



ADVOGACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ
GABINETE

PARECER n. 00021/2022/GAB/PFUNIFAP/PGF/AGU

NUP: 23125.003343/2022-82 (SAPIENS - 00893.000053/2022-37)

INTERESSADOS: REITORIA UNIFAP

ASSUNTOS: DEMAIS HIPÓTESES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

Contratação em Caráter Emergencial dos Serviços de Apoio Administrativo. Motorista. Aplicação do Inciso IV do art. 24 da Lei 8666/93. Possibilidade, Atendidas as Condicionantes Apontadas.

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo instaurado a fim de viabilizar a Contratação, em caráter emergencial, dos serviços de apoio administrativo - função de motorista - pelo período de 180 (cento e oitenta) dias ou até que se conclua o processo licitatório objeto do Processo Administrativo 23125.028944/2021-80.

2. No que interessa a presente análise os autos do processo administrativo são instruídos os seguintes documentos relevantes:

- o Documento de formação de demanda nº 5/2022;
- o portaria 1785/2021 - constituição de equipe de planejamento da contratação;
- o ata de reunião da Equipe de Planejamento da contratação realizada no dia 14/02/2022;
- o ETP 04/2022;
- o matriz de gerenciamento de riscos;
- o pesquisa de preços;
- o termo de referência;
- o CCT 2021/2023 registrada no MTE sob o nº AP000070/2021 ;
- o despacho nº 4063/2022-DEPAG; solicita autorização para contratação direta e aprovação do ETP e TR;
- o despacho nº 4066/2022 - PROAD, autoriza a contratação e aprova os atos;
- o despacho nº 41/2022-DGO, informa a existência de crédito para atender a execução por 03 meses;
- o ofícios e emails com consulta aos prestadores de serviço;
- o planilha de cotações;
- o justificativa de preços, assinada pelos membros da equipe de planejamento da contratação;
- o propostas dos prestadores do serviço;
- o documentação referente a capacidade técnica;
- o consulta ao SICAF no dia 26/01/2022;
- o atos constitutivos, transformação de MEI em Empresa Individual e alterações do ato constitutivo de empresa Somar Soluções e Serviços EIRELI;
- o balanço patrimonial da empresa SOMAR exercício 2021;
- o despacho 4244/2022-DEPAG;
- o minuta do contrato;
- o termo de dispensa de licitação assinado digitalmente pelo Pró-Reitor de Administração;
- o despacho 4326/2022-PROAD;
- o despacho 4350/2022-REITORIA, ratifica a dispensa de licitação.
- o mapa comparativo de preços;

II- DOS LIMITES DA ANÁLISE JURÍDICA

3. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados.

4. Importante salientar que o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, parte-se da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

5. Não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

6. Finalmente, cabe salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações.

III - FUNDAMENTAÇÃO

7. No dia 01 de abril de 2021 foi publicado no DOU a Lei 14.133, nova lei de licitações, que embora tenha entrado em vigor imediatamente, só revoga as leis 10.520/2002 e 8.666/93 após decorridos dois anos de sua publicação, com exceção dos arts. 89 a 108 da última lei que foram revogados imediatamente (art. 193).

8. Isso significa que até o dia 01/04/2023 tanto as normas antigas quanto a nova Lei continuarão produzindo efeitos jurídicos, não sendo possível, todavia, combinar regras das duas leis em uma mesma contratação.

9. Assim durante o período de vigência simultânea das normas a administração pode adotar validamente uma das seguintes possibilidades: (I) Aplicar a lei nova; (II) Aplicar a lei antiga, ou (III) Alternar a aplicação de regimes, ora promovendo licitações sob a lei antiga e ora promovendo sob a lei nova.

10. Da análise das peças que instruem os autos resta evidente que a administração se vale da Lei 8666/93 para fundamentar a contratação emergencial pretendida.

III - 1 Contratação direta em circunstâncias de emergência ou calamidade pública

11. As contratações realizadas pela administração, como regra, submetem-se à formalidade da licitação. Nesse sentido o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal que segue:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

*XXI - **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados 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.*

12. Desde a primeira parte do dispositivo transcrito, foi ressalvada a possibilidade de a legislação regulamentadora prever hipóteses que excepcionem a regra da licitação.

13. Normas Gerais em matéria de licitação foram editadas pela União Federal por meio da Lei 8.666/93 - Lei Geral de Licitações e contratos administrativos.

14. As hipóteses de flexibilização do rigor da regra da licitação constam dos art. 17, 24 e 25 da LGL.

15. A possibilidade de dispensa de licitação nas hipóteses de emergência ou calamidade pública é assim disciplinada na norma de regência:

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;***

16. Assim, percebe-se que situações emergenciais podem ensejar a contratação direta por parte da Administração, desde que atendidos todos os requisitos que lhes são impostos.

