

Parecer Jurídico

Processo nº: 2353/2020-1

Requerente: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

EMENTA: COMPRA EMERGENCIAL DE MASCARAS CIRURGICAS E LUVAS DE LATEX EM IMPLEMENTO AO COMBATE À PANDEMIA CORONA VÍRUS COVID-19, LEI 13.979/2020, MP 929/2020 DECRETO MUNICIPAL DE EMERGÊNCIA 45/2020 E 65/2020 DECRETO ESTADUAL DE EMERGÊNCIA 4593/2020, PORTARIA SESA 078/2020 RESPEITO AOS REQUISITOS.

Relatório

A Secretaria Municipal de Saúde vem perante esta Procuradoria Jurídica solicitar parecer quanto contratação emergencial de fornecedores de Mascaras cirúrgicas e luvas de latex em implemento, no combate à propagação do corona vírus – Covid-19.

Foram anexadas justificativa e cotações.

É o necessário a relatar. Em seguida, exara-se o opinativo.

Fundamento

Emergência ou Calamidade Pública (inciso IV)

A partir do comando expresso do inciso IV, para que justifique a dispensa de licitação por situação emergencial, foram estabelecidas as seguintes condições, cumulativamente:

- i. Ocorrência de situação de emergência ou calamidade pública;**
- ii. Necessidade de urgência no atendimento da situação;**

iii. Existência de risco a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

iv. Limitação da contratação emergencial à parcela necessária ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa.

Diante das condicionantes, e considerando seu conteúdo altamente casuístico, fica realçada a importância da motivação dos atos do gestor na correta aplicação da dispensa de licitação por emergência. Dessa forma, além da descrição detalhada de todas as circunstâncias fáticas que ensejam o tratamento da contratação como emergência, é necessário apresentar documentos que caracterizem a situação.

Não se pode olvidar a exigência de que, além da caracterização da emergência, seja comprovada a compatibilidade dos preços com os preços praticados no mercado, conforme alertou o TCU no Acórdão 2.019/2010 Plenário:

Acórdão 2.019/2010 Plenário

9.2. alertar à Companhia Energética do Piauí - Cepisa que, quando da realização de dispensa de licitação nos termos do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8666/1993, além da caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, deve-se trazer elementos aos autos do processo que demonstrem a compatibilidade dos preços contratados com aqueles vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os que constam em sistemas de registro de preços, bem como que foi consultado o maior número possível de fornecedores ou executantes, em atenção aos incisos II e III do parágrafo único do art. 26 dessa lei

Por fim, cumpre destacar que a jurisprudência reiterada do TCU proíbe a prorrogação das contratações emergenciais. Na hipótese em que, mesmo celebrado o contrato emergencial, seu período de vigência não for suficiente para realização de nova licitação, cabe ao gestor a celebração de novo contrato emergencial. Para ilustrar, destaca-se o Acórdão 1424/2007 Primeira Câmara:

Acórdão 1424/2007 Primeira Câmara (Sumário)

Nos casos de dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, deve ser comprovado que a emergência é concreta e efetiva. As parcelas de obras e serviços contratados por emergência devem ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, sendo vedada a prorrogação dos respectivos.

Dos requisitos essenciais

Em determinadas situações de emergência ou urgência, nas quais o contrato administrativo tenha que ser celebrado imediatamente, em razão do

princípio da continuidade do serviço público, e sem o qual reste demonstrado cabalmente o prejuízo às atividades da Administração, há autorização legal para a contratação na modalidade ora pretendida.

Nesse ínterim, Essa possibilidade de dispensa encontra-se prevista no inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 1993, cujo texto foi vazado nos seguintes termos:

"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, vedada a prorrogação dos respectivos contratos".

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.

Sobre os requisitos exigidos para contratação com dispensa de licitação ao amparo do referido inciso IV, do artigo 24, o Tribunal de Contas da União já se manifestou em diversas oportunidades, firmando, inclusive, o entendimento de que é pressuposto para contratação emergencial o cumprimento das condições consubstanciadas na decisão abaixo:

- "a) 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;
- b) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;
- c) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;

d) 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."

Nesse sentido, cumpre transcrever o pensamento do Professor Marçal Justen Filho, a saber:

"a contratação **deve prestar-se a evitar a concretização do dano**. Isso exige que a Administração demonstre não apenas a necessidade da contratação, mas também sua utilidade. Ou seja, deverá indicar as medidas concretas através das quais a contratação evitará a concretização do dano. A contratação deve ser precedida de todas as justificativas não apenas sobre a emergência mas sobre a viabilidade concreta de atender à necessidade pública. Sob este ângulo, vale a ressalva de Antônio Carlos Cintra do Amaral, no sentido de que não se pode ignorar que a urgência da contratação retrata a urgência na execução do contrato. Portanto, a administração deve adotar a solução compatível com a necessidade que conduz à contratação."

