IV, é evitar ou minorar os prejuízos decorrentes de situação urgente ou emergencial. Tais situações não podem ser vistas como aquelas configuradas pela desídia administrativa⁴, pois “é mister que se compatibilizem no tempo o evento, a contratação e a execução para que as exigências legais licitatórias possam ser assim momentaneamente desconsideradas”⁵. Não obstante se esteja diante de uma situação um tanto indesejável, certo é que a emergência encontra-se configurada, carecendo uma atuação por parte do Estado, sobremaneira, porque há determinação judicial nesse sentido.

b) Dos requisitos do art. 26 da Lei nº 8.666/93

Mesmo em se tratando de contratação direta, alguns requisitos devem ser observados. Os processos de dispensa devem ser instruídos com os requisitos do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93:

“Art. 26. (...).

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.”

Quanto ao inciso I, a justificativa encontra-se nos autos, às fls. 52-53. Todavia, trata-se de uma justificativa muito genérica, quando deveria trazer elementos específicos. As razões de escolha do fornecedor não são tão objetivas.

Quanto à justificativa de preço, contida no inciso III, não há cotações de preços, quando o mínimo recomendável são três referências de preços, notadamente porque o valor da despesa é elevado. A contratação direta não permite, de forma larga, uma discricionariedade sem limitações. Há a necessidade de pesquisa de preços.

“é justamente pelo fato de a licitação ser possível nas contratações baseadas no art. 24 da Lei nº 8.666/93 é que se torna imperativa a demonstração da vantagem advinda da dispensa em comparação com a licitação propriamente dita. Em todas as situações, com base em um projeto básico (ou termo de referência), deve-se colher no mercado cotações para – mesmo em um rito sumário – obter a melhor proposta possível. Devem estar claras no processo as razões de escolha do contratado e a justificativa do valor pactuado. Os preços ofertados também devem ser menores ou iguais aos da Sicro/Sinapi.”⁶

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da união possui diversos julgados:

Acórdão nº 444/2009 – TCU – Plenário
Ministro Relator: Valmir Campelo

“1. A pesquisa de preços, o orçamento detalhado e a demonstração de vantagem são requisitos de validade nas contratações com a Administração Pública, mesmo se oriundas de dispensa ou inexigibilidade de licitação.”

Acórdão nº 2.387/2007 – TCU – Plenário
Ministro Relator: Augusto Sherman

“Não admita, em contratos que venham a ser celebrados mediante dispensa de licitação, a ocorrência de itens com preços superiores aos praticados por empresas do mesmo ramo.”

Acórdão nº 267/2001 – TCU – Primeira Câmara

“é necessário consultar o maior número possível de interessados em contratações de caráter emergencial, em atenção aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, que devem reger as atividades do administrador público.”

A norma legal que vaticina a dispensabilidade de licitação não permite uma ampliação da discricionariedade ao administrador público. Razões de ordem pública, fundada em manifesto interesse público, devem servir como baliza para não se realizar o normal procedimento licitatório.

Portanto, para fins de cumprir o inciso III, recomenda-se que conste justificativa nos autos sobre a pesquisa de mercado, com a complementação ou a impossibilidade de outras ofertas, em atenção ao disposto na lei⁷.

Por fim, as razões de escolha do fornecedor, inciso II, não podem ocorrer aleatoriamente. É que, mesmo em se tratando de contratação direta, a obediência aos princípios constitucionais da isonomia e da transparência deve imperar.

Com efeito, o permissivo legal não induz à desobediência de normas mínimas. Bem pelo contrário, pois “a contratação direta não autoriza atuação arbitrária da Administração. No que toca ao princípio da isonomia, isso significa que todos os particulares deverão ser considerados em plano de igualdade”⁸. Assim sendo, deve ser oportunizado a outros possíveis licitantes a possibilidade de contratar com o Poder Público no presente caso.

c) Do instrumento contratual

A contratação dos autos deveria ser concretizada por meio de instrumento contratual; contudo, os autos não vieram instruídos com a minuta de contrato. Ante a situação de emergência, que exige celeridade na tramitação do feito, entende-se justificada a dispensa do instrumento contratual a ser substituída pela Nota de Empenho, com fundamento no art. 62 da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

“Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e *facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis*, tais como carta-contrato, *nota de empenho de despesa*, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.” (grifou-se)

d) A apuração da responsabilidade administrativa

A contratação emergencial somente está sendo envidada por força de medida judicial. Torna-se a repetir que se trata de uma emergência, porém, uma emergência criada e não natural. Como já mencionado, a licitação deve, rotineiramente, ser observada pela Administração. Não obstante a existência do dever de licitar existe situações em que a Administração Pública tem a faculdade, fundamentada no interesse público, de não realizar a licitação, estabelecendo o ordenamento exceções ao princípio constitucional do dever de licitar, *verbis*:

“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.”

O caso remete a uma situação nitidamente emergencial. Muito embora o Tribunal de Contas da união tenha firmado entendimento, em decisão emblemática⁹, e em caráter normativo, no sentido de que a contratação direta, com base no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, não possa ser envidada nos casos de urgência decorrente de desídia administrativa ou má gestão dos recursos públicos, o mesmo Tribunal já suavizou este entendimento, reputando que, independentemente da causa da emergência, ela, por si só, já é suficiente para possibilitar a incidência da previsão normativa contida no art. 24, IV, da Lei nº 8.666.