17. Com efeito, acerca do conceito de emergência, leciona Marçal Justen Filho (*in*: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª edição. São Paulo: Dialética, 2008, p. 292):

*No caso específico das contratações diretas, **emergência significa necessidade de atendimento imediato 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***

III - 2 Condicionantes para regularidade da contratação direta com base no inciso IV do art. 24 da Lei 8666/93

18. A literalidade do inciso IV do art. 24 da Lei 8666/93 revela condicionantes bastantes específicas para contratação direta emergencial que, a rigor, merecem ser identificadas e conferidas ao presente processo:

- a) urgência de atendimento
- b) ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares
- c) somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa
- d) 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;

III - 2.1. Limitações impostas à contratação emergencial

19. O objetivo da contratação direta diante de circunstâncias emergenciais não é, exatamente, tratar o problema de fundo enfrentado pela Administração. Antes, o objetivo é superar a crise enfrentada e, debelar a emergência.

20. Considere-se nesse sentido precedente do TCU que segue:

As contratações emergenciais se destinam a dar condições à Administração para se programar e para poder realizar, em um período de 180 dias, **procedimentos necessários para a aquisição de bens e serviços mediante regular certame licitatório**. (Acórdão 1457/2011-Plenário | Relator: JOSÉ JORGE)

21. Com efeito, a legislação e o TCU impõem limitações à contratação emergencial, **tanto no que se refere ao seu conteúdo, como no que se refere ao seu prazo**. Essas limitações serão objeto de abordagem específica a seguir.

III - 3.1.1. Limitações quanto ao objeto do contrato.

22. A literalidade do inciso IV do art. 24 da Lei 8666/93 revela um desenho bem definido do objeto do contrato emergencial. A rigor, esse contrato pode abranger apenas “... *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*”.

23. O TCU tem adotado essa interpretação literal e, tem limitado o objeto do contrato emergencial, determinando que abranja apenas a “parcela mínima” para tratamento e superação do quadro emergencial. Considerem-se:

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-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN)

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 1217/2014-Plenário | Relator: ANA ARRAES)

Na utilização do inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993 como fundamento da contratação direta, as obras e/ou serviços contratados **devem estar adstritos aos itens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e que possam ser concluídos 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. (Acórdão 2190/2011-Plenário | Relator: JOSÉ JORGE)

24. A obra Licitações de Contratos do TCU, tratou de forma incisiva a questão da limitação do objeto do contrato emergencial conforme segue:

Nesse caso, a contratação deve servir somente para o atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para etapas ou parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade.

III - 3.1.2. Prazo de 180 (cento e oitenta) dias

25. A regra é a observância do prazo máximo de 180 dias. O prazo é razoável e, como regra, suficiente para conclusão de uma nova licitação.

26. Importante não perder de vista que, os 180 dias a que alude o dispositivo legal destinam-se à realização de nova licitação. Nesse sentido o voto do Min. Raimundo Carreiro ao Acórdão 1833/2011-Plenário trouxe o seguinte conteúdo:

3. No tocante à dispensa indevida de licitação, ressalto [...] fatos que agravam a irregularidade.

[...]

5. O segundo, que considero o mais grave - e, por isso, classifico-o como irregularidade distinta, para fins de audiência -, foi a celebração de dois contratos emergenciais seguidos - nº 334/2009 e nº 499/2010 -, ambos com duração de 180 dias, excedendo-se o prazo máximo legal, sem que haja notícia da instalação do devido procedimento licitatório, conforme exige o art. 2º da mesma lei [Lei 8.666/93].

(...)

27. No mesmo sentido tem-se:

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-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER)

28. Considere-se ainda que o referido prazo deve ser contado de forma consecutiva e ininterrupta conforme precedente do TCU que segue:

Na utilização do inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993 como fundamento da contratação direta, as obras e/ou serviços contratados devem estar **adstritos aos itens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e que possam ser concluídos 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. (Acórdão 2190/2011-Plenário | Relator: JOSÉ JORGE)

Admite-se, em caráter excepcional, e com fundamento no interesse público, contratação emergencial da prestação de serviços que não possam sofrer solução de continuidade, desde que justificada adequadamente no respectivo processo e apontados os problemas que poderão advir da paralisação de tais serviços, comprovando-se a ocorrência de prejuízo ao interesse público, **A contratação será apenas durante o prazo necessário para a realização do novo processo licitatório, observando-se o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/1993.** (Acórdão 727/2009 Plenário)

