



**Título :** CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO PARA A ÁREA HOSPITALAR

**Autor :** Guilherme Carvalho e Sousa

**DOCTRINA - 960/212/OUT/2011**

**CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO PARA A ÁREA HOSPITALAR**

por **GUILHERME CARVALHO E SOUSA**

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Professor de Direitos Administrativo e Processual Civil do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Professor do curso de Pós-Graduação em Direito do CEAP-AP. Bacharel em Administração de Empresas. Advogado militante, com atuação prioritária nos tribunais superiores.

#### **Parecer nº 514/2011 NCA-PGE/AP**

Processo nº 2011/11335

LICITAÇÃO. DISPENSA (ART. 24, INC. IV). CONTRATO EMERGENCIAL. POSSIBILIDADE CONDICIONADA AO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AFERIÇÃO PELO GESTOR.

O Secretário Adjunto de Saúde do Estado solicitou<sup>1</sup> desta Procuradoria parecer técnico-jurídico acerca da contratação de empresa especializada no ramo de fornecimento de alimentação para determinados hospitais estaduais.

Juntamente à solicitação, vieram os autos de todo o processo administrativo, inclusive com manifestação<sup>2</sup> da Assessoria Jurídica da Secretaria, pugnando pela validade da dispensa do procedimento licitatório.

#### **PRELÚDIO FÁTICO**

A narração fática do presente caso é demasiadamente simplória, não obstante envolver uma complexidade que ultrapassa o labor jurídico passível de ser apreciado no *dictamen* que ora se passará a proferir, adentrando, sumamente, na discricionabilidade do gestor público.

O Estado firmou contrato administrativo em momento anterior para fornecimento de alimentação para a rede de saúde pública estadual. O contrato inicial<sup>3</sup> fora materializado em 18.02.2005, no valor inicial de R\$ 7.107.095,40, pelo prazo de doze meses. Aludido instrumento passou por seis prorrogações, sofrendo seis termos aditivos, e o seu sexto termo prorrogou o contrato por mais seis meses, findando em 30.01.2010.

Em 30 de abril de 2010, o processo veio a esta Procuradoria do Estado, tendo sido emitido parecer<sup>4</sup> pugnando pela possibilidade de prorrogação do contrato por prazo superior a 60 meses; em outras palavras, o contrato, prorrogado por seis vezes e vencido – mesmo após a sexta prorrogação – há mais de três meses, foi,

novamente, prorrogado por mais doze meses: a sétima prorrogação.

Apesar da ressalva quanto à necessidade de nova licitação constante no parecer que pugnou pela sétima prorrogação do contrato, por meio de simples cálculos aritméticos, percebe-se, categoricamente, que o contrato inicial, prorrogado por sete vezes, se encontra, novamente, vencido.

Não foi realizado o processo licitatório no período de doze meses após a emissão do Parecer nº 70/2010. É dizer: por mais óbvio que fosse a premente e urgente necessidade de realizar nova licitação para a prestação dos serviços, esta, sequer, foi deflagrada. E não se pode sustentar tal fato em ausência de tempo hábil, haja vista que mais de um ano se passou.

Pragmaticamente, da historieta acima se pode deduzir em qual situação está a Secretaria do Estado da Saúde no atual momento: não realizou a licitação, na iminência de outra contratação emergencial, fincada no “salvo-conduto” do permissivo legal encartado no art. 24 da Lei nº 8.666/93.

É diante de tal situação espantosa, que vieram a esta Procuradoria os autos para emissão de parecer sobre a possibilidade de contratação direta sem a realização de prévia licitação.

## **QUESITOS**

- 1) Quais situações fáticas são aptas a deflagrar a contratação por dispensa de licitação?
- 2) O objeto dessa licitação pode ser enquadrado como emergente?
- 3) A quem assiste a competência para declarar um procedimento licitatório dispensável?
- 4) Há discricionariedade ampla para a Administração Pública proceder à contratação por dispensa?
- 5) Qual o limite do parecer técnico jurídico emitido pela Procuradoria do Estado em casos de contratação direta?

Repousa sobre tais questionamentos o discorrer fático-jurídico a que se ocupará de responder no presente *dictamen*.

## **FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA PARA O CASO**

O tema encarta uma das mais sérias discussões no âmbito da política governamental – a contratação pela Administração Pública. Vigoram como normas vertentes do agir público, inclusive institucional, a indisponibilidade do interesse público e a observância da máxima legalidade. É à luz de tais questionamentos que se discutirão a obrigatoriedade de licitar e a dispensa da licitação.

### **a) Quanto ao dever de licitar**

A liberdade de contratar, para o particular, não encontra a mesma ressonância para a Administração Pública. É que muito se debate sobre a real existência da autonomia da vontade para o Poder Público. Forte em argumentos contrários à negativa do ideal autonomista, prepondera a regra – ou melhor, matriz de ordem

constitucional da Administração Pública – da licitação.

