



PROCESSO Nº 024.202.01217/2018-8

PARECER Nº 008/2019

**ASSUNTO: DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CARÁTER EMERGENCIAL
PARA CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA**

PROCESSO ADMINISTRATIVO.
LICITAÇÃO DISPENSÁVEL.
EMERGÊNCIA. ART. 24, IV, DA LEI N.º
8.666/93. POSSIBILIDADE COM
RECOMENDAÇÃO.

I – RELATÓRIO:

Trata-se do Processo Administrativo nº 024.202.01217/2018-8, encaminhado pelo Diretor Presidente desta Fundação Renascer para análise de dispensa de licitação, por emergência, para contratação de empresa com intuito de fornecer mão de obra especializada para as Unidades de Atendimento Socioeducativas.

Foram acostados os seguintes documentos: Comunicação Interna DIROP-GP atinente à solicitação da contratação de empresa especializada em prestação de serviço em terceirização de mão de obra de 16 (dezesesseis) Socioeducadores I (24x72 em regime de plantão), 14 (quatorze) Socioeducadores II (44 horas semanais) e 54 (cinquenta e quatro) Educadores de Medidas Socioeducativas (24x72 em regime de plantão); Justificativa/DIROP; Decreto nº 40.189/2018 – Emergência; Cópia de Termo de Audiência – Processo nº 201800128231; cópia do Processo Seletivo Simplificado 2013; cópia do Processo Seletivo Simplificado 2016; cópia de solicitação de Processo Seletivo Simplificado; Autorização para abertura de procedimento licitatório; Solicitação de Propostas; Edital; Propostas das empresas: ACR Empreendimentos Ltda., Montenegro Terceirização e Serviços Eireli Ltda., Fran Construções e Serviços Ltda-ME, ASSTEM – Assessoria Técnica Empresarial – ME Ltda. e IAC Prestadora de Serviços Ltda.; Ata da Sessão de Dispensa de Licitação; Manifestação da IAC Prestadora de Serviços Ltda.; Relatório Técnico da Comissão de Licitação; Apresentação de Planilha de Custos discriminada pela Montenegro Terceirização e Serviços Eireli Ltda.; Recursos Administrativos das empresas ASSTEM – Assessoria Técnica



Empresarial – ME Ltda., ACR Empreendimentos Ltda. e IAC Prestadora de Serviços Ltda.; Contrarrrazões Recursais da empresa Montenegro Terceirização e Serviços Eireli Ltda.; Mapa Comparativo de Preços; Classificação Orçamentária; Consulta I-GESP; Declaração Estimativa do Impacto Orçamentário-Financeiro; Declaração sobre Aumento de Despesa; Pedido de Contratação de Serviço; Minuta do Contrato e Decisão Administrativa da Presidência da Comissão de Licitação.

II – CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:

Propedeuticamente, impende asseverar que não faz parte das atribuições desta Procuradoria Jurídica a análise acerca da conveniência e oportunidade da realização de qualquer ato de gestão, quer no seu aspecto econômico, quer no seu aspecto administrativo.

Estes aspectos são corriqueiramente denominados de "mérito administrativo" e são de responsabilidade única do Administrador Público.

À Procuradoria Jurídica, incumbe apenas a análise dos aspectos jurídicos dos questionamentos realizados.

III – MÉRITO:

A contratação direta, como o próprio nome revela, consiste na contratação feita pela Administração Pública sem que haja o prévio processo licitatório. Essa forma de contratação constitui medida excepcional, diante da regra constitucional insculpida no art. 37, inc. XXI, da Carta Magna:

"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 de 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."



Pois bem, a contratação direta tem como espécies: dispensa e inexigibilidade. A dispensa, por sua vez, tem, como subespécies, a licitação dispensada e a licitação dispensável.