A contratação emergencial destina-se somente a contornar acontecimentos efetivamente imprevistos, que se situam fora da esfera de controle do administrador e, mesmo assim, tem sua duração **limitada a 180 dias, não passíveis de prorrogação** (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 4570/2014-Primeira Câmara | Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO)

29. O TCU reconhece que eventualmente o prazo de 180 dias poderá ser ultrapassado, preenchidos requisitos específicos. Neste sentido:

O limite de 180 dias estabelecido para a duração de contratos emergenciais pode ser ultrapassado quando o objeto a ser executado além desse prazo preencher as seguintes condições: i) 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 ii) somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa. (Acórdão 106/2011-Plenário | Relator: UBIRATAN AGUIAR)

Enunciado: O limite de 180 dias imposto às contratações por emergência deve ser interpretado com cautela, podendo tal dimensionamento ser ultrapassado, se essa alternativa for indispensável a evitar o perecimento do interesse público a ser protegido. (Acórdão 2024/2008-Plenário, Relator, BENJAMIN ZYMLER)

30. Lucas Rocha Furtado traz importante lição acerca do prazo dos contratos emergenciais, abrindo inclusive a possibilidade de sua suspensão, prorrogação ou, até mesmo nova contratação (renovação) diante de fato novo:

O Tribunal de Contas da União, ao proceder ao exame do processo TC nº 625.189/97-3 (Decisão nº 822/97, Plenário. Ata nº 48/97), entendeu que a ocorrência de nova situação calamitosa requer a celebração de novo contrato, não sendo possível a renovação — e não prorrogação, como equivocadamente indica o dispositivo legal —do anteriormente

celebrado.

Situação diversa, em que se examinou a possibilidade de prorrogação, e não de renovação, de contrato emergencial, foi igualmente objeto de manifestação do mesmo Tribunal de Contas da União. A interpretação procedida pelo Tribunal levou à conclusão de que o art. 24, IV, a rigor, estaria a vedar a renovação do prazo do contrato, e não a prorrogação do início ou da conclusão da execução de contratos celebrados sem licitação sob o fundamento de urgência ou emergência.

No exame do processo TC nº 500.296/96-0, em que restou evidente a distinção entre os termos “renovação” e “prorrogação”, manifestou-se o TCU nos seguintes termos:

[...] 5. As premissas que fundamentam a consulta são as seguintes. Foi decretado estado de calamidade pública em um ente municipal. O município não tem recursos financeiros suficientes para arcar com as despesas decorrentes desse estado calamitoso. Diante disso, encaminhou projetos a órgãos do governo federal solicitando os recursos. Após aprovação, os recursos foram repassados 60 (sessenta) dias após a ocorrência da calamidade e inclusive do respectivo Decreto. Por sua vez, o município só vai poder iniciar as obras, serviços e aquisição de bens, oriundos dos projetos aprovados, após a efetivação dos créditos, posto que só poderá empenhar à vista de tais créditos. Na suposição de que as obras, serviços e aquisições foram realizados de forma a atender o prazo contido no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.443/92, qual seja, 180 (cento e oitenta) dias após o evento calamitoso, decorrendo daí as contratações emergenciais, tais obras, serviços e aquisições só findarão 240 (duzentos e quarenta) dias consecutivos e ininterruptos após a ocorrência do evento. [...]

21. Consoante registrado anteriormente, a Lei determina que ocorrendo situação calamitosa ou emergencial, as obras e serviços deverão ser concluídos no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

22. No entanto, a superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere as condições do respectivo contrato, é razão suficiente para alteração do contrato, a teor do disposto no art. 57, §1º, item II, da Lei nº 8.666/93.

23. Nesse sentido, compartilho com o entendimento proferido pelo Prof. Marçal Justen, que assim prescreve: ‘a prorrogação é indesejável, mas não pode ser proibida. Nesse ponto, a lei deve ser interpretada em termos. A prorrogação poderá ocorrer, dependendo das circunstâncias supervenientes. Embora improvável, poderiam suceder-se duas calamidades em uma mesma região, de modo que a segunda impedisse a regular execução do contrato firmado para atender situação emergencial criada pelo evento anterior’ (op. cit., p. 137).

24. Com respeito a Teoria da Imprevisão, a doutrina é pacífica no sentido de sua aplicação em contratos administrativos. [...]

31. Diante do exposto, entendo, conclusivamente, que os contratos, firmados com dispensa de licitação, com base no disposto no inciso IV, art. 24, da Lei nº 8.666/93, embora tenham prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a conclusão das obras e serviços, podem ser prorrogados, desde que ocorra, posteriormente, fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.

