TRIBUNAL DE CONTAS
Fl. ____
MINAS GERAIS

ANÁLISE INICIAL DE REPRESENTAÇÃO

Processo nº: 997564

Natureza: REPRESENTAÇÃO

Relator: : CONSELHEIRO SUBST. VICTOR MEYER

Data da Autuação: 10/11/2016

1. DADOS DA REPRESENTAÇÃO

Data do Juízo de Admissibilidade: 08/11/2016

Objeto da Representação:

Suposta irregularidade na contratação direta por dispensa de licitação (art. 24, inciso IV), pelo município de Ribeirão das Neves/MG, Processo nº 204/2016, cujo objeto é a prestação de serviços laboratoriais de análises clínicas, com cessão de espaço público para instalação da unidade do laboratório, visando à realização de diversos exames a usuários do SUS municipal.

Origem dos Recursos: Municipal

Tipo de Ente Jurisdicionado: Munícipio

Entidade ou Órgão Jurisdicionado: PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO DAS NEVES

CNPJ: 18.314.609/0001-09

CONTRATAÇÃO DIRETA

Processo nº: 204/2016

Contrato nº: 046/2016

Data da Assinatura do contrato: 22/09/2016

Objeto do contrato:

Contratação de serviços laboratoriais para usuário do SUS municipal.

2. FATOS REPRESENTADOS

Introdução:

Cuidam os autos de representação, ofertada pela então presidente da Comissão de Licitações do município de Ribeirão das Neves/MG, alegando potencial irregularidade concernente à realização de contratação direta de serviços laboratoriais por dispensa licitatória (Processo nº 204/2016) enquanto em andamento pregão visando à contratação de idênticos serviços por parte da municipalidade (Processo nº 170/2016).

Após o recebimento da representação por esta Corte (fl. 297, vol. I), na data de 08/11/2016, os autos foram distribuídos para o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho. Devidamente intimados, os referidos prestaram informações e encaminharam a documentação relativa ao certame licitatório e ao processo de contratação por dispensa, instruindo os presentes autos.

Encaminhada a documentação, o Relator determinou o encaminhamento dos autos para análise desta 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios - CFM.

Posteriormente, os autos foram recebidos por esta Unidade Técnica para análise inicial.

2.1 Apontamento:

Possível irregularidade na deflagração de processo de contratação direta por dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso IV da Lei 8.666/93 (situação emergencial).

2.1.1 Alegações do representante:

A representante assevera potencial irregularidade na deflagração de processo de contratação direta por dispensa de licitação (Processo nº 204/2016) lastreada em situação emergencial (art. 24, inc. IV da Lei 8.666/93) tendo em vista já existir prévio processo licitatório para contratação do mesmo objeto (Processo nº 170/2016, Pregão nº 075/2016) - serviços de análises clínicas laboratoriais (exames) para atendimento das demandas dos pacientes do SUS da municipalidade. Ademais, cita o processo Denúncia nº 951.970, onde fora imputado ao gestor a responsabilização por dispensa emergencial indevida, bem como ausência de pesquisa de preços e de justificativa para escolha do fornecedor.

2.1.2 Documentos/Informações apresentados:

- Processo nº 170/2016 - Pregão nº 075/2016 - às fls. 02-94 e 418-426 e anexos;

- Processo nº 204/2016 - Dispensa de Licitação - às fls. 96-104 e anexos;

- Termo de Referência do pregão para registro de preços (ref. Processo n. 170/2016), às fls. 03-11 e anexos;

- Termo de Referência da contratação direta por dispensa (ref. Processo n. 204/2016), às fls. 96-104 e anexos;

- Parecer jurídico favorável à dispensa em fls. 255-257;

- Contrato n. 046/2016 em fls. 286-290;

- Notas de empenho e notas fiscais em fls. 311-314, 366-369;

2.1.3 Período da ocorrência: 22/09/2016 até 21/12/2016

2.1.4 Análise do apontamento:

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), visando a garantir a objetividade, transparência e isonomia no tratamento entre os interessados em contratar com a Administração Pública, dispôs que, em regra, todas as contratações realizadas pelo ente público, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, devem ser precedidas da deflagração de certame licitatório, visando à

seleção objetiva da melhor proposta para a administração pública com tratamento isonômico às empresas participantes. Vejamos:

> "Art. 37, inciso 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".

Foi neste prisma que se estatuiu a Lei Federal 8.666/93, de âmbito nacional, regulamentando o processo licitatório e as contratações, bem como as hipóteses excepcionais de dispensa e inexigibilidade: 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.

