



PARECER JURÍDICO 051-A/2021/ASSEJUR/PMAC	
REFERÊNCIA	Proc. Adm. nº 2282124-A/2021/SEMSA/PMAC/PA
INTERESSADO:	Secretaria Municipal de Saúde
ASSUNTO	Dispensa de Licitação
OBJETO	Aquisição de testes rápido para diagnóstico molecular do novo coronavírus, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Saúde de Augusto Corrêa/PA.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE TESTES RÁPIDO PARA DIAGNÓSTICO MOLECULAR DO NOVO CORONAVÍRUS, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE AUGUSTO CORRÊA/PA. PARECER PELA POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADAS TODAS AS CONSIDERAÇÕES TECIDAS AO LONGO DO OPINATIVO.

1. RELATÓRIO

Trata-se de emissão de parecer a respeito da viabilidade legal de contratação direta aquisição de testes rápido para diagnóstico molecular do novo coronavírus, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Saúde de Augusto Corrêa/PA.

Conforme previsão legal do Parágrafo Único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, o processo licitatório é submetido à análise jurídica prévia desta assessoria.

É o breve relatório. Segue análise jurídica.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Para Administração Pública adquirir produtos e/ou serviços necessita realizar procedimento de licitação pública, na qual selecionará a proposta mais vantajosa entre as oferecidas pelos interessados em contratar com o ente público.

O procedimento possui como objetivo garantir a moralidade administrativa vedando a contratação de qualquer particular sem a demonstração de que seja o melhor para o interesse público. Possui também a finalidade de garantir a igualdade de oportunidades a todos que têm o interesse em contratar com a Administração Pública, permitindo a competitividade que é essencial para a licitação. Assim é garantida a impessoalidade na escolha do contratado.

Tal procedimento é disciplinado na Constituição Federal e na Lei 8.666/90.

A Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI prevê:

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:

[...]



ESTADO DO PARÁ

PREFEITURA MUNICIPAL DE AUGUSTO CORRÊA

PALACETE BENEDITO CARDOSO DE ATHAYDE

CNPJ: 04.837.600/0001-15

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.

Depreende-se da leitura do dispositivo constitucional a existência de exceção a regra geral de contratação mediante procedimento licitatório público ao possibilitar a contratação direta em “...casos especificados na legislação...”.

De acordo com esta premissa, o artigo 2º da lei 8.666/93 (licitações e contratos administrativos) consigna que:

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.** (grifo nosso).

A lei de licitações e contratos administrativos seguindo, logicamente, os ditames constitucionais preceitua como regra geral o procedimento licitatório para a contratação de obras e serviços; alienações, concessões, permissões e locações pela Administração Pública, e como exceção as hipóteses previstas na própria lei.

As exceções previstas na lei nº 8.666/93 estão consignadas no artigo 17, 24 e 25. Para o presente caso cabe analisarmos o artigo 24 da mencionada lei, que trata sobre a inexigibilidade de licitação e assim dispõem:

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;

Como toda exceção, a contratação por dispensa de licitação deve ser usada de modo equilibrado, restringindo-se apenas àquelas situações em que fica caracterizada urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, ou seja, indispensável à regular



continuidade da prestação dos essenciais serviços públicos, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, não sendo permitida a prorrogação dos contratos respectivos.

Sobre a exceção prevista artigo 24 da lei nº 8.666/93, Ronny Charles Lopes de Torres afirma:

Com a previsão dessa hipótese de dispensa licitatória, nas situações de emergência ou de calamidade pública, a Lei buscou resguardar a efetividade da pretensão contratual, o próprio interesse público. Este, por conta da necessidade de atendimento urgente, seria prejudicado pela natural demora do procedimento licitatório e seus trâmites burocráticos.

[...]

Nos casos de emergência ou de calamidade pública, existindo a necessidade premente e a urgência no atendimento da pretensão contratual, que torne prejudicial a submissão ao rito licitatório, pela falta de tempo disponível para sua concretização, será possível a contratação através da hipótese de dispensa.¹

No caso sob análise, constata-se que ainda persiste gravíssima crise sanitária, causada pela Pandemia da infecção viral COVID-19, a qual se agrava com o surgimento de mutações do vírus, restando, nitidamente, caracterizada situação emergencial que pode ocasionar prejuízo e comprometer a saúde de diversos cidadãos que dependem do serviço público, cuja competência é do município.

Conforme artigo 196 da Constituição Federal, “*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*”.

Em que pese não esteja o direito à saúde previsto expressamente entre os Direitos e Garantias Fundamentais, o certo é que o *caput* do artigo 5º da Constituição da República garante o direito à vida. Óbvio que o direito ali previsto refere-se a uma vida digna e saudável, e engloba, via de consequência, o direito à saúde.