Assim, acolho a proposta da Unidade Técnica e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto à apreciação deste Plenário [...].

31. É de se concluir, portanto, que os contratos emergenciais, diante de situações excepcionais e estranhas à vontade das partes (conforme Decisão nº 820/96 supra), poderão sofrer prorrogação em seus prazos de início e de conclusão; não se admite, no entanto, a renovação de referidos contratos.

III- 2.2. Pressupostos fáticos.

32. O TCU tem considerado os seguintes pressuposto fático para viabilização da contratação emergencial:

- a) Fato imprevisível;
- b) Potencial danoso ou risco efetivo;
- c) Urgência;

33. Neste Sentido, considerem-se precedentes pertinentes:

a) Imprevisibilidade

É irregular a contratação tida como emergencial, por dispensa de licitação, sempre que não esteja presente o elemento da imprevisibilidade dos acontecimentos futuros, pois, nesses casos, restam demonstradas a falta de planejamento e a desídia administrativa por parte do gestor público. (Acórdão 1030/2008-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO)

A dispensa de licitação por situação emergencial caracterizada não em fatos novos e imprevisíveis, mas em situação decorrente de ausência de planejamento do gestor conduz à irregularidade das contas e à imposição de multa. (Acórdão 798/2008-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER)

A contratação emergencial destina-se somente a contornar acontecimentos efetivamente imprevistos, que se situam fora da esfera de controle do administrador e, mesmo assim, tem sua duração limitada a 180 dias, não passíveis de prorrogação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 4570/2014-Primeira Câmara | Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO)

b) Potencial danoso da circunstância emergencial

É irregular a contratação emergencial por dispensa de licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93) quando a interdição do acesso à edificação com problema estrutural for suficiente para a eliminação do risco e, conseqüentemente, da situação emergencial. (Acórdão 27/2016-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO)

A ausência de risco grave de ocorrência de danos a bens ou a integridade de pessoas, diante da natureza da própria contratação, impede a caracterização de situação emergencial que justifique a dispensa de licitação, a exemplo de impressão de convites, confecção de revista e gravação e produção de comerciais. (Acórdão 287/2011-Segunda Câmara | Relator: RAIMUNDO CARREIRO)

c) Urgência

A situação de dispensa de licitação por situação emergencial não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa. É cabível a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. (Acórdão 1876/2007-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ)

III- 2.2.1. Falta de planejamento e emergência

34. Precedentes do TCU no sentido do impedimento tem-se:

O planejamento inadequado por parte da administração afasta a possibilidade de contratação emergencial, com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 7557/2010-Segunda Câmara | Relator: BENJAMIN ZYMLER).

A situação adversa ou emergencial, a ensejar a contratação direta, não pode ter se originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, não pode, 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. (Acórdão 2055/2013-Segunda Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER)

A contratação por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, fundamentada em situação emergencial constituída em decorrência da falta de planejamento por parte da Administração, afronta o disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993. (Acórdão 202/2015-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN)

35. Contra o impedimento

Se a situação fática exigir a dispensa por situação emergencial, mesmo considerando a ocorrência de falta de planejamento, não pode o gestor deixar de adotá-la, pois se assim proceder responderá não apenas pela falta de planejamento, mas também pelos possíveis danos que sua inércia possa causar. (Acórdão 1022/2013-Plenário | Relator: ANA ARRAES)

36. Na linha contrária ao impedimento transcreve-se lição de Marçal Justen Filho (in: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª edição. São Paulo: Dialética, 2008, p. 294):

“A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada ‘emergência fabricada’, em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tivesse sido realizada. Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação de emergência). **O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Deverá fazer-se a contratação pelo menor prazo e com o objeto mais limitado possível, visando a afastar o risco de dano irreparável. Simultaneamente, deverá desencadear-se a licitação indispensável. Ou seja, a desídia administrativa não poderá redundar na concretização de danos irreparáveis aos valores buscados pelo Estado, mas se resolverá por outra via.**”

III - 3. Cláusula resolutiva como cláusula essencial do contrato emergencial

37. À medida que a contratação direta emergencial tem por objetivo superar apenas o quadro emergencial, é de todo previsível que imediatamente seja providenciado pela Administração a licitação regular do objeto que atenda a necessidade integral da Administração.

38. A partir dessa necessária temporariedade da contratação emergencial, o TCU tem exigido que seja inserido no contrato emergencial cláusula resolutiva, que estabeleça a sua extinção logo após a conclusão do processo licitatório.