Nesta senda, estatui o artigo 23, § 1º da Lei nº 8.666/93 que as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

Percebe-se, do dispositivo legal transcrito, que a regra é, pois, a contratação a ser realizada com o vencedor do certame licitatório respectivo. As exceções são, a seu turno, expressamente enumeradas pelo mesmo diploma normativo.

Dentre as citadas hipóteses, destacamos a do art. 24, inciso IV da referida lei:

> "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;"

Extrai-se do indigitado dispositivo legal ao menos 5 (cinco) requisitos que devem estar presentes faticamente para que haja sua subsunção à hipótese normativa de dispensa emergencial: i. situação de emergência ou calamidade pública; ii. urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços...; iii. os serviços contratados por dispensa devem se ater à satisfação, exclusivamente, da demanda emergencial; iv. o prazo máximo do contrato deverá ser de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da situação emergencial ou calamitosa; e, v. o prazo contratual, na situação em apreço, não poderá ser prorrogado em nenhuma hipótese.

Na exegese do administrativista Carvalho Filho:

> "A lei previu, também, a dispensa nos casos de *emergência*. Em ambos os casos (calamidade e emergência), as situações devem caracterizar-se pela urgência no atendimento, de modo que não causem prejuízo ou comprometam a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. Os contratos, nessas hipóteses, não podem ser prorrogados e somente podem abranger os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e, assim mesmo, devendo concluir-se as obras e serviços no prazo máximo de 180 dias. O prazo, em princípio, deve ser considerado peremptório, impedindo-se o cometimento de desvios de finalidade, mas, atendendo ao espírito da norma, tem-se admitido sua flexibilização quando inviável a sua observância sem culpa da Administração" (José dos Santos Carvalho Filho. Manual de Direito Administrativo. 27ª Ed. p. 255).

Leciona o expert Menezes Niebuhr:

> "Para os fins de dispensa, o vocábulo emergência quer significar necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites ordinários de licitação pública, sob pena de perecimento do interesse público, consubstanciado pelo não atendimento ou ao atendimento de alguma demanda social, pela solução de continuidade ou prejuízos à execução de atividade administrativa. Com o escopo de evitar tais gravames, autoriza-se a contratação direta, com dispensa de licitação pública.
>
> **A caracterização da situação emergencial depende da avaliação dos impactos de determinados fatos sobre o interesse público e as atividades administrativas, o que normalmente guarda espaço para competência discricionária. A situação emergencial não precisa ser radical ou absoluta, ela varia em grau, maior ou menor** (*grifo nosso*). A falta de um serviço relevante não é bastante para justificar a situação emergencial. No entanto, deve-se evitar juízos abstratos e apriorísticos sobre quais serviços são ou não relevantes, mesmo porque, repita-se, há graus de relevância, que dependem das peculiaridades de cada caso e de cada órgão ou entidade administrativa. **Repita-se que a avaliação é, em princípio, discricionária e, nesse sentido, por força do atributo da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, deve-se partir do pressuposto que o juízo qualificador da situação emergencial foi produzido em conformidade com os ditames legais** (*grifo nosso*).
>
> A priori, a situação de urgência não deve ser provocada pela incúria da Administração Pública, que tem o dever de planejar e prever todas as suas demandas.
>
> É obrigatório que ela controle seus estoques, procedendo à licitação pública antes que os produtos visados corram o risco de faltar. **No entanto, se o interesse público demanda realizar a contratação direta, sem que se possa aguardar a conclusão de licitação, é forçoso reconhecer a licitude da dispensa, mesmo que a desídia de agente administrativo tenha dado causa à demanda. Não é razoável desautorizar a dispensa e, com isso, prejudicar o interesse público, que, sem o objeto a ser contratado, acabaria desatendido.**
>
> **Tanto mais, para evitar tais situações, é imperativo que sobre os ombros do agente administrativo relapso recaia forte reprimenda, para o efeito de desencorajar comportamentos similares** (*grifo nosso*), desde que respeitados os princípios informadores do processo administrativo, entre os quais os do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal.
>
> O contrato a ser firmado com base no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, além de pressupor a urgência provocada por emergência ou calamidade pública, revela caráter provisório, na medida em que serve apenas para evitar o perecimento de interesse público, concedendo tempo à Administração para concluir o regular processo de licitação. Nesse sentido, a parte final do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 prescreve que, mediante tais contratos, é permitido somente adquirir os bens necessários ao atendimento da situação calamitosa e receber prestação de serviços ou parcelas de obras que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a sua prorrogação" (Joel de Menezes Niebuhr. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 4ª Ed. pgs. 137-138).