A diferença básica entre as espécies de contratação direta consiste, basicamente, na possibilidade, em tese, de competição. No caso da dispensa, nos termos do art. 17, §§ 2º e 4º, ocorre a licitação dispensada, em que não existe qualquer manifestação volitiva do administrador público, impondo-se que a licitação não seja realizada e, nos termos do art. 24, trata-se de licitação dispensável, em que o administrador público tem opção em realizar ou não o processo licitatório. Por fim, na impossibilidade de competição, trata-se de inexigibilidade, nos termos do art. 25, todos da Lei nº 8.666, de 1993.

Conforme justificativa do Diretor Operacional, trata-se de requerimento de contratação emergencial de empresa especializada para prestação de serviços de fornecimento de mão de obra especializada de 16 (dezesesseis) Socioeducadores I (24x72 em regime de plantão), 14 (quatorze) Socioeducadores II (44 horas semanais) e 54 (cinquenta e quatro) Educadores de Medidas Socioeducativas (24x72 em regime de plantão) em todas as Unidades Socioeducativas da Fundação Renascer.

Analisando a situação ventilada, verifica-se que as Unidades Socioeducativas se apresentam em situação excepcional/emergencial no tocante às movimentações atípicas, a saber, superlotação das referidas Unidades, diminuto quadro de funcionários e, sobretudo, há o agravamento da situação ante a Decisão Liminar oriunda do Processo nº 201811700534, determinando a transferência dos adolescentes/jovens do Centro de Atendimento ao Menor – CENAM a local adequado, sob pena de Alvará de Desinternação Coletivo, bem como, do Termo de Audiência realizada em 25 de outubro de 2018, nos autos do feito tombado sob o nº 201800128231, estabelecendo cronograma de transferência dos internos do CENAM para a nova Unidade de Medida Socioeducativa do Município de Nossa Senhora do Socorro e dos internos da USIP para as instalações atuais do CENAM, visando o início das obras de reforma e ampliação da Unidade USIP.

Através do Despacho Motivado, a DIRAF destaca também, que o Processo Seletivo Simplificado nº 03/2016 finalizou sua vigência em novembro de 2018.



Destaque-se que, apesar de ter sido solicitado autorização para renovação do Processo Seletivo Simplificado à SEPLAG e à Secretaria de Estado da Casa Civil (fls. 424/426), ainda não se obteve resposta, fatores estes que deixarão todas as Unidades da Fundação Renascer sem os profissionais essenciais para desenvolvimento das atividades socioeducativas.

A contratação dos Socioeducadores e dos Educadores de Medidas Socioeducativas é considerada atividade-fim e antes havia o entendimento da Procuradoria Geral do Estado de Sergipe de que não poderia ocorrer a contratação, via terceirização, de profissionais de atividades socioeducativas.

Tal entendimento ocorrera no Parecer nº 1053/2018, datado de 08/02/2017 (sic) e devidamente aprovado em 09/02/2018 pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Especial dos Atos e Contratos Administrativos, onde reforma o Parecer PGE 551/2018 entendendo como:

"inexiste a possibilidade de se efetuar a terceirização do cargo de monitor de atividades face a inadequação com os ditames da Súmula 331 do TST"

Entretanto, no último dia 30/08/2018 o STF encerrou o julgamento referente à ADPF 324 e ao RE 958.252, analisando em ambos a constitucionalidade da terceirização na denominada "atividade-fim", estas entendidas como as atividades principais de cada empresa.

Tais ações envolviam processos que tinham como objeto a terceirização na atividade-fim anteriores à entrada em vigor das leis 13.429/17 e 13.467/17, que estabeleceram a possibilidade legal de terceirização nas atividades principais.

Na ocasião, por maioria de votos (7 a 4), o STF entendeu pela constitucionalidade da terceirização da atividade-fim, fixando a seguinte **tese de repercussão geral**:

"É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da contratante". (STF, Pleno, RE 958.252/MG, rel. min. Luiz Fux, j. 30/8/2018).



Portanto, a contratação de profissionais de atividades socioeducativas pode ser plenamente feita pela Fundação Renascer, pois não é mais considerada ilegal ou ilícita.