O contrato emergencial deve conter expressa cláusula resolutiva que estabeleça a sua extinção logo após a conclusão do processo licitatório para nova contratação dos correspondentes serviços. (Acórdão 3474/2018-Segunda Câmara | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO)

O contrato emergencial deve conter expressa cláusula resolutiva que estabeleça a sua extinção logo após a conclusão do processo licitatório para nova contratação dos correspondentes serviços. (Acórdão 9873/2017-Segunda Câmara | Relator: ANDRÉ DE CARVALHO)

III - 4. Requisitos do processo de contratação direta por urgência:

39. A literalidade do art. 26 da Lei 8666/93 exige das contratações diretas com base no art. 24:

- a) Justificativa;
- b) Comunicação à autoridade superior em 3 (três) dias para ratificação;
- c) Publicação na imprensa oficial em 5 dias;

40. Especificamente no que se refere às contratações diretas baseadas em circunstâncias emergenciais ou calamidade pública o § único do art. 26 exige:

- a) caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
- b) razão da escolha do fornecedor ou executante;
- c) justificativa do preço.
- d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

41. Sob a perspectiva formal, não são poucos os precedentes do TCU impondo exigências ao administrador:

A dispensa de licitação por urgência na contratação exige processo administrativo específico, contendo a demonstração da situação emergencial, a razão da escolha do contratado e a justificativa de preço, exigidos no art. 26 da Lei 8.666/1993. (Acórdão 1192/2008-Primeira Câmara | Relator: GUILHERME PALMEIRA).

Mesmo na hipótese de contratação emergencial, é necessária a elaboração de projeto básico com todos os elementos indicados no art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/1993, em face do disposto no art. 7º, § 2º, inciso II e § 9º da mesma Lei. É possível admitir a celebração de contratos firmados com suporte em projeto básico que não apresentem todos esses elementos, em casos excepcionais, com o intuito de afastar risco iminente de dano a pessoas ou a patrimônio público ou particular. (Acórdão 3065/2012-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO).

Mesmo no caso de dispensa de licitação por situação emergencial, é dever da instituição contratante formalizar o respectivo processo, caracterizando a situação, a razão da escolha do prestador de serviço e a justificativa do preço, e publicar o ato de dispensa na imprensa oficial, sendo vedada a prestação de serviços sem a cobertura de contrato devidamente formalizado, por expressa previsão do art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 3083/2007-Primeira Câmara | Relator: MARCOS BEMQUERER)

42. Em resumo, foram identificadas as exigências que seguem:

- a. formalizar o respectivo processo;
- b. Justificativa da contratação;
- c. Comunicação à autoridade superior em 3 (três) dias para ratificação;
- d. Publicação na imprensa oficial em 5 dias;
- e. demonstração da situação emergencial;
- f. razão da escolha do contratado;
- g. justificativa de preço;
- h. projeto básico que pode ser traduzido em planilha estimativa devidamente

fundamentada em relatório técnico;

III - 5 Responsabilidade pela contratação emergencial

43. Desde logo é importante esclarecer que a contratação direta emergencial é, como regra, lícita, atendida as exigências legais. Portanto, não há que se falar em apuração de responsabilidade apenas em função da prática dessa modalidade de contratação.

44. Eventual desídia ou falta de planejamento que pode ter motivado a contratação direta é uma outra questão, que deverá ser apurada em processo autônomo na forma da ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 11, DE 1º DE ABRIL DE 2009, cujo enunciado possui o seguinte teor:

A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NO INC. IV DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, EXIGE QUE, CONCOMITANTEMENTE, SEJA APURADO SE A SITUAÇÃO EMERGENCIAL FOI GERADA POR FALTA DE PLANEJAMENTO, DESÍDIA OU MÁ GESTÃO, HIPÓTESE QUE, QUEM LHE DEU CAUSA SERÁ RESPONSABILIZADO NA FORMA DA LEI.

45. Apenas em função da pertinência com o tópico, há precedente do TCU esclarecendo que a contratação direta emergencial não gera necessariamente responsabilidade do administrador notadamente quando, por motivos razoáveis, não houver sido concluída em tempo hábil licitação anterior. Considere-se:

Não se imputa responsabilidade ao gestor por contratação emergencial, quando o fato gerador da situação foi a não conclusão, em tempo hábil, de licitação em curso antes do fim da vigência de contrato anterior e existe, no contrato emergencial, **cláusula resolutiva que prevê a sua rescisão após a conclusão do procedimento licitatório**. (Acórdão 1872/2010-Primeira Câmara | Relator: WEDER DE OLIVEIRA)

III - 6 A pesquisa de preço na contratação direta emergencial

46. Os critérios para elaboração de orçamento para contratação de obras e serviços de engenharia foram definidos ao Decreto nº 7.983/2013. No que se refere à aquisição de bens e serviços genericamente considerados, os critérios constam da IN SEGES nº 73/2020, em especial ao seu art. 5º.