O contrato, como categoria jurídica, supõe o mútuo consentimento das partes, supõe a liberdade das convenções, respira liberdade; e a licitação, contraditoriamente, a restrição, embora seja pressuposto constitucional do contrato administrativo.

**O ordenamento constitucional vigente (art. 37, XXI), no entanto, tornou a liberdade de contratar exceção para a Administração, e regra a licitação.** Ao inverter a regra da liberdade contratual clássica do direito privado, o que se almeja, conforme os ideais liberais que vicejaram nos dois últimos séculos, no direito público, é a proteção do indivíduo contra o arbítrio, resguardando não a liberdade do Estado para contratar, mas a do indivíduo para concorrer ao contrato desejado pela Administração: eis por que a contradição é apenas aparente ou lógica, sendo como é o princípio licitatório corolário dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade e finalidade pública.<sup>5</sup> (Grifos do original.)

Portanto, licitar não é faculdade da Administração, mas dever, mister constitucionalmente delineado pelo legislador constituinte originário que norteia a atividade administrativa e garante a preservação do interesse público, visando, sobremaneira, à escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público. Bandeira de Mello acentua:

sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa. Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico, que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados.<sup>6</sup>

Na verdade, o dever de licitar traduz-se não apenas como múnus para o Estado, mas, principalmente, como verdadeira política pública.

É impossível compreender-se estado democrático de direito operante sem políticas públicas pré-definidas e funções administrativas sem o balizamento de normas jurídicas. A atividade contratual da Administração Pública, mesmo quando no exercício de competências discricionárias, deve exprimir escolhas ditadas por políticas públicas e implementadas de acordo com as normas jurídicas que viabilizem a concretização do interesse público.

**A norma constitucional que estabelece o dever de licitar traduz política pública na medida em que pressupõe ser a competição seletiva isonômica aquela que habilita a Administração Pública, consultado o mercado, à identificação da proposta mais favorável à prestação de serviços, à execução de obras, à compra ou à alienação de bens.** A competição reduz o risco de formação de cartéis e superiormente atende aos princípios nomeados na cabeça do art. 37 da CR/88.<sup>7</sup> (Grifamos.)

Enfim, “a licitação é, ela própria, um princípio (agora constitucional), decorrente de outros, como os da indisponibilidade e supremacia do interesse público, e é restrição à liberdade de escolha do contratante”.<sup>8</sup>

## **b) A licitação dispensável**

Como mencionado, a licitação deve, rotineiramente, ser observada pela Administração. Não obstante a existência do dever de licitar, existem 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, *in verbis*:

Art. 24 É dispensável a licitação:

*Omissis.*

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.

Quando o interesse estatal puder ser satisfeito por uma competição padrão, e considerando possível a competição, haverá licitação. Logo, se existe discricionariedade para o administrador público em não realizar licitação nos casos de dispensabilidade, tal discricionariedade é extremamente mitigada, eis que, precisamente, emoldurada nas restritivas hipóteses previstas em lei.

Como é usual afirmar, a supremacia do interesse público fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública – o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto de desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais.

(...)

**Portanto, a contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação.** O primeiro é a existência de um procedimento administrativo. O segundo é a vinculação estatal à realização de suas funções.

A contratação direta submete-se a um procedimento administrativo, como regra. **Ou seja, ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação.** Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível. Somente em hipótese-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação dos valores a cuja realização se orienta a atividade administrativa.<sup>9</sup> (Grifos do original.)

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

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”.<sup>10</sup>

A título ilustrativo, o anteprojeto de uma nova lei de licitações consigna que o diploma se destina a disciplinar os procedimentos de contratação, assentando que a contratação direta também se configura como um procedimento sujeito à observância de princípios e etapas similares à licitação propriamente dita.

### **c) A análise do caso concreto**

A análise do caso cotejado remete, indiscutivelmente, a uma situação de extrema emergência, em que pese a situação não ter ocorrido de forma natural, mas criada, previamente plantada pela própria Administração Pública, a qual foi precária, ineficiente, ineficaz e, acima de tudo, demasiadamente irresponsável.

Mesmo assim, a situação está posta. Cabe a indagação: o que resta fazer? Realizar licitação, cuja demora, faticamente, ocasionará a interrupção na prestação do serviço, ou contratar emergencialmente, a fim de que o serviço não seja interrompido? Há, portanto, que se proceder à ponderação de valores, a qual, saliente-se, somente pode ser aferida pelo próprio gestor público, ainda que possa ser conferido um norteamo, estritamente jurídico nessa análise.

