FERNANDA LOBO COSTA:59160365234
Assinado de forma digital por FERNANDA LOBO COSTA:59160365234
Dados: 2020.06.01 08:39:40 -03'00'

PARECER JURÍDICO Nº 066

Processo Administrativo nº 20200521-1-PMC

Interessado: Secretaria Municipal de Saúde;
Gabinete do Prefeito.

Assunto: Contratações emergenciais em período de calamidade pública.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PARECER JURÍDICO. ANÁLISE EM TESE. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS DURANTE O PERÍODO DE EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO SURTO DO CORONAVÍRUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. PROCEDIMENTOS. LEI N. 13.979/2020. NORMAS GERAIS. DECRETO FEDERAL.

Para exame e parecer desta Procuradoria a Comissão Permanente de Licitação enviou o Processo Licitatório epigrafado, versando sobre emissão de Parecer Jurídico, visando orientar os órgãos e entes municipais sobre os procedimentos e normas a serem observados nas contratações públicas durante o período de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Instruem o presente feito memorando do Gabinete da Secretária Municipal de Saúde solicitando contratação cujo objeto é a locação de Embarcações tipo lanchas com despesas de combusível e piloto agregados para que possamos dar efetividade às ações das equipes de saúde da família e demais profissionais da rede municipal de saúde que estão imbuídos no enfrentamento ao COVID – 19, 3 propostas instrumentadas pelo Setor de Compras, Termo de Referência solicitanto autorização do Prefeito e minuta de contrato.

É o relatório.

DA FUNDAMENTAÇÃO

São fatos notórios (i) a extrema rapidez de propagação da COVID-19 por vários países e, em cada um, em seu respectivo território, daí já haver caracterização de pandemia declarada pela Organização Mundial de Saúde, (ii) o consequente risco de sobrecarga (em realidade, colapso) do sistema de saúde por número elevado de atendimentos e/ou internações, especialmente a reclamar cuidados intensivos (UTI) - isto em País, Estados e Municípios (capital e outros) que não dispõem de recursos materiais e humanos sequer para cuidar de situações outras pré-pandemia - e (iii) o crescente número de infectados e tendência - igualmente alarmante - de aumento de número de óbitos.

Diante dessa situação foi publicada a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. A Lei em questão, vige com a seguinte redação, no que tange às contratações públicas:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.
> § 1º As medidas estabelecidas nesta Lei objetivam a proteção da coletividade.
> § 2º Ato do Ministro de Estado da Saúde disporá sobre a duração da situação de emergência de saúde pública de que trata esta Lei.
> § 3º O prazo de que trata o § 2º deste artigo não poderá ser superior ao declarado pela Organização Mundial de Saúde.

(...)

Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

In casu, através do processo de dispensa de licitação posto em análise, a Administração Municipal pretende realizar contratação direta, para contratação cujo objeto é a locação de embarcações tipo lanchas com despesas de combustível e piloto agregados, destinados ao enfrentamento da ESPII (Art. 4º, caput); a dispensa é temporária e limitada ao tempo de duração da ESPII (§ 1º). Trata-se de regra excepcional e extraordinária, a vigorar até que a situação deixe de ser considerada de emergência.

Importante ressaltar que a Lei nº 13.979/2020, quando dispõe sobre contratações públicas, cria novas normas gerais em matéria de licitações e contratos públicos, nos termos do artigo 22, XXVII, da Constituição da República Federativa

do Brasil. Portanto, plenamente aplicável a todos os entes federativos (embora possam regulamentá-la, determinando, por exemplo, procedimentos especiais de acordo com a sua realidade fático-normativa e a práxis administrativa).

Na abalizada lição do eminente administrativista Marçal Justen Filho, a contratação direta por motivo de emergência ou calamidade deve ser sempre precedida da análise de dois requisitos: (i) demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, e (ii) demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco.

Segundo o renomado doutrinador, o primeiro requisito não trata da urgência meramente teórica, mas sim daquela concreta, cujos dados que a evidenciam possam ser efetivamente aferidos.

Nessa linha, importante registrar que a realização da licitação é dispensável (ou seja, pode ou não ser realizada, a critério do gestor público, observadas as exigências legais), não estando já dispensada, conforme consta do regulamento municipal. Assim, a regra contida no art. 12, I, do referido decreto, deve ser interpretada em conformidade com a norma geral, de modo que não padeça de ilegalidade. Sobre a distinção entre licitação dispensada e dispensável, LUCAS ROCHA FURTADO, seguindo a doutrina majoritária, explica que “a distinção básica entre licitação dispensada e dispensável reside no fato de que, nesta última, o administrador poderá, se assim o desejar, realizar a licitação”. (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 422).