Conforme se verifica dos comentários trazidos à colação, ainda que se pudesse atribuir ao administrador o motivo que teria ocasionado a urgência, por falta de planejamento, por exemplo, ainda assim, não estaria desautorizada a contratação emergencial, quando presentes razões de interesse público a merecer providências urgentes de modo a evitar o iminente dano ou ocasionar prejuízos para a Administração, apurando-se, posteriormente, a responsabilidade, mediante procedimento próprio, desde que cumpridos os requisitos mínimos da lei.

A propósito, deve ser observado o que sobreleva na redação do inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 **não é simplesmente a emergência ou a calamidade pública, mas a situação de urgência por elas provocada**, que requerem a contratação imediata de determinado objeto, sem o qual o interesse público seria desatendido.

Conforme entendimento do Tribunal de Contas da União a situação de emergência deverá ser devidamente esclarecida e com a formalização adequada do processo que a justifique, com a demonstração razoável para a escolha da empresa e dos preços adotados.

No magistério de Antonio Carlos Cintra do Amaral, a emergência:

"(...) caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: ao 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 prejuízos à empresa (obviamente prejuízos 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 Figueredo. p. 49).

Importante ainda que seja buscado a todo momento a vantajosidade financeira da contratação, evitando assim o sobrepreço que se encontra tipificado como crime pelo art. 96, I, da Lei 8666/93, devem ser aprofundadas as pesquisas e buscar por preços que sejam compatíveis com os do mercado, a fim de garantir a vantajosidade da contratação.

Do atual estado de Emergência

Resta evidente a situação de emergência que estamos vivenciando por conta do combate à pandemia Mundial contra o vírus COVID-19, restando decretado situação de emergência pelo Decreto Municipal nº 045/2020, 49/2020 e 65/2020 e ainda, considerando a classificação pela Organização Mundial de Saúde, no dia 11 de março de 2020, como pandemia do COVID-19; **Considerando** a Lei Federal n.º 13.979 de 06 de Fevereiro de 2020 que dispõe sobre as medidas de prevenção e enfrentamento da emergência da saúde pública provocada pelo COVID-19; **Considerando** o Decreto Estadual n.º 4593-R, de 13 de março de 2020 que decreta o estado de emergência em saúde pública no Estado do Espírito Santo e estabelece medidas sanitárias e administrativas para prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos decorrentes do COVID-19 e dá outras providências; decreto 0446-S de 02 de abril de 2020 que decretou o estado de calamidade no Estado do Espírito Santo e a Lei Complementar 946/2020 do Estado do Espírito Santo **Considerando** a necessidade de se estabelecer um plano de resposta, estratégia de acompanhamento, contenção e bem estar da população do Município de Atílio Vivácqua.

Todos os fatos apontam para a real situação de emergência configurando a possibilidade da aquisição na forma como pretendido e justificado.

Dos Requisitos gerais

Importa destacar que devem estar presentes no pedido:

1. **Justificativa;**
2. **Dotações orçamentárias;**
3. **Cotações;**
4. **Comprovantes de Regularidade fiscal;**
5. **Minuta do contrato;**

Requisitos específicos

1- Justificava

Condição *Sine qua non* à contratação pretendida e a todas as demais é a justificativa a ser apresentada pelo Secretário da Pasta, qual deve o mesmo demonstrar a necessidade do Município pelo bem ou serviço a ser contratado e a vantajosidade da forma de contratação, sem a qual não deve ser realizada a contratação.

Chamo ainda a atenção que para a contratação direta há necessidade que constem no feito peça intitulada **JUSTIFICATIVA DE DISPENSA DE LICITAÇÃO** elaborada pelo ente público interessado na Contratação Direta, com a razão da escolha da futura contratada e justificativa de preço, bem como posteriormente a respectiva publicação na imprensa oficial de sua Ratificação, em observação ao disposto no art. 26, caput, incisos II e III c/c art. 24, inciso IV, todos da Lei nº 8.666/93, recentes.

Muito embora o Termo de Referência, bem como outros documentos acostados ao processo deixem claro que a situação dos autos se amolda à hipótese de dispensa de licitação definida no art. 24, inciso IV da Lei nº 8.666/93, recomenda-se a elaboração de documento específico, nos termos propostos por esta Procuradoria.

2- Dotações Orçamentárias

Como em qualquer outro processo licitatório a Secretaria interessada deve demonstrar dotação orçamentária suficiente para a contratação do serviço ou aquisição do que pretende, condição *sine qua non* para a abertura do processo e consequentemente contratação direta por dispensa.

Acerca da disponibilidade de recursos orçamentários para fazer face às despesas decorrentes das licitações e respectivos contratos, dispõe a Lei n.º 8.666/1993, in verbis:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

§ 3º É vedado incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos

casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica.

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (...)

No caso vertente tenho que a dotação orçamentária da Secretaria pretendente não foi comprovada nos autos.

Desse modo, considerando a relevância da questão em tela, esta Procuradoria ressalta que a efetivação da contratação ora analisada está condicionada a prévia e cabal demonstração da efetiva disponibilidade orçamentária.