47. A referida instrução normativa trouxe em seu art. 7º regras específicas para pesquisas de preços nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Por outro lado, em seu §4º, frisou que tais critérios se aplicam inclusive para as hipóteses de dispensa de licitação (Lei 8666/93, art. 24), fazendo menção expressa ao inciso IV (contratação direta emergencial). Considere-se o dispositivo:

Art. 7º Os processos de inexigibilidade de licitação deverão ser instruídos com a devida justificativa de que o preço ofertado à administração é condizente com o praticado pelo mercado, em especial por meio de:

I - documentos fiscais ou instrumentos contratuais de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, emitidos no período de até 1 (um) ano anterior à data da autorização da inexigibilidade pela autoridade competente;

II - tabelas de preços vigentes divulgadas pela futura contratada em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, contendo data e hora de acesso.

§1º Poderão ser utilizados outros critérios ou métodos, desde que devidamente justificados nos autos pelo gestor responsável e aprovados pela autoridade competente.

§2º Excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata o caput pode ser realizada com objetos de mesma natureza.

§3º Caso a justificativa de preços aponte para a possibilidade de competição no mercado, vedada está a inexigibilidade.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, às hipóteses de dispensa de licitação, em especial as previstas nos incisos III, IV, XV, XVI e XVII do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

48. No sentido da relevância e da obrigatoriedade da pesquisa de preços, considerem-se pontuais precedentes do TCU:

É obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, dos fixados por órgão oficial competente ou, ainda, dos constantes em sistema de registro de preços. A ausência de pesquisa de preços configura descumprimento de exigência legal. (Acórdão 2380/2013-Plenário | Relator: ANA ARRAES)

Ainda que afastada a existência de sobrepreço ou superfaturamento, a falta de pesquisa de mercado no âmbito do processo de contratação direta representa irregularidade grave, por descumprimento ao art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993, sendo suficiente

para a aplicação de multa pelo TCU. (Acórdão 4984/2018-Primeira Câmara | Relator: VITAL DO RÊGO)

Na celebração de pré-contratos mediante dispensa de licitação com fundamento no art. 32 da Lei 9.074/1995, a seleção de fornecedores sem prévia pesquisa de preços baseada nos projetos efetivamente a serem executados afronta o referido dispositivo legal bem como o art. 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 2931/2016-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO)

III - 7 Regularidade fiscal

49. Nos moldes do inciso XXI, art. 37 da Constituição Federal, os requisitos de habilitação nas licitações públicas, salvo exceções previstas na legislação, devem se limitar às exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do contratado.

50. Ao regulamentar o referido dispositivo constitucional, a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 27 prevê que para fins de habilitação, os interessados nos certames licitatórios devem apresentar a documentação relativa à **regularidade fiscal** definida pelo art. 29:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: [\(Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011\)](#) [\(Vigência\)](#)

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do [Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.](#)

[\(Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011\)](#) [\(Vigência\)](#)

51. Ainda sobre a exigência de regularidade fiscal, destaca-se o seguinte entendimento do Parecer nº 03/2014/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU, consubstanciado na Conclusão DEPCONS/PGF/AGU nº 04/2014:

A regularidade perante a Seguridade Social, o FGTS e a Fazenda Nacional são requisitos obrigatórios em todas as licitações e contratações no âmbito da Administração Pública Federal, não se admitindo exceções.

A exigência de regularidade fiscal prevista no inc. III do art. 29 da Lei nº 8.666/1993 restringe-se aos tributos de titularidade da fazenda nacional e àqueles de competência das fazendas estadual, distrital ou municipal pertinentes às obras, serviços e compras a serem contratados.

52. Além das exigências da Lei de Licitações, decorre do art. 12 da Lei nº 8.429/92 a necessidade de se consultar o Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, CADIN, Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e o Cadastro Nacional das Empresas Punidas (CNEP), ambos previstos nos arts. 22 e 23 da Lei nº 12.846/13..

53. No que se refere ao Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin), a Lei nº 10.522/02 estabelece que "é obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para (...) III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos".

A jurisprudência do TCU reconhece que, "muito embora o art. 6º da referida lei obrigue que seja feita consulta prévia ao Cadin para que a Administração Pública federal, direta e indireta, realize operações de crédito e celebre quaisquer ajustes com recursos públicos, bem como conceda incentivos fiscais e financeiros, não há qualquer vedação para que assim proceda, independentemente do resultado dessa consulta" (Acórdão 6.246/2010-2ª Câmara; Acórdão 2.497/2018-Plenário).

