

PARECER

Parecer Jurídico Referencial nº 001/2024

Ementa: MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL. CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 29, INCISO XV DA LEI 13.303/2016, E ART. 120 RILC DA DESO. PRESCINDIBILIDADE DE ENVIO À ANÁLISE JURÍDICA PELA CTLC (CÂMARA TÉCNICA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS). REQUISITOS.

I. DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA REFERENCIAL

1. Trata-se de Parecer Jurídico Referencial destinado a concentrar, em uma única manifestação jurídica, os requisitos legais de pretensas contratações emergenciais com vistas a adequar as atividades da DESO à realidade imposta pelo advento da Concessão Parcial dos serviços de saneamento no Estado de Sergipe, cuja consequência prática fora a redução do escopo atributivo da DESO.

2. Objetiva-se, com o presente Parecer, tornar dispensável a remessa dos autos à análise jurídica pela CTLC, desde que validados, mediante ateste da Presidência e responsabilidade da Diretoria demandante, todos os requisitos elencados ao longo da presente manifestação.

3. Saliento que já são várias as solicitações de licitação submetidas à CTLC para análise jurídica, justificando, por conseguinte, a pertinência do Parecer Referencial, pois, a um só tempo, (i) conferirá maior agilidade às contratações, indo ao encontro do princípio constitucional da eficiência; e (ii) permitirá que os Advogados lotados na CTLC possam se debruçar sobre questões de alta relevância jurídica, eis que não haverá a necessidade de

mobilização de parecerista para enfrentamento de questões análogas e corriqueiras.

4. Destarte, entendendo a Diretoria demandante que o caso concreto se enquadra perfeitamente à situação aqui analisada em abstrato, deverá o Diretor da referida Diretoria informar tal situação na SL (Solicitação de Licitação) e pugnar pela dispensa da submissão do processo à análise pela CTLC, uma vez que esta já fora realizada em abstrato, limitando-se a Câmara Técnica a instrumentalizar a pretensa contratação.

5. Em tal panorama, deverá o Diretor demandante promover a juntada da presente manifestação Referencial nos autos de cada processo que se amolde ao caso ora analisado.

Em poucas palavras, eis o ádito.

II. DA ABRANGÊNCIA DA ANÁLISE JURÍDICA

1. *Ab initio*, mister salientar que a presente análise considera tão somente os aspectos estritamente jurídicos da questão trazida ao exame desta Superintendência Jurídica, partindo-se da premissa básica de que, ao propor a solução administrativa ora analisada, o Diretor demandante se certificou quanto às possibilidades orçamentárias, financeiras, organizacionais e administrativas, levando em consideração as análises econômicas e sociais de sua competência estatutária.

2. Afinal, a atividade desta Superintendência Jurídica, notadamente no que se refere às questões afetas às licitações e contratos da DESO, limita-se à análise da compatibilidade jurídica da matéria trazida a exame.

3. Em se tratando de procedimento emergencial, inclusive, escapa da competência desta Superintendência Jurídica e, como tal, da CTLC, a análise quanto à configuração ou não da situação de emergência, sendo tal juízo de exclusividade do administrador público, mais precisamente do Diretor da unidade demandante. É nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Não se pode exigir do assessor jurídico conhecimento técnico de todas as áreas e não apenas do Direito. No processo licitatório, não compete à assessoria jurídica averiguar se está presente a causa de emergência, mas apenas se há, nos autos, decreto que a reconheça. Sua função é zelar pela lisura sob o aspecto formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro fiscal de

formalidades, somente. Assim, a assinatura do assessor jurídico na minuta do contrato serve de atestado do cumprimento de requisitos formais, e não materiais. STF. 2ª Turma. HC 171576/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 17/9/2019

Sendo assim, a presente análise é pura e estritamente jurídica, jamais técnica, política, social ou econômica.

III. DA ANÁLISE JURÍDICA PROPRIAMENTE DITA

III.I DO PANORAMA FACTUAL

1. Como dito anteriormente, a consequência prática do desfecho da licitação para a concessão parcial dos serviços de saneamento em nosso Estado, realizada em 04/09/2024, fora a redução do escopo atributivo atual da DESO, premissa que fatalmente impactará nos contratos em curso e no planejamento das novas contratações.