Como não há tempo hábil para a conclusão de Processo Seletivo Simplificado, acata o Sr. Presidente a solicitação de abertura de Processo Emergencial e o autoriza em 03 de dezembro de 2018 (fls. 450), estando respaldado no Decreto nº 40.189/2018, de 20 de novembro de 2018, expedido pelo Governador do Estado de Sergipe, decretando situação de EMERGÊNCIA nas Unidades Socioeducativas da Fundação Renascer.

O Decreto nº 40.189, de 20 de novembro de 2018, assim descreve em seu artigo 7º que:

"Durante a vigência deste Decreto, uma vez preservado o interesse e o patrimônio público, poderá o gestor, responsável pelo CENAM/USIP/CASE, efetuar contratação temporária emergencial de pessoal, contratação de serviços, locação de imóveis e aquisição de bens materiais e insumos de primeira necessidade, podendo fazer uso da modalidade de dispensa de licitação, respeitados os arts. 24 e 26 da Lei (Federal) nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em face da urgência na preservação da saúde e da integridade física dos adolescentes atendidos pela RENASCER, bem como dos seus servidores, além dos iminentes riscos de danos às unidades de atendimento."

Para tanto, é considerada uma situação emergencial, asseguradora da regular dispensa de licitação, aquela que precisa ser atendida com urgência, objetivando a não ocorrência de prejuízos, não sendo comprovada a desídia do administrador ou a falta de planejamento.

Pretende, assim, a Fundação Renascer, enquadrar o presente caso concreto em uma forma de contratação direta, correspondente à licitação dispensável emergencial, prevista no art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666, de 1993, que possui a seguinte redação:



"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;

Pertinente trazer à colação, o entendimento do Ilustre Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, in "*Contratação Direta sem Licitação*", 5ª Ed. P. 323-324, que ao definir risco assevera:

"Não basta, contudo que ocorra situação de emergência, sendo imprescindível que a situação gere urgência de atendimento por parte da Administração, cuja omissão possa ocasionar ou comprometer a segurança de pessoas, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, em suma o risco. Nesse passo é mister que o administrador, ao dispensar a licitação tenha presente o risco que, com a dispensa poderá ser evitado."

E continua logo adiante:

"Há de se observar, ainda, que tanto o risco à segurança das pessoas e bens ampara o uso da norma, quanto ao risco de grave prejuízo, de conteúdo econômico."

A emergência pode decorrer de um caso fortuito ou força maior, que será aferida de forma objetiva, como também pode ser ocasionada, a partir da má gestão do administrador público, que resultará, no momento de sua verificação, em uma imprescindibilidade de prestação de serviços, sem que haja tempo necessário para a realização do devido processo licitatório.



Nesse sentido, nos ensina Antônio Carlos Cintra do Amaral:

“Há que usar essa faculdade com o devido cuidado. Sobretudo se deve atentar que muitas vezes a emergência resulta não do imprevisível, mas da falta de providências tomadas no momento oportuno pelas unidades técnicas ou administrativas da empresa. Na prática, ocorre com frequência o adiamento de decisões, ou a falta de planejamento ou programação de atividades, de modo que, em um dado momento, a contratação passa a ser emergencial.” (In. Comentário nº 49, de 15/11/2001, Tema Dispensa de Licitação por Emergência (2), Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos - CELC. Disponível em www.celc.com.br. Acessado em 28 de abril de 2011).

Em ambos os casos, no entanto, porque existente a situação de emergência, será possível a dispensa de licitação, sendo que, na hipótese de desídia, deve ser perquirida a responsabilidade funcional do administrador público.

Segundo o art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, retromencionado, é possível a contratação direta, dispensando-se a licitação, nos casos de emergência ou calamidade pública.

A licitação torna-se um dos instrumentos básicos para a concretização da isonomia na gestão pública, de modo que, os administradores devem, ao máximo, fundamentar sua atuação em planejamentos e previsões técnicas, capazes de equilibrar as demandas da sociedade e a prevalência do processo licitatório.