O dever dos entes estatais de disponibilizar adequado tratamento de saúde vem expresso no artigo 23 da Constituição Federal, e é compartilhado pela União, pelos Estados e pelos Municípios, sendo todos solidariamente responsáveis. Vejamos o texto legal:

¹ TORRES, Ronny Charles Lopes de, Leis de licitações públicas comentadas. – revista ampl. e atualiz. 10. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. Pág. 319 e 322.



Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(...)

Em relação aos Municípios, ainda, há previsão expressa na Constituição da República de atribuição e responsabilidade a prestação do atendimento à saúde. Diz o artigo 30, inciso VII, que *“Compete aos Municípios: (...) prestar, em cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”* (CF, art. 30, VII).

Ante os fatos apresentados no processo, é inquestionável a existência de uma situação urgente, diria emergencial, que exige um agir firme da Administração no sentido de garantir a aquisição de teste rápido para diagnóstico molecular do novo coronavírus, cumprindo com suas obrigações constitucionais.

A celeridade que o caso demanda torna impossível a realização de um processo licitatório com o cumprimento de etapas e prazos exigidos em lei, sem ocasionar prejuízos a população. Além dos critérios objetivos, previstos em lei, há também subjetividades presentes em municípios de pequeno porte, em que não possuem estrutura administrativa consolidada, com uma quantidade satisfatória de pessoal qualificado e espaço físico adequado para a concretização célere de aquisição de bens e serviços pela administração pública, sendo esse, também, o caso da Prefeitura Municipal de Augusto Corrêa.

Não resta dúvida, de acordo com o que consta nos autos, de que a situação emergencial somente ocorreu pela desídia do **antigo gestor**, com a *res publica*, ao interromper o planejamento das ações que visam o atendimento das necessidades da população no ano 2021, violando os princípios da legalidade, da impessoalidade, da supremacia do interesse público, da continuidade do serviço público, dentre outros, todos previstos na Constituição Federal.

A ausência de contratos e atas de registro de preço vigentes no ano de 2021, para aquisição de teste rápido para diagnóstico molecular do novo coronavírus, demonstra a inércia administrativa do gestor que deixou a administração pública no ano de 2020.

Mesmo nessas hipóteses, sendo gerada a situação emergencial, é admitida a contratação direta, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União:

A contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorre de falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos. O art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 não distingue a emergência 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. (TCU. Acórdão 1122/2017 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Benjamin Zymler).

No mesmo sentido Ronny Charles Lopes de Torres afirma:

Em primeiro, é importante reiterar que dispensa emergencial também se mostra possível, mesmo quando a situação de emergência decorre de falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, uma vez que o art. 24, IV, da lei 8.666/1993 não distingue a emergência resultante do imprevisível daquela resultante da incúria ou da inércia administrativa, desde que caracterizados os elementos legais necessários à aplicação da hipótese.

Em segundo lugar, necessário frisar a necessidade de separar, para fins de eventual responsabilização a conduta dos agentes públicos que concorrem para originar a situação emergencial, da ação daquele gestor que decidiu pela contratação direta, atuando apenas para elidir o risco de dano.

Por fim, imprescindível lembra que as competências administrativas se apresentam como poder-dever, de forma que, diante do risco de prejuízo aos bens tutelados pelo legislador, deve o gestor adotar a hipótese de contratação direta para protegê-lo, sob pena de ser responsabilizado pela sua omissão ou covardia.²

Ainda sobre o processo de dispensa de licitação, é importante ressaltar que não há a necessidade de comprovação da situação emergencial para a realização do processo de dispensa de licitação, pois ela é considerada presumida, nos termos da Medida Provisória N° 1.047/2021, *in verbis*:

Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre medidas excepcionais para a aquisição de bens e a contratação de serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia da covid-19.

Parágrafo único. A aquisição de vacinas e insumos e a contratação de bens e de serviços necessários à implementação da vacinação contra a covid-19 são regidas pelo disposto na Lei nº 14.124, de 10 de março de 2021.

Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, fica a administração pública dos entes federativos, de todos os Poderes e dos órgãos constitucionalmente autônomos autorizada a, nos termos desta Medida Provisória:

I - dispensar a licitação;

II - realizar licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, com prazos reduzidos; e

III - prever em contrato ou em instrumento congênere cláusula que estabeleça o pagamento antecipado.

² TORRES, Ronny Charles Lopes de, Leis de licitações públicas comentadas. – revista ampl. e atualiz. 10. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. Pág. 325



CAPÍTULO II

DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

Art. 3º Nos processos de dispensa de licitação decorrentes do disposto no inciso I do caput do art. 2º, **presumem-se comprovadas a:**

I - ocorrência de situação de emergência em saúde pública de importância nacional decorrente da pandemia decovid-19;

II - necessidade de pronto atendimento à situação de emergência de que trata o inciso I;

III - existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares; e

IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. **(grifo nosso)**

Quanto à exigência de contrato, imperioso comentar alguns pontos sobre o contrato administrativo.