Em verdade, para o TCU, a variância existe, tão somente, no campo da responsabilização, pois, em se tratando de emergência que não seja natural, o agente público deve ser responsabilizado¹⁰. Reputamos, todavia, que não se deva mesclar a situação de urgência, *de per si*, com a eventual carência de planejamento que tenha lhe dado causa. A índole premente da emergência é feição de sua própria natureza, o que independente de sua causalidade. Ela simplesmente existe. Como consequência, a ação célere do gestor com vias ao resguardo do interesse coletivo – finalidade de todas as formas de administração – desde que devidamente motivada, é um dever intrínseco da atividade de gestão¹¹.

Assim sendo, a responsabilização do agente público faz-se cogente. Inadmissível que uma situação calamitosa, como a verificável nos autos, possa ter surgido espontaneamente. Cuida-se, sem questionamentos, não somente de ausência de planejamento estatal, mas de incúria, de falta de zelo com a coisa pública, e, por que não, com a própria pessoa humana, já que o prédio público onde ocorrerá a reforma serve de albergue para menores infratores.

Impossível imaginar que uma situação tão calamitosa não fosse visivelmente verificável de modo recente. Todavia, estes questionamentos calham para o presente momento exclusivamente com uma finalidade: possibilitar a responsabilização dos agentes públicos. Por mais que se trate de um caso urgente, tal situação não abona a responsabilidade de quem deu causa à situação.

O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas funções, podendo as sanções decorrentes de tais responsabilidades cumularem-se, sendo

independentes entre si. Para tanto, faz-se necessária a abertura de processo administrativo, a fim de que se verifique a responsabilidade do servidor público que deu causa à situação calamitosa.

CONCLUSÃO E DEMAIS CONSIDERAÇÕES

À guisa de considerações derradeiras, ciente de que foram respondidos os quesitos previamente formulados, opina-se, condicionalmente, pela possibilidade de contratação direta, com base no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, desde que sanadas as omissões apontadas.

Destaque-se que a aprovação da contratação é condicionada às observâncias das medidas e diligências recomendadas neste parecer, com destaque para as justificativas. Assim, a autoridade consulente responde de forma pessoal e exclusiva pela omissão decorrente de eventual contratação sem a devida observância das recomendações, cujo cumprimento é requisito do ato de aprovação.¹²

Por fim, não é demais lembrar a necessidade de comunicação da dispensa à autoridade superior no prazo de 3 (três) dias, para ratificação, e publicação, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para eficácia do ato, conforme determina o *caput* do art. 26 da Lei nº 8.666/93.

Remete-se às considerações superiores.

Macapá, 15 de fevereiro de 2013.

Guilherme Carvalho e Sousa
Procurador do Estado

NOTAS

1 Ofício nº 224/2013 – GAB/SEINF, de 8 de fevereiro de 2013.

2 Ofício nº 94/2013-GAB/FCRIA, de 1º de fevereiro de 2013.

3 A respeito do tema, o procurador que a esta subscreve já se manifestara em duas ocasiões. “SOUSA, Guilherme Carvalho e. Quanto à insuficiência do direito para correta averiguação de políticas públicas: interdependência com outras disciplinas e limitações ao controle exercido pelo Poder Judiciário. Fórum Administrativo, v. 10, p. 09-18, 2010”; “SOUSA, Guilherme Carvalho e. *A razoabilidade como critério de controle e políticas públicas pelo Poder Judiciário*. BDA (São Paulo), v. 8, 2011, p. 945-951”.

4 Nesse sentido, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2000.

5 ARAÚJO NETTO, Edmir. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 531.

6 CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*. Belo horizonte: Fórum, 2012, p. 115.

7 Diligência.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 283.

9 TCU. Processo nº TC-009.248/1994-3. Decisão nº 347/1994 – Plenário. Relator Ministro Carlos Áttila da Silva.

10 Acórdão nº 1.876/2007 – TCU – Plenário. Ministro Relator: Aroldo Cedraz; Acórdão nº 1.138/2011 – TCU – Plenário. Ministro Relator: Ubiratan Aguiar.

11 CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. *Obras públicas: comentários à jurisprudência do TCU*. Belo horizonte: Fórum, 2012, p. 119.

12 Nesse sentido a AGU emitiu ORIENTAÇÃO NORMATIVA (NAJ-MG nº 7, de 17 de março de 2009), que versou sobre a aprovação jurídica nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (Ref. PARECER Nº AGU/CGU/NAJ/MG-874/2008-MACV).

GUILHERME CARVALHO E SOUSA é doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB, Especialista em Direito Público e Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Advogado militante, com atuação prioritária nos tribunais superiores e na área de contratação pública e Direito Empresarial. Sócio do escritório Guilherme Carvalho & Advogados Associados. Professor universitário em Brasília (IESB e UNICEUB), palestrante e Professor de Pós-Graduação em vários cursos, faculdades e tribunais de contas. Autor de vários artigos e pareceres jurídicos publicados em revistas de grande circulação. Procurador do Estado do Amapá e Bacharel em Administração de Empresas.