Notadamente, a regra é obrigatoriedade do certame licitatório, enquanto que a dispensa materializa-se como exceção em casos de emergência ou calamidade.

Feitas essas considerações, nos casos de calamidade e de emergência, exige-se uma atuação imediata e urgente do Estado, sob pena da ocorrência de dano em detrimento de pessoas ou de bens. Conquanto a calamidade pública envolva fatos da natureza que causam risco geral (ex. secas ou inundações), a emergência implica em risco particularizado.



"...O gestor público em casos de emergência está diante de uma problemática que deve ser resolvida segundo a perspectiva dos valores, deve indagar se a necessidade de realização da atividade administrativa não suporta o lapso temporal para o término de um procedimento licitatório e se o não desenvolvimento da tarefa implicaria em um prejuízo evidente para o atendimento do interesse público. Configurada a impossibilidade temporal de realização do certame e a certeza de desatendimento do interesse público, é possível identificar a situação emergencial. ("Emergência e Calamidade: Limitações e Requisitos para Contratos e Renovações" – Camilo de Oliveira Carvalho)

Recentemente, o TCU emitiu emblemática decisão, mudando sua tradicional jurisprudência a respeito da negligência do gestor como fonte das situações emergenciais. O Plenário daquela Corte assentou que:

"A situação prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, 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 n.º 1138/2011-Plenário, TC-006.399/2008-2, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 04.05.2011**)

Para o relator, *"há que se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, tratando-as como questões distintas"*. Nesse quadro, a contratação emergencial ocorreria *"em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação"*.

Assim, *"na análise de contratações emergenciais não se deve buscar a causa da emergência, mas os efeitos advindos de sua não realização"*.



Sinteticamente, segundo o Tribunal de Contas da União (TCU) e vasta doutrina acerca do tema:

- a) a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não pode ter se originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis;
- b) a urgência tem de ser concreta e efetiva, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;
- c) é imprescindível que o gestor aponte na sua justificativa, os problemas que podem advir da paralisação do serviço, comprovando-se a ocorrência de prejuízos ao interesse público no caso de paralisação;
- d) a autoridade superior deve ser, no prazo de três dias, comunicada da contratação para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos;
- e) o processo deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço, conforme disposto nos arts. 37, *caput*, da Constituição Federal e 26, *caput*, parágrafo único, incisos I, II e III, da Lei nº. 8.666/1993;
- f) a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, tem de ser o meio adequado, efetivo e eficiente para afastar o risco iminente detectado;
- g) à medida que forem firmados novos contratos devem ser encerradas as prestações de serviços exercidas no âmbito do contrato emergencial;
- h) a situação de emergência não exclui a verificação da capacidade técnica compatível com a complexidade e o porte do objeto a ser contratado, da habilitação jurídica, da qualificação econômico-financeira e da regularidade com a Seguridade Social;
- i) não é permitida a renovação de contratos firmados com fulcro no art. 24, IV, da Lei 8.666/1993. Persistente a situação excepcional, deve ser realizada nova contratação, ainda que com a mesma pessoa anteriormente contratada, desde que novamente atendidos todos os requisitos acima apontados para a validade do ato;



Mais uma vez repetimos, a verificação de situação emergencial é de responsabilidade do gestor, que, a partir do caso concreto, e sopesadas as nuances relativas ao atendimento do interesse público primário, verificará se é caso de aguardar a contratação respaldada em licitação a ser realizada para que se verifique a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Nos termos do art. 26, parágrafo único, inc. II, da Lei nº 8.666, de 1993, além da justificativa de preço, deve ser demonstrada a razão da escolha do fornecedor ou executante. Tal análise e definição constitui responsabilidade do gestor.