2. Os relatos das Diretorias dão conta da dificuldade nas tratativas para renovação de contratos cujo objeto será repassado à iniciativa privada e dos empecilhos observados para modular novas contratações, face ao cenário de incerteza no que se refere ao tempo no qual se dará o período de transição, cujo prazo inicialmente previsto para conclusão é de 06 (seis) meses.

3. Some-se a isto a máxima de que não partiu da DESO a decisão pela realização da concessão, tampouco a DESO possuiu qualquer ingerência na condução do processo licitatório em questão.

4. A bem da verdade, com a conclusão do referido certame diversas adequações foram impostas à DESO, dentre as quais se inclui a revisão forçada e imediata do planejamento de suas contratações.

5. A Diretoria Executiva da DESO relatou o desafiador quadro ao Tribunal de Contas do Estado, noticiando a probabilidade de precisar se valer de contratações emergenciais para garantir a continuidade da prestação dos serviços de sua competência, obtendo como resposta do referido órgão de controle orientação para que fossem noticiadas ao TCE todas contratações emergenciais porventura realizadas até o final do período de transição, vide Protocolo. TC n.º .0010695/2024.

III.II DA CONTRATAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. SITUAÇÃO EMERGENCIAL. ART. 29, INCISO XV DA LEI 13.303/2016, E ART. 120 RILC/DESO

1. Como resta cediço, a exigência constitucional de realização de procedimento licitatório para as contratações da Administração Pública não é absoluta, tanto que o próprio texto do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal estabelece ressalvas para os casos especificados na lei, senão vejamos:

“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 a 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”. (grifo nosso).*

2. A contratação, em situações como esta, encontra-se prevista no art. 29, XV, da Lei 13.303/2016:

*“ART.29 – **É dispensável a licitação:***

(...) omissis

*XV- em situações **de emergência** 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, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto do § 2º;(g.n).*

3. Na doutrina de Marçal Justen Filho, as preleções são no sentido de que as contratações diretas para enfrentar situações emergenciais ou calamitosas devem ser tratadas com parcimônia:

“10) Contratação em situação emergencial. A hipótese merece interpretação cautelosa. A contratação administrativa pressupõe atendimento às necessidades coletivas e supraindividuais. Isso significa que a ausência da contratação representaria um prejuízo para o bem público. Se inexistisse um interesse em risco, nem caberia intervenção do Estado. A atividade pública não pode ser suprimida ou diferida para o futuro. Afinal, essas são características inerentes à Administração Pública.

Na generalidade dos casos em que o Estado dispõe-se a contratar, é motivado a atuar para evitar dano potencial. Toda e qualquer contratação administrativa retrata a necessidade e a conveniência de uma atuação conjugada entre o Estado e terceiros. Uma interpretação ampla do inc. IV acarretaria, por isso, a dispensa de licitação como regra. O argumento da urgência sempre poderia ser utilizado. Ora, a ausência de licitação não constitui a regra, mas a exceção. O inc. IV deve ser interpretado à luz desse princípio.

O dispositivo enfocado refere-se aos casos em que o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob tutela estatal.”(destacou-se)

4. Conforme preceitua o insigne ANTÔNIO CARLOS CINTRA DE AMARAL, a emergência:

*“(…) é caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: **um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa** (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou, **ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas**. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária no momento preconizado, não se caracteriza a emergência.” (Citado na Obra *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, de SÉRGIO FERRAZ e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, São Paulo, Malheiros, 3ª edição, p. 49).*

5. Cumpre destacar a hipótese de dispensa de licitação concernente a situações de emergência ou urgência, em que o contrato administrativo precisa ser realizado imediatamente, pois, se o interesse público aguardasse a realização do certame, seria sacrificado ou prejudicado. Sob essa perspectiva, para resguardar o interesse público, com fulcro no princípio da continuidade do serviço público ou das atividades administrativas, o legislador autoriza a dispensa, atenuando justificadamente a proteção ao princípio da isonomia.