O egrégio Tribunal de Contas da União já se manifestou acerca dos critérios utilizados para se aferir a presença/existência de situação emergencial, dentre as quais podemos salientar as seguintes: i. exista urgência concreta e efetiva no atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar os riscos de danos a bens, à saúde ou à vida de pessoas; ii. o risco, além de concreto e provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; e, iii. 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 para afastar o risco iminente detectado. (TCU. Acórdão nº 3.656. Rel. Min. André Luís de Carvalho)

O gestor informa, no termo de referência que ensejou na contratação direta, a justificativa para a dispensa licitatória, nos termos que seguem (fls. 96-104):

> "O processo será de Dispensa uma vez que o processo licitatório regular do certame 020/2014 desertou e foi frustrado por duas vezes e o certame 008/2016 foi suspenso pelo TCE, sendo anulado por vícios insanáveis.
>
> Logo, faz-se necessário a contratação emergencial já que se trata de prestação de serviço essencial para evitar a suspensão das coletas dos exames laboratoriais e para dar continuidade à assistência aos usuários do SUS do município de Ribeirão das Neves quanto ao prejuízo aos munícipes em diagnósticos, controle e condutas médicas para diversas patologias, sejam elas de caráter urgente e/ou preventivo.
>
> Já está em andamento o processo de compra de nº 170/2016 e como o tempo de tramitação é longo, faz-se necessário abertura do processo emergencial" (fl. 96, vol. I).

Destarte, verifica-se dos autos do processo a presença de justificativa técnica quanto ao elemento fático emergencial. Tratando-se de serviços concernentes à área de saúde, e, como salientado pelo gestor, necessários para fins de "diagnósticos, controle e condutas médicas para diversas patologias, sejam elas de caráter urgente e/ou preventivo", mostra-se, a nosso ver, evidenciada a relevância do objeto para a administração pública e, especialmente, para a própria população do distrito municipal de Ribeirão das Neves/MG, quando mais se tratando de direito fundamental de segunda ordem, expressamente assegurado em nossa Carta Magna, em seus arts. 6º, 196 e 197:

> "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
>
> [...]
>
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado".

Ultrapassado este quesito, o gestor informa que a emergência dos serviços que compõem o objeto da contratação decorre do fracasso de licitações pretéritas, realizadas para a contratação dos mesmos serviços, bem como da anulação de certame com mesmo objeto diante da constatação de vícios insanáveis. Ademais, salienta que se encontra em andamento o processo licitatório 170/2016, tendo, contudo, previsão de longo prazo de tramitação.

Cumpre acentuar, neste aspecto, que a verificação de existência de urgência concreta e efetiva no atendimento a situação decorrente do estado emergencial, bem como o risco concreto e provável, iminente e especialmente gravoso, foram objeto de apreciação pelo órgão gestor, a quem incumbe avaliar as circunstâncias fáticas e técnico-operacionais do caso concreto, objetivamente, a fim de aferir os riscos potenciais e iminentes e as possibilidades outras que porventura existam para o seu deslinde.

Por todo o exposto, afigura-se presente, a nosso juízo, justificativa técnica hábil a demonstrar a natureza emergencial da contratação, consistente em "urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas [...]".

De mais a mais, constata-se que o prazo de vigência restou fixado em 90 (noventa) dias (cláusula terceira contratual, fl. 287), estando, portanto, nos limites fixados pela norma regente de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos.

Em consulta ao Sistema Informatizado de Contas dos Municípios – SICOM, não constam quaisquer termos aditivos para prorrogação contratual, em observância à determinação legal que impede a prorrogação para esta hipótese específica de dispensa.

Insta observar que a contratação se deu em 22/09/2016 (fl. 290, vol. I), mesma data em que autorizada a contratação pela Secretária Municipal de Saúde de Ribeirão das Neves, Sra. Kelly Barros da Silva Fortini, não havendo, por conseguinte, lapso temporal razoável passível de indicar a não-emergência da demanda.

Oportunamente, salientamos que ainda que se trate de contratação por emergência, calamidade pública, ou envolvendo prestador de serviços exclusivo, é necessário justificar o preço e a razão da escolha do contratado, nos termos do art. 26 da Lei 8.666/93, mantendo-se a coerência em relação à situação e o contrato firmado.