54. Assim sendo, eventual apontamento no CADIN não constituirá óbice à celebração do aditivo pretendido, mas a consulta é obrigatória e deverá ser comprovada nos autos.

III- 8 - Qualificação Técnica

55. A contratação por dispensa de licitação não desonera a administração do dever de verificar se as empresas consultadas tem de fato aptidão técnica para executar o objeto do contrato, devendo a comprovação ser feita mediante apresentação de atestados que certifiquem a execução de atividade compatível em características, quantidades e prazos.

III -9 Dotação orçamentária

56. De acordo com o inciso III do §2º do art. 7º da Lei 8666/93, constitui condição de validade de eventual licitação a previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma:

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

(...)

III - 10 Contratação direta para contratação de serviços continuados e a IN SEGES 05/2017.

57. Dentre os aspectos mais relevantes a serem considerados tem-se:

a) O art. 34 da IN SEGES 05/2017 impõe que seja aplicado o texto da referida IN, além das disposições contidas na Lei nº 8.666, de 1993, na Lei nº 10.520, de 2002, na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, no Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, e no Decreto nº 2.271, de 1997 nos atos convocatórios;

b) Planejamento da contratação pode ser flexibilizado conforme previsto na parte final do §1º do art. 20 da IN SEGES 05/2017, notadamente na hipótese de dispensa prevista ao inciso IV do art. 24 da LGL (emergência e calamidade pública);

c) A dispensa nas hipóteses de emergência e calamidade pública dispensam estudos preliminares e gerenciamento de riscos inicial, restando a necessidade do gerenciamento de risco relacionado à gestão de contratos (IN SEGES 05/2017, art. 20, §2º;

III - 11 Análise dos autos a partir dos fundamentos lançados

III-11.1 Limitação quanto ao objeto do contrato

58. Pelo que se extrai dos autos, resta evidenciado que o objeto contratual atende ao entendimento do TCU, em especial no que se refere à restrição parcela mínima essencial para debelar à emergência, o seja, a prestação dos serviços de apoio administrativo, especificamente de motorista, cujo processo licitatório se encontra em curso.

III.11.2 Limitação temporal - 180 dias. Cláusula Resolutiva

59. A minuta de contrato não especifica o prazo de vigência do contrato.

60. O limite temporal de 06 meses consta apenas em manifestações da DEPAG (despacho 4063/2022) e TR.

61. **Assim, é necessário modificar por completo a cláusula segunda da minuta do contrato para definir o prazo de vigência (não excedente a 180 dias) e incluir cláusula resolutiva à conclusão do certame licitatório, à semelhança do que foi feito recentemente na contratação emergencial do serviço de limpeza e Conservação para os Campi Mazagão e Oiapoque (Processo 23125.018104/2021-14).**

III.11.3 Pressupostos fáticos

62. O potencial dano foi justificado no item 5 do do ETP:

Tendo em vista a não conclusão do processo licitatório nº 23125.013230/2020-83 fez-se necessário a abertura deste processo para eventual contratação via adesão a ata de registro de preço ou a contratação direta.

A UNIFAP no seu quadro de pessoal não dispõe, atualmente, de força de trabalho suficiente na categoria de motorista. Há somente um servidor em atividade neste órgão e que o mesmo já possui tempo para aposentação, o que inviabiliza o atendimento da demanda para cumprimento das diversas atividades inerentes

aos serviços de condução de veículos oficiais, bem como entrega de documentos. Esta quantidade insuficiente de motoristas oficiais na execução dos serviços impõe sobrecarga de trabalho ao único profissional que executa as tarefas de condução de veículos oficiais da UNIFAP

III.11.4 Requisitos do processo de contratação direta por urgência

63. O termo de referência foi elaborado conforme o modelo da AGU para Pregão Eletrônico: Serviços Contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, atualizado em julho de 2021 .

64. Os autos também são instruídos com os estudos preliminares elaborados pela equipe de planejamento da contratação, com a descrição da necessidade do serviço, requisitos da contratação, preços referenciais, estimativa da quantidade, estimativa de valor, alinhamento entre o planejamento e a contratação, resultados pretendidos, etc.

65. Assim, a princípio, as exigências formais alinhadas pelo TCU foram atendidas.

III.11.5 . Pesquisa de preços

66. A pesquisa de preços foi realizada diretamente junto a prestadores de serviço, conforme o mapa comparativo de preços, sob a responsabilidade dos membros da equipe de planejamento da contratação.

67. Não há dúvidas de que pesquisas foram realizadas. Contudo, não se pode desprezar aspectos formais instituídos pelos normativos editados pela SEGES/ME, em especial no que se refere à estimativa de preços calculada pela Administração.