Ainda, deve-se atentar para o fato de que a dispensa prevista na referida lei é específica para as contratações destinadas ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, baseada em situação calamitosa, não se confundindo, portanto, com a hipótese de dispensa prevista no inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93.

DOS ASPECTOS FORMAIS DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/93 traz alguns requisitos para a celebração do contrato emergencial. Tais requisitos são os constantes no parágrafo único do art. 26, que também se aplicam nos casos de inexigibilidade de licitação:

> "Art. 26 - As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei Federal nº 11.107/2005)
>
> Parágrafo Único - O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
>
> **I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;**
>
> **II - razão da escolha do fornecedor ou executante;**
>
> **III - justificativa do preço;**

Perscrutando a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU releva destacar a conhecida Decisão nº 347/94, Plenário, tendo como Relator o ex-Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Citada decisão, apesar de proferida em 1994, mantém-se como referência no que diz respeito ao tema da contratação emergencial:

"O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: (...) 2 responder ao ilustre Consulente, quanto à caracterização dos casos de emergência

ou de calamidade pública, em tese: a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei: a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, 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; a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas; a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; a.4) que 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 de afastar o risco iminente detectado; (...)". (Decisão 347/1994 – Plenário, Ministro Relator CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA, Sessão 01/06/1994, Dou 21/06/1994)"

A alínea "a.2" da Decisão nº 347/94 exige que não basta apenas a caracterização de uma urgência profilática e longínqua, em que o risco de dano à segurança de pessoas, serviços ou bens não esteja na iminência de acontecer, mas sim que a urgência deve revestir-se de concretude e atualidade.

Deve o dano que possa advir da não contratação ter significância, ser onero e "especialmente gravoso", de modo a causar um sacrifício ou prejuízo relevante ao interesse público, caso se aguardasse a realização de um certame licitatório, nos termos da alínea "a.3".

Por fim, a alínea "a.4" estabelece a necessidade de manifestação motivada do setor técnico competente no sentido de avalizar que as especificações e quantitativos apurados no plano de trabalho e no termo de referência que sejam o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar a emergência iminente detectada.

Ainda enfrentando o tema, alguns questionamentos costumam surgir na aplicação do instituto da dispensa para a contratação emergencial.

Ponto que sempre gera dúvidas diz respeito à possibilidade de dispensar as formalidades para a contratação emergencial, em razão de sua natureza de urgência. Vimos acima que a contratação emergencial requer a formalização de processo administrativo próprio, com a necessidade de instrução processual e juntada de diversos documentos, fato que pode demandar tempo para que a Administração ultime o procedimento, comprometendo, a depender da natureza da situação, o pronto atendimento daquela necessidade.

Todavia, mesmo no caso de situação emergencial ou de calamidade, exige o TCU a formalização do respectivo processo de dispensa:

“ (...) 3. Mesmo no caso de dispensa de licitação, é dever do contratante formalizar o respectivo processo, caracterizando a situação emergencial, a razão da escolha do prestador de serviço e a justificativa do preço, e publicar o ato de dispensa na imprensa oficial, conforme prevê o art. 26, caput, parágrafo único e incisos I, II e III, da Lei n. 8.666/1993, sendo vedada a prestação de serviços sem a cobertura de contrato devidamente formalizado, por expressa previsão do art. 60, parágrafo único, do Estatuto das Licitações.” (TCU - Acórdão 3083/2007 – Primeira Câmara)

O TCU também tem se manifestado sobre a possibilidade de contratação emergencial com empresa sem regularidade fiscal ou trabalhista, ou considerada inidônea. A posição do tribunal tem sido no sentido da indispensabilidade da exigência da comprovação da regularidade fiscal ou trabalhista, nos termos do Acórdão nº 1893/2006 – Plenário:

“ (...) 2. A contratação de empresa por dispensa de licitação, ainda que em obras de natureza emergencial, não dispensa a exigência de comprovação de regularidade daquela junto à Seguridade Social.” (TCU - Acórdão 1839/2006 – Plenário)

Outra questão frequente diz respeito à possibilidade de prorrogar o prazo de execução do contrato emergencial. Lembramos que o permissivo legal para a contratação direta reza que o contrato emergencial pode ser firmado 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".