É essa a instrução exarada por esta Corte de Contas nos autos do Processo nº 886388, em voto prolatado pelo Conselheiro Gilberto Diniz e apreciado na 18ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, em 29/06/2017:

> "[...] Como é cediço, a dispensa de licitação, em razão de situação de emergência, tem, como pressuposto, a constatação da urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, conforme dispõe o IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993. Devidamente configurada a situação de dispensa, deve-se atentar para a razão da escolha do executante e, por fim, para a justificativa do preço, nos termos dos incisos II e III do art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, para, finalmente, autorizar-se a celebração do contrato.
>
> [...]
>
> Ademais, verifiquei que os preços unitários contratados foram claramente demonstrados, por meio de pesquisa de preços. Tal requisito, não obstante configurada situação emergencial, deve ser observado para que possa ser promovida a cotação dos preços e estimados os custos a serem contratados, ainda que, para tanto, realize procedimento mais simplificado, garantindo-se, assim, a continuidade do serviço. [...]"

No mesmo sentido a Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 17 para as contratações por inexigibilidade de licitação, aplicável sua *ratio* também às demais hipóteses de contratação direta, assim versando:

> "É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas".

Nesta esteira, verifica-se dos autos que o gestor do ente representado realizou, efetivamente, pesquisa de preços junto a prestadores do ramo pertinente, a fim de cotejar os valores praticados no mercado, tendo então optado pela contratação direta com a prestadora cujo orçamento se apresentou o de menor valor.

Destaque-se, por derradeiro, que eventual desídia do administrador público do ente representado, seja ela a título de dolo ou culpa, que ensejou na frustração das licitações pretéritas e na anulação de outra, não desnatura, *per si*, o caráter emergencial da demanda que culminou na contratação direta com fulcro no precitado dispositivo legal. É este o entendimento perfilhado pelo TCU:

> "Assim, de acordo com o novo entendimento desta Corte, a contratação direta também seria possível quando a situação de emergência decorresse da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos púbicos, pois, 'a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração'." (Acórdão nº 46/2002 - Plenário). (TCU. Acórdão nº 2.369/2009, Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler, Sessão de 07.10.2009)

> "A situação prevista no art. 24, IV, da Lei n° 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)

Podemos concluir que as razões que fundamentaram o *decisum* prolatado no processo de Denúncia nº 951.970, considerando a dispensa irregular por inexistência do caráter emergencial e também por ausência de pesquisa de preços prévia e justificativa de escolha do fornecedor não subsistem para a denúncia ora analisada.

Pontuamos, por derradeiro, que a possibilidade de contração direta por dispensa emergencial não afasta a possibilidade de responsabilização do gestor por eventuais atos desidiosos ou irregulares que culminaram na situação emergencial.

2.1.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Processo de contratação direta nº 204/2016 da empresa Labclim Diagnósticos Laboratoriais Ltda., por dispensa licitatória, com fulcro no art. 24, inciso IV da Lei 8.666/93.

2.1.6 Critérios:

- Lei Lei Federal nº 8666, de 1993, Artigo 24, Inciso IV;
- Doutrina Autor: José dos Santos Carvalho Filho, Título: Manual de Direito Administrativo, Editora: ., Edição: 27, de 2014, Folha Início: 255 - 255;
- Doutrina Autor: Joel de Menezes Niebuhr, Título: Licitação Pública e Contrato Administrativo, Editora: ., Edição: 4, de 2014, Folha Início: 137 - 138;
- Deliberação Tribunal de Contas da União nº 3656, Item ., de 2014;
- Deliberação Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nº 886388, Item ., Colegiado Voto de relator, de 2014;
- Constituição da República Artigo 37, Inciso XXI, Artigo 6º, Artigo 196, Artigo 197.

2.1.7 Conclusão: pela improcedência

2.1.8 Dano ao erário: não há indício de dano ao erário

3 - CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se:

✔ Conclusão: pela improcedência da denúncia, no que se refere aos seguintes fatos:

- **Possível irregularidade na deflagração de processo de contratação direta por dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso IV da Lei 8.666/93 (situação emergencial).**

4 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

TRIBUNAL DE CONTAS
Fl. ____
MINAS GERAIS

✔ o arquivamento da denúncia por não ter sido apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (inciso I do art. 275 do Regimento Interno do TCEMG)

Belo Horizonte, 02 de Maio de 2019

Pedro Henrique Chadid de Oliveira
TC-NS-14 - Analista de Controle Externo
Matrícula: 33003