68. **Neste sentido, recomenda-se deixar evidente nos autos que foram observados os critérios apontados pela IN SEGES nº 73/2020, em especial no seu art. 5º e 7º.**

III.11.6 - Exequibilidade da Proposta

69. **A equipe técnica deve aferir a exequibilidade da proposta, tendo em vista a convenção coletiva de Trabalho vigente da categoria profissional empregada na prestação do serviço e o previsto no art. 7, § 4º da IN 73/2020 da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia.**

III.11.7 . Regularidade fiscal

70. Foram anexados aos autos documentos referentes a regularidade fiscal e trabalhista exclusivamente da empresa que apresentaram a proposta mais vantajosa no processo simplificado para contratação por dispensa de licitação.

71. Na consulta ao SICAF feita no dia 26/01/2022 consta que a certidão referente ao FGTS teve validade até o dia 22/01/2022. **Assim, impõe-se refazimento da consulta para verificar se a situação foi regularizada como condição para a contratação.**

72. **Ademais, recomenda-se realizar consulta a bancos de dados de registro de sanções para verificação da existência da Certidão Negativa de Licitantes Inidôneas expedida pelo TCU, Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas -CEIS e Cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal - Cadin e Cadastro Nacional de empresas Punidas (CNEP).**

73. **Acaso, exista impedimento para a contratação da empresa que cotou o menor preço, a administração deve verificar a regularidade fiscal e trabalhista da segunda colocada no processo simplificado de dispensa, mediante consulta ao SICAF e demais cadastros.**

III.11 - 8 - Qualificação Técnica

74. Foram anexados aos autos um número expressivo de contratos com entes públicos e privados e atestados de capacidade técnica da empresa que cotou o menor preço, de modo que tem-se por atendida a exigência.

III.11.9 Dotação orçamentária

75. O DGO informa disponibilidade orçamentária e financeira de R\$ 179.239,98 (cento e setenta e nove mil, duzentos e trinta e nove reais e noventa e oito centavos).

76. **A administração deve aferir, todavia, se o valor informado é efetivamente suficiente para assegurar a cobertura da despesa durante o período da contratação, providenciando a devida complementação, se necessário.**

IV - DO TERMO DE CONTRATO

77. Conforme nota de rodapé na minuta de contrato, foi adotado modelo para pregão eletrônico: serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, atualizado em julho de 2020 (última atualização disponível).

78. **Recomendam-se pequenos ajustes na minuta para disciplinar adequadamente a relação jurídica decorrente de dispensa de licitação por emergência, a saber:**

a) no preâmbulo, indicar o dispositivo específico que fundamenta a contratação (art. 24, IV da Lei 8666/93) e suprimir a referência à Lei 10.520, de 17 de julho de 2002 e ao Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013;

b) no item 1.1, substituir " *O objeto do presente instrumento é contratação*" por " **CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL**" e, mais adiante " *seus anexos. Este Termo de Contrato vincula-se ao Edital do Pregão, identificado no preâmbulo, e à proposta vencedora, independentemente de transcrição*" por " no termo de referência";

c) na cláusula segunda, revisar totalmente o texto para adequá-la ao item 1.5 do Termo de referência e ao disposto no item 38 supra, sugerindo-se a seguinte redação

*O prazo de vigência deste Contrato é de 180 dias **ou** até a conclusão do processo licitatório objeto do processo nº 23125.028944/2021-80, o que ocorrer primeiro.*

d) na cláusula décima quarta, suprimir referência à Lei 10520, de 2002.

V - CONCLUSÃO

79. Ante o exposto, a contratação direta baseada no inciso IV do art. 24 da Lei 8666/93 mostra-se, a princípio lícita, desde que atendidas as condicionantes constantes do presente parecer, especialmente nos itens 61, 68, 69, 71, 72, 73 (se necessário), 76 e 78.

80. Observadas ou não as providências, não incumbe pronunciamento subsequente desta Procuradoria para verificação do cumprimento das recomendações consignadas (enunciado nº 05 do Manual de Boas Práticas consultivas da AGU), nada obstando seja formulada nova consulta com indicação de dúvida jurídica específica.

Macapá, 28 de fevereiro de 2022.

Waldinelson Adriane S. Santos
Procurador-Chefe Substituto
Portaria nº 1840/2019-UNIFAP

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00893000053202237 e da chave de acesso 485bf249

Documento assinado eletronicamente por WALDINELSON ADRIANE SARMENTO DOS SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 832011923 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): WALDINELSON ADRIANE SARMENTO DOS SANTOS. Data e Hora: 28-02-2022 10:20. Número de Série: 9759155165426062862077530048. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