6. Assim, para os fins de dispensa, o vocábulo emergência quer significar necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites ordinários de licitação, sob pena de perecimento do interesse público, consubstanciado pelo desatendimento de alguma demanda social ou pela solução de continuidade de atividade administrativa. Ademais, a dispensa emergencial segue os parâmetros do art. 29, inciso XV da Lei 13.303/2016, e o RILC/DESO art. 120, por isso deverá estar bem caracterizada e reconhecida pelo Diretor demandante a situação potencialmente prejudicial a administração, como a paralisação dos serviços que são de extrema relevância para a administração pública.

7. Ou seja, excepcionar a regra de realização de licitação **não significa que não haja formalidades a serem observadas pelo Diretor demandante e requisitos a serem preenchidos para viabilizar a contratação direta.**

8. Portanto, **antes de autorizar a contratação, deve o ordenador de despesas observar se a SL (Solicitação de Licitação) que lhe fora dirigida se fez acompanhar de documentação dando conta de que:** a) o Diretor demandante atestou formalmente a existência de uma situação anormal que exige uma ação imediata do poder público; b) tal situação precisa ser impedida, atenuada ou eliminada como condição para evitar ou minimizar dano, efetivo ou potencial; c) a solução depende de contratação de terceiro; d) o meio normal de seleção do terceiro se revela inadequado para viabilizar o fim, principalmente em observar prazos e exigências para realizar licitação; e) existe ou não ata de registro de preços ou contrato em vigor e f) mensurou as quantidades necessárias para atendimento exclusivo da emergência.

9. Alerta-se, ainda, que, caso seja do interesse do gestor a manutenção dos serviços por prazo superior ao permitido pela legislação que rege a matéria, deverá a Administração, necessariamente, deflagrar o respectivo procedimento licitatório.

III.III DA EMERGÊNCIA FABRICADA E DA CONSEQUENTE APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES

1. Tratando-se, na espécie, de contratação emergencial, é de assinalar que, mesmo que se entendesse que esta se dá em razão de negligência ou inércia da administração pública em não concretizar em tempo a contratação dos serviços mediante licitação, tal fato não afasta, por si só, a possibilidade de contratação direta se estiver caracterizada a urgência.

2. É de salientar, nesse aspecto, o entendimento do Tribunal de Contas da União, manifestado no Acórdão 46/2002-Plenário, no sentido de que **a contratação direta é viável mesmo quando a situação de emergência decorrer de falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão dos recursos públicos**, visto que “a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração”. Ainda, pertinente o seguinte trecho do acórdão supracitado, entendido aplicável ao caso concreto por analogia:

*“Já no Acórdão 1.138/2011-Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, foi estabelecido que é necessário se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, por esta ocorrer em função da essencialidade do serviço ou do bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornaram imperativa a imediata contratação. **A situação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou da 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.** Em todo caso, o gestor que dá causa a situação emergencial pode ser responsabilizado, em face de sua omissão quanto ao dever de agir a tempo, adotando as medidas cabíveis para a realização de um regular procedimento licitatório.* (grifos nossos)

3. Na mesma esteira de raciocínio,

*“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 (grifos nossos)

E neste toar, recomenda-se, desde logo, a abertura de sindicância para apuração e eventual responsabilização do(s) agente(s) responsável(is) pela não realização ou finalização de processo licitatório em tempo hábil, a fim de que se evitasse a presente contratação pela via emergencial.

1. Referente à pretensa contratada, deve a Diretoria demandante se certificar de que ela possui a necessária aptidão jurídica, nos termos da legislação regente.

2. É dizer: ainda que se trate de contratação emergencial, devem ser exigidos, ao menos, (i) a habilitação jurídica; (ii) as certidões de regularidade fiscal, social e trabalhista; (iii) os aspectos de habilitação técnica eventualmente necessários, a depender do caso; e (iv) não estar falido.

3. Demais disso, devem ser solicitadas certidões dando conta da ausência de condenações por improbidade administrativa, seja da pessoa jurídica, seja de seus sócios majoritários.