#### d) A emergência

O objetivo da norma prevista no art. 24, inc. IV é evitar ou minorar os prejuízos decorrentes de urgência ou emergência. Tais situações não podem ser vistas como aquelas configuradas pela desídia administrativa,<sup>11</sup> 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”.<sup>12</sup>

Como se trata de exceção, a jurisprudência vem restringindo a possibilidade de caracterização da emergência. Segundo o Tribunal de Contas da União,<sup>13</sup> a situação que caracterize a emergência deve ser devidamente esclarecida e justificada.

Aqui, a emergência diz respeito à possibilidade de se promover a dispensa de licitação. Corolário dessa premissa é, fundamentalmente, a absoluta impossibilidade de atender ao interesse público – fim único de toda atividade administrativa – se adotado o procedimento licitatório. Emergência, para autorizar a dispensa, requer a caracterização de uma situação cujo tempo de atendimento implique a necessidade de dispensar o procedimento licitatório.<sup>14</sup>

Marçal Justen Filho<sup>15</sup> salienta, ainda, como pressupostos da contratação direta a **demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano**, evidenciando-se a situação concreta existente e indicando os dados que expressam a urgência, bem como a **demonstração de que a contratação é a via adequada e efetiva para eliminar o risco**, expondo a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano.

#### e) Vedação ao sigilo e ampla publicidade

De todo modo, alguns outros requisitos devem ser observados. Em primeiro lugar, **a vedação do sigilo**, devendo haver ampla publicidade e conhecimento ao público ao realizar determinado contrato, mesmo que se trate de contratação direta.

Ainda que a particularidade do caso permita suprimir ou restringir a competição, a todos os possíveis interessados deve ser dada a possibilidade de formular propostas, pois

verificada a existência de pluralidade de particulares em condições de atender aos interesses estatais e existindo critérios objetivos de seleção, a Administração terá o dever de propiciar a competição. Deverá reconhecer aos diversos interessados a possibilidade de acesso equivalente ao certame. Os requisitos de participação deverão ser similares.<sup>16</sup>

Essa possível pluralidade de participação somente é aferível pelo próprio gestor. Mas, de antemão, é possível salientar que um mínimo de amplitude concorrencial deve ser conferida à dispensa, visto que, embora contratação direta, trata-se de contrato que envolve vultosa quantia, o qual, há tempo, é objeto de irregularidades.

#### f) A motivação do ato

Merece destaque a motivação do ato que ocasiona a contratação direta. A ausência de motivação especificada importa em anulabilidade do ato. No caso em tela, há a justificação, porém, em documento apócrifo, sem número, sem assinatura nem mesmo do presidente da Comissão Permanente de Licitação (CPL) da Secretaria. Deduz-se, portanto, que não há justificação.

Ao optar por um determinado sujeito, excluindo a contratação de terceiros, deve-se indicar os fundamentos da decisão. Em todos os casos, **atribuição de competência discricionária não se confunde com liberação de motivação nem autoriza prevalência de motivos meramente subjetivos**. Aliás, muito ao contrário, a competência discricionária demanda justificativas muito mais exaustivas e minuciosas do que a prática do ato isolado.<sup>17</sup> (grifou-se).

A perspectiva da ausência de motivação do ato discricionário não mais comporta guarida no Direito Administrativo moderno. Para justificar a escolha adequada e regular, alinhada ao suporte do interesse público, a motivação do ato faz-se imprescindível.

Respondendo ao quesito 3 deste parecer, pode-se dizer, claramente, que cabe ao Secretário de Saúde do Estado a competência para declarar processo licitatório dispensável, ressaltando que o ato necessita de plena motivação.

#### **g) Outros requisitos**

Todavia, imprescindível é a pesquisa de mercado, bem assim a comprovação, por parte da empresa a ser contratada, de todas as certidões de regularidade, atualizadas. Nesse sentido, determinação do TCU:

apresente, quando das contratações por exclusividade, **justificativa detalhada dos critérios técnicos e objetivos para a escolha do fornecedor**, abstendo-se de aceitar atestado de exclusividade que não abranja todo o objeto contratado, bem como que verifique a veracidade do conteúdo das declarações prestadas no atestado de exclusividade, realizando pesquisa no mercado, fazendo constar do processo a documentação comprobatória. (TCU, Acórdão nº 2.960/2003, 1ª Câmara.) (Grifamos.)

De forma mais didática, o TCU estabeleceu quais seriam os requisitos para a contratação direta, concluindo:

a) além da adoção das formalidades previstas no art. 26, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso da dispensa, preconizado no art. 24, 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 da situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar o risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas; a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, mostre-se 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. (TCU, Decisão nº 347/1994, Plenário, Rel. Min. Carlos Átila da Silva.)

Todos esses requisitos deságuam no cerne da questão: contratação de empresa sem licitação, por dispensa, sem a realização de ampla concorrência, com base em situação emergencial. Todavia, a análise da conveniência e oportunidade da contratação – mérito administrativo – foge aos conhecimentos jurídicos insculpados neste *legal opinion*. Como dito, não cabe ao advogado público, ao exarar parecer, proferir opiniões distraídas do que a *expertise* jurídica lhe permite profligar.