Sobre os contratos celebrados pela administração pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ afirma que:

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.

Assim, de acordo com tal conceituação, os contratos da Administração Pública podem reger-se pelo direito privado ou pelo direito público. Nos contratos privados é garantida uma relação de igualdade entre a administração pública e o particular, diferente do que ocorre no contrato público, no qual são garantidas prerrogativas à Administração, colocando-a em posição de supremacia sobre o particular.

É importante alertar que nos contratos, tanto no regime privado como no regime público, estão presentes a finalidade e o interesse público, os quais são pressupostos necessários e essenciais para a atuação da Administração. O que realmente os diferencia “**É a participação da**

³Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo- 27. ed. - São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 300.



Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo.”⁴

Esta atuação da Administração na relação contratual com o particular, impondo a sua supremacia, é evidenciada através das denominadas *cláusulas exorbitantes do direito comum*, as quais não necessitam estar previstas expressamente no contrato, pois sua existência decorre da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa. Tais cláusulas não são lícitas em um contrato privado, pois desigualaria as partes na execução do ajustado, no entanto são válidas no contrato administrativo, pois visam demonstrar a supremacia da Administração.

Consideram-se como cláusulas exorbitantes: (i) alteração ou rescisão unilateral do contrato; (ii) exigência de garantia; (iii) fiscalização da execução do contrato; (iv) aplicação de penalidades; (v) restrições ao uso da *exceptio non adimpleti contractus*; dentre outras.

Porém, ao utilizar-se das cláusulas exorbitantes, a Administração deve garantir equilíbrio econômico-financeiro do contrato, para que não haja prejuízos ao contratado/particular, como elevações de preços que tornem mais onerosa a prestação ao qual está obrigado, dentre outras situações que causem ônus a parte contratada. Esta determinação possui previsão Constitucional no artigo 37, XXI, ao afirmar que os contratos deverão conter *cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta*.

Assim, garante-se uma proteção a quem contrata com a Administração, evitando que a posição de supremacia sobre o particular seja desmedida, sem qualquer controle e acabe por ferir preceitos constitucionais, bem como torna viável e seguro ao privado a contratação com a administração pública.

Portanto, observa-se a grande importância na celebração do contrato, pela Administração Pública, a fim de resguardar o interesse público. Sobre a exigência de celebração de contrato, o artigo 62 da lei nº 8.666/93 determina o seguinte:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (grifo nosso).

⁴MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39ª Edição. Atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros Editores. São Paulo, 2012. Pág. 226.



Desta forma, diante do presente caso, constata-se necessário a celebração de contrato com o fornecedor de serviços/bens.

A partir de então, é necessário averiguar se a minuta do contrato referente ao processo administrativo nº **2282124-A/2021/SEMSA/PMAC/PA** contém todas as cláusulas obrigatórias para um contrato administrativo, as quais estão descritas nos incisos do artigo 55 da lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII - os casos de rescisão;
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Assim, ante a análise do documento, constata-se que a minuta do contrato contém as exigências previstas na norma citada, podendo ser dado prosseguimento ao processo licitatório.

3. CONCLUSÃO

Primeiramente, ressalta-se que o presente exame se limitou aos aspectos jurídicos da matéria proposta e de regularidade processual, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, financeiros ou que exijam exercício da discricionariedade administrativa ou de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados dos órgãos competentes.

Ante o exposto, observada as recomendações acima citadas, opina esta Assessoria Jurídica pela possibilidade/viabilidade da dispensa de licitação, ante a comprovação dos requisitos



ESTADO DO PARÁ
PREFEITURA MUNICIPAL DE AUGUSTO CORRÊA
PALACETE BENEDITO CARDOSO DE ATHAYDE
CNPJ: 04.837.600/0001-15

para a sua concretização, nos termos da lei nº 8.666/93 e da Medida Provisória Nº 1.047/2021, bem como entende que a minuta do instrumento convocatório e a minuta do contrato respeitam as exigências legais previstas nos artigos 40 e 55 da lei nº 8.666/93, devendo retornar o processo a Comissão Permanente de Licitação para as providências cabíveis.

Por fim, o caráter meramente opinativo deste parecer, face ser ato de administração consultiva, podendo o Excelentíssimo Prefeito e/ou Secretário entenderem de forma diversa para melhor atender o interesse público.

É o parecer,
Salvo melhor juízo.
Augusto Corrêa/PA, 11 de maio de 2021.

Marcelo Cunha Vasconcelos
OAB/PA Nº 30.395-ASSESSOR JURÍDICO
DECRETO Nº 11/2021-GAB/PREFEITO

MARCELO CUNHA VASCONCELOS
ASSESSOR JURÍDICO - DECRETO Nº 11/2021/GP
OAB/PA Nº 30.395