4. A comprovação a que alude o dispositivo supra, ou seja, quanto à ausência de condenações por improbidade administrativa da pessoa jurídica e do sócio majoritário pode ser providenciada no site do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

V. DOS REQUISITOS NEGATIVOS (IMPOSSIBILIDADE DE SE ULTRAPASSAR O PRAZO DE 180 DIAS E VEDAÇÃO À PRORROGAÇÃO DE CONTRATOS EMERGENCIAIS)

1. Igualmente importante trazer a lume, dada a sua extrema relevância para os casos que serão objeto de análise, os requisitos negativos previstos na legislação e no RILC: **(i)** a impossibilidade de se ultrapassar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias e **(ii)** a vedação à

prorrogação dos contratos emergenciais.

Logo, o Diretor demandante deve estar ciente quanto aos requisitos negativos expostos neste tópico, sobretudo porque deverá certificar a não ocorrência destes para a correta utilização desta manifestação referencial.

VI. DA NECESSÁRIA JUSTIFICATIVA DE QUANTITATIVOS / DA CONTRATAÇÃO ADEQUADA E NECESSÁRIA À SATISFAÇÃO DA NECESSIDADE

1. Independentemente de se tratar de contratação emergencial, a ausência de justificativa quanto aos quantitativos demandados pode vir a configurar erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, conforme já deixou assentado o Tribunal de Contas da União:

"Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) a elaboração de documentos que fundamentem a contratação de serviços sem justificativas para os quantitativos a serem adquiridos." Acórdão 2459/2021-Plenário

Assim, além de ser obrigatório que os quantitativos demandados pela via da contratação direta emergencial atendam exclusivamente à situação de urgência, também deve constar, de forma expressa, a devida justificativa quanto à quantidade pretendida.

VII. DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL MÍNIMA

1. Ante todo o exposto nas linhas volvidas da presente manifestação referencial, deve a SL (Solicitação de Licitação) ser instruída, **minimamente**, com:

- a) Justificativa assinada pelo Diretor demandante;
- b) Termo de Referência;
- c) Caracterização da situação emergencial;
- d) Demonstração do prejuízo ou comprometimento à continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou

particulares;

e) Quantidade pretendida, bem como sua devida justificativa e declaração de que é limitada ao atendimento da situação emergencial;

f) Certificação quanto à não ocorrência dos requisitos negativos impeditivos à contratação emergencial (prorrogação e prazo máximo de 180 dias);

g) Regularidade fiscal, trabalhista e social da pretensa contratada;

h) Certidão consolidada do TCU quanto à idoneidade da futura contratada;

i) Certidões do CNJ, em nome da empresa e dos sócios majoritários, dando conta da ausência de condenações por improbidade administrativa;

j) Certidão Negativa Correcional – Agentes Públicos (ePAD e CGU-PAD) e Certidão Negativa Correcional (ePAD, CGU-PJ, CEIS, CNEP e CEPIM), disponíveis em <https://certidoes.cgu.gov.br/>

k) Demonstração de lastro orçamentário para a contratação;

l) Declaração do Diretor quanto à inexistência de ata de registro de preços ou contrato com possibilidade de suprir a situação emergencial;

m) Declaração do Diretor quanto à impossibilidade de se proceder com o devido processo licitatório em tempo hábil; e

n) Manifestação do Diretor quanto à apuração de condutas que deram causa à contratação emergencial (determinação de instauração de sindicância etc);

Para fins de atendimento ao presente capítulo, deverá ser preenchido, necessariamente, o *checklist* anexo a este Parecer Referencial.

VIII. DA CONCLUSÃO

1. Dessarte, possível a contratação pretendida, sem necessidade de submissão dos autos à análise pela CTLC (Câmara Técnica de Licitações e Contratos), se atestado pela Presidência, por meio de sua Assessoria Técnica, que a SL (Solicitação de Licitação) apresentada pela Diretoria demandante atende todos pressupostos positivos e negativos para a adoção do referido procedimento, nos termos deste Parecer, utilizando-se, para tanto, do modelo de *checklist* anexo a este opinativo.



Página 15 de 52