É que “o advogado público, quando chamado a dar uma consulta jurídica nos autos de um processo administrativo, opina”.<sup>18</sup> Ele simplesmente opina. Logo, o agente público que decidirá o caso submetido à consulta do advogado é que emitirá o ato administrativo de cunho decisório.

Ainda que não sejam de competência deste parecerista atos investigativos, como, por exemplo, saber se a empresa cumpre com os requisitos de habilitação e se atende aos preços de mercado, verifica-se, nos autos, que nem todos os requisitos foram preenchidos, principalmente a justificativa do ato de dispensa, devidamente assinada pelo Secretário de Saúde.

A título de ilustração, a justificativa para dispensa não foi sequer assinada pelo presidente da comissão permanente de licitação nem pelo Secretário de Saúde.

Ainda assim, caso se entenda pela contratação da empresa Joelson Pimentel dos Santos - ME, o que – volta-se a repetir – **somente poderá ser decidido pelo próprio gestor, e não por este parecerista**, alguns

requisitos devem ser tomados, os quais se encontram insertos no art. 26 da Lei nº 8.666/93:

1) O ato deverá ser comunicado, dentro de três dias, à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos autos. “O ato que autoriza a contratação direta e estabelece as condições de sua formalização deve ser levado à publicação”.<sup>19</sup>

2) O processo deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante e com a justificativa de preço. “A validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública”.<sup>20</sup>

Por fim, deve-se atentar para as exigências elencadas no art. 55 da Lei nº 8.666/93, é dizer, as cláusulas necessárias em todo e qualquer contrato.

#### **h) Quanto à responsabilização do agente público transgressor da norma**

Por outro lado, imprescindível a apuração da responsabilidade do agente público que transgrediu a norma impositiva do dever de licitar. Por mais que se trate de caso urgente, tal situação não abona a responsabilidade de quem contratou sem instaurar o devido processo licitatório.

A bem da verdade, a Lei nº 8.666/93, que salienta o princípio da obrigatoriedade da licitação, dispõe:

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.

A desobediência à obrigação do processo de licitação ocasiona a subsunção do ato ao tipo penal previsto no art. 89 do Estatuto:

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.

O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas funções, podendo as sanções decorrentes de tais responsabilidades cumular-se, sendo independentes entre si.

Para tanto, faz-se necessária a abertura de processo administrativo, a fim de verificar a responsabilidade do servidor que deu causa ao fato sem o devido processo licitatório.

#### **CONCLUSÕES E DEMAIS CONSIDERAÇÕES**

À guisa de considerações derradeiras, ciente de que foram respondidos os quesitos previamente formulados, é crível, unicamente, salientar que, caso tenham sido atendidos todos os requisitos comprovantes da emergência, cabe ao gestor aprovar a contratação direta.

Por oportuno, deve restar bem claro que a escolha da empresa e a verificação dos requisitos comprovantes

da dispensa devem, necessariamente, ser aferidas pela Consulente, restando ao gestor a conveniência de realizar a contratação.

Por fim, destaca-se a necessidade de realização de inquérito administrativo para averiguar a responsabilidade do servidor que deu causa à contratação de serviços sem o prévio processo licitatório.

Com escusas de haver excedido o limite meramente técnico que a consulta formulava e adentrando um pouco na seara administrativa, **é o que nos parece.**

Remeto às considerações superiores.

---

<sup>1</sup> Ofício nº 1276/2011 – SESA.

<sup>2</sup> Parecer Jurídico nº 203/2011 – ASSEJUR/SESA.

<sup>3</sup> Contrato nº 3/2005.

<sup>4</sup> Parecer nº 70/2010 – PGE/AP a respeito de pedido de manifestação sobre a prorrogação do Contrato nº 3/2005 com a empresa que prestava o serviço.

<sup>5</sup> ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 557.

<sup>6</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 73.

<sup>7</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restalatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 31.

<sup>8</sup> ARAÚJO, Edmir Netto. Op. cit., p. 531.

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 281.

<sup>10</sup> Ibid., p. 283.

<sup>11</sup> Nesse sentido, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>12</sup> ARAÚJO, Edmir Netto. Op. cit., p. 531.

<sup>13</sup> TCU, Processo nº 525.127/96-8, Decisão nº 820/1997, Plenário.



<sup>14</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 327.

<sup>15</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 292.

<sup>16</sup> Ibid., p. 283.

<sup>17</sup> Ibid., p. 285.

<sup>18</sup> NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. O advogado parecerista e a lei de improbidade administrativa. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF*, Curitiba: Zênite, n. 76, p. 346-351, nov. 2007/2008.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 372.

<sup>20</sup> Ibid., p. 370.