Ou seja, as parcelas de obras e serviços contratados devem ser concluídas no prazo máximo de 180 dias, contados da ocorrência da emergência ou calamidade. Agora imaginemos que algum fato impeça o início da execução do contrato, restando impossível a conclusão das obras e serviços no prazo legal (por exemplo, a impossibilidade de ingresso ao local da obra em razão de interdição das vias de acesso).

Neste caso o TCU já se manifestou pela possibilidade de devolução da contagem do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, desde que nem a Administração e nem o contratado tenham sido responsáveis pelo fato excepcional ou imprevisível que ocasionou o retardo do início da prestação do serviço:

"2. responder ao interessado que é possível, quando da dispensa de licitação nos casos de emergência ou calamidade, consoante o disposto no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, o retardamento do início e da devolução da contagem do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, desde que as ações tomadas pela Administração tenham sido prejudicadas pela superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato, a teor do disposto no art. 57, § 1º, da mencionada Lei, devendo ser adequadamente fundamentado, levando em conta, inclusive, as determinações contidas na Decisão nº 347/94 - TCU - Plenário ("in" D.O.U. de 21/06/94);"

Ponto relevante diz respeito à caracterização da situação emergencial ou calamitosa. No mais das vezes, a Administração instrui o procedimento de dispensa para contratação emergencial sem caracterizar a situação de emergência. Por vezes a situação de emergência ou de calamidade é tão óbvia que o gestor olvida-se de caracterizá-la nos autos do processo de contratação.

Deve, ainda, a Administração justificar o preço a ser pago e também as razões que levaram a escolha de um determinado fornecedor em detrimento de outro.

Para ilustrar, elencamos a documentação e informações para instrução do processo no caso da contratação emergencial: Requisição do setor interessado; Indicação dos recursos orçamentários; Projeto Básico ou Termo de Referência; Justificativa da contratação direta, com a caracterização da situação emergencial ou calamitosa e dos prejuízos; Análise das propostas; Justificativa da escolha do fornecedor e do preço; Minuta contratual; Documentos de Habilitação; Encaminhamento para o órgão jurídico para emissão de Parecer; Publicação da ratificação da contração direta; Celebração do contrato.

A justificativa da situação de dispensa, foi amplamente apreciada por ocasião da análise do aspecto material realizada acima.

Quanto ao preço, percebe-se que os valores ajustados para a contratação correspondem àqueles apurados pela Administração com vistas a instruir o processo da referida Dispensa de Licitação, através do qual se busca a contratação, porquanto se presume plenamente justificado.

No que tange à escolha da empresa a ser contratada diretamente, Marçal Justen Filho assevera, litteris:

> Não é possível inviabilizar a atividade administrativa para tutelar o princípio da isonomia. A Administração necessita realizar o contrato e terá de contratar um único sujeito – ou, pelo menos, não poderá contratar todos os sujeitos potencialmente em condições equivalentes de conhecimento, experiência e notório saber. É impossível estabelecer critério objetivo de seleção da melhor alternativa. Logo e havendo situações equivalentes, a única solução é legitimar escolha fundada na vontade do agente administrativo. Isso corresponde ao conceito de discricionariedade.

Dessarte, inobstante a legitimidade da escolha discricionária de “sujeitos potencialmente em condições equivalentes”, percebe-se que a contratação recairá

sobre a empresa que ofereceu a melhor proposta na pesquisa de preços, razão pela qual não vislumbro o que censurar em relação ao ponto.

Noutro giro, quanto à eficácia da contratação, após sua efetivação, não há de falar em comunicação desta à autoridade superior para ratificação, na medida em que o ato é formalizado pelo próprio Prefeito.

Contudo, a publicação na imprensa oficial do extrato da contratação por dispensa de licitaçao, no prazo de 5 (cinco) dias, é medida imprescindível que deverá ser observada pela Administração.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, concluo:

1. Cumpridas essas exigências, a dispensa de licitação para "aquisição de bens, serviços, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus" encontrará respaldo no ordenamento jurídico;

2. Diante do exposto, entende-se que não haverá óbice na contratação dos serviços previsto no Termo de Referência, diante da situação de emergência declarada para combater o Coronavírus, observadas as diposições do art. 4º da Lei nº 13.979/2020, em especial a escolha do contrtado e a justificativa de preço para a aquisição.

Este é o parecer. Contudo, submeto à retificação superior.

Chaves – PA, 01 de junho de 2020.

WAGNER MELO FERREIRA:00390022250

Assinado de forma digital por WAGNER MELO FERREIRA:00390022250
Dados: 2020.06.01 15:15:15 -03'00'

WAGNER MELO FERREIRA
Procurador Geral do Município
OAB/PA nº 22.484