3- Cotações

Vantajosidade da adesão (art. 3º da LLC)

Conforme Jurisprudência do TCU, antes da contratação deve ser feita uma ampla pesquisa de mercado que comprove que os preços estão compatíveis com os praticados no mercado, garantindo assim a seleção da proposta mais vantajosa para Administração, consoante estabelece o art. 3º da Lei 8.666/1993 (Acórdãos nº 2.786/2013 - Plenário e nº 301/2013 - Plenário).

No ponto, restou demonstrada a comprovação da vantajosidade da adesão devidamente através de pesquisa mercadológica com a juntada de três cotações com empresas locais. De fato, entre a realização de procedimento licitatório próprio ou o consórcio para a realização de Pregão para Registro de Preços, o valor da oferta sob análise deve ser indubitavelmente mais vantajoso.

Frise-se que tal elemento também é requisito *sine qua non* à legalidade da contratação, uma vez que a razão de ser da dispensa é justamente a obtenção de benefícios ao aderente, sobretudo aquele relacionado ao dispêndio financeiro a ser realizado.

4- Da minuta de contrato

Nenhuma contratação pode se efetivar sem o atendimento pleno do disposto no art. 7º, § 2º, c/c. o 9º da Lei 8.666/93, que exige rigoroso detalhamento do objeto pretendido com a contratação dos serviços, com exceção da contratação de artistas. Deverá, contudo, a Administração, se for o caso, estabelecer os parâmetros para a prestação dos serviços, como dia e hora – no caso de espetáculos artísticos – prazo, ônus das partes no cumprimento e no descumprimento da obrigação.

Para que seja realizada análise jurídica do contrato necessário se faz que a minuta do mesmo seja antecipadamente trazida ao conhecimento da procuradoria, o que neste caso específico não ocorreu.

5- Requisitos Específicos

De acordo com as diretrizes do Tribunal de Contas da União, como pode ser visto acima, a orientação é que no caso de dispensa e inexigibilidade seja obedecida à coleta de preços, que por analogia deve obedecer ao procedimento da modalidade convite que exige no mínimo três licitantes, justificando pois o preço e ao após sem dispensa das exigências que reza o art. 27 da Lei 8.666/93, em seus incisos I, II, III, IV.

- **Habilitação jurídica.**
- **Qualificação técnica.**
- **Qualificação econômico-financeira, e**
- **Regularidade fiscal.**

Conclusão

Diante do exposto, diante das divergências, seja quanto a natureza do objeto, dificultando o enquadramento da dispensa, seja no inciso I ou II do art. 24 da lei 8666/93, seja quanto a aplicação do decreto federal 9412/2018, visando uma maior transparência e segurança ao interesse público, considero a abertura de um processo licitatório para a contratação do respectivo objeto.

No entanto, se assim não entender a Administração, desde que apresente justificativa (com dados técnicos), para o enquadramento do objeto seja para serviços de engenharia (inciso I) ou outros serviços (II do art. 24), e após aferição da efetiva ocorrência das situações fáticas e legais acima destacadas e recomendadas, opte pela aquisição com fulcro no inciso I do Art. 24 da Lei 8.666/93, deverão ser atendidos ainda os seguintes requisitos legais obrigatórios para a plena instrução do feito, sem exclusão de outros que a secretaria entender necessários, desde que admitidos em direito:

- **Autorização do Chefe do Executivo;**
- **Assinatura e identificação do responsável pela solicitação dos orçamentos privados juntados aos autos;**

- Juntada dos documentos e atos constitutivos da Empresa a ser contratada e de seu responsável legal;
- Juntada de Minuta de Contrato ou termo equivalente;
- Regularidade fiscal e trabalhista completa e atualizada, bem como outros requisitos de qualificação técnica (esses levantados pelo secretaria da pasta, que detém conhecimento técnico sobre o objeto a ser contratado, ex. para serviços de engenharia - ART e outros necessários para essa contratação), qualificação econômica-financeira;
- Manifestação do Secretário justificando a contratação mais vantajosa (com fundamento em pesquisa de mercado, que os valores são usuais e não excessivos) e a escolha do fornecedor (com base em dados objetivos que digam respeito diretamente à execução do objeto e revelem o contratado como melhor (senão a única) alternativa);
- Juntada de nota de reserva no valor o orçamento a ser contratado.

Cumpre realçar que caso a área técnica competente discorde das orientações ou posicionamentos emanados deste pronunciamento, deverá carrear aos autos as justificativas necessárias.

Diante do exposto, com os fundamentos supracitados, esta Procuradoria Jurídica opina pelo indeferimento do pedido em face ao não cumprimento dos requisitos mínimos da Lei em especial do art. 24 da Lei 8666/93, se fazendo necessário o cumprimento dos requisitos apontados sob pena de irregularidade formal a impossibilitar a verificação de licitude da contratação para aquisição dos bens pretendidos a critério da conveniência e oportunidade da autoridade competente, para posterior elaboração da prorrogação, salvo melhor entendimento,.

É o parecer que esta procuradoria submete à consideração superior

Atílio Vivácqua/ES, 13 de maio de 2020.


André Luiz de Barros Alves
OAB ES 10407