Conforme Edital constante de fls. 455/473, a empresa vencedora seria a que apresentasse menor valor global, tendo sido enviado o Edital a várias empresas (fls. 452/453) sendo que 05 (cinco) empresas apresentaram propostas a saber: ACR Empreendimentos Ltda., Montenegro Terceirização e Serviços Eireli Ltda., Fran Construções e Serviços Ltda-ME, ASSTEM – Assessoria Técnica Empresarial – ME Ltda. e IAC Prestadora de Serviços Ltda.

A empresa Montenegro Terceirização e Serviços Eireli Ltda. foi a que apresentou o menor valor global, na quantia de R\$ 346.548,00 (trezentos e quarenta e seis mil, quinhentos e quarenta e oito reais), devendo o contrato ser firmado pelo prazo máximo de 180 dias, conforme estabelece o art. 24, IV da Lei 8.666/93.

Observa-se que o processo seguiu regular tramitação, devidamente instruído com farta documentação comprobatória da justificativa alegada para a contratação pretendida sob a modalidade emergencial.

O mesmo se denota dos prazos concedidos às empresas participantes da Dispensa de Licitação Emergencial, tendo se observado os Princípios do Contraditório, Ampla Defesa, Celeridade e Efetividade, assim como os demais Princípios que regem a Administração Pública e os procedimentos licitatórios.

Há de se observar a necessidade de proceder às publicações legais previstas no artigo 26 da Lei 8666/93, e em especial o contido no art. 11 do Decreto 24.860/07, *in verbis*:



"Art. 11. Em todos os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, é obrigatória a publicação prévia do Edital no Portal de Compras do Estado de Sergipe - COMPRASNET -, para a publicidade e obtenção de propostas mais vantajosas para o Órgão ou Entidade contratante, nos termos do Decreto Estadual nº 24.480, de 26 de junho de 2007, e da Instrução Normativa Conjunta nº 001/2007, da Secretaria de Estado da Administração"

Necessário também, que o setor responsável averigue se as certidões da empresa contratada estão dentro do prazo de validade quando da assinatura do contrato.

Por fim, urge esclarecer, mais uma vez, porque de notória relevância, que a veracidade de todas as informações e documentação apresentadas são de inteira responsabilidade dos contratantes, por aqueles que deram causa, inclusive quanto as publicações obrigatórias, de responsabilidade desta Fundação.

Nessa esteira de pensamento, ultrapassando o debate acerca da necessidade ou não de se instaurar o certame licitatório, julgo pertinente tecer considerações sobre a possibilidade de aplicação de sanções de natureza política, administrativa, civil, pecuniária e penal, **em caso de malversação da verba pública**, decorrentes de improbidade administrativa, a partir da Lei n.º 8.429/92, com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, complementada pela Lei n.º 10.028/2000, que criou novos tipos penais (crimes contra as finanças públicas), de modo a tornar mais efetivos os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37/CF).

IV - CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se pela possibilidade jurídica da contratação através de dispensa de licitação, em caráter emergencial, para contratação de empresa com intuito de fornecer mão de obra especializada de 16 (dezesseis) Socioeducadores I (24x72 em regime de plantão), 14 (quatorze) Socioeducadores II (44 horas semanais) e 54 (cinquenta e quatro) Educadores de Medidas Socioeducativas (24x72 em regime de plantão) para todas as Unidades Socioeducativas da Fundação Renascer, condicionando-se a produção de efeitos do ato às orientações constantes no corpo do presente Parecer.



Toda a documentação prevista na Instrução Normativa SEAD/PGE 001/007 – Decreto 24.860/07 deverá ser anexada.

Por fim, não se pode olvidar as providências atinentes às publicações devidas, de modo que a ausência dessa divulgação representaria afronta ao princípio da publicidade, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal, e no art. 3º, caput, e 26 ambos da Lei de Licitações.

É o Parecer, S.M.J.

Aracaju(Se), em 14 de janeiro de 2019.


Beia AÍDA MASCARENHAS CAMPOS
Procuradora Autárquica e Fundacional
OAB/SE 1.097