

Parecer Jurídico

Processo nº: 3182/2020-1

Requerente: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

EMENTA: COMPRA EMERGENCIAL DE MÁSCARA DESCARTÁVEL PARA ATENDER O COMBATE EM COMPLEMENTO AO COMBATE À PANDEMIA CORONA VÍRUS COVID-19, LEI 13.979/2020, MP 929/2020 DECRETO MUNICIPAL DE EMERGÊNCIA 45/2020 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 Mascara Descartável para implemento, no combate à propagação do corona vírus – covid-19.

Foram anexadas cotações e comprovantes de regularidade fiscal da empresa que apresentou o menor preço.

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

Fundamento

Do 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 e 49/2020, 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 nº 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 nº 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, considerando que é fato que as famílias de trabalhadores informais estão desamparadas até que seja aprovado e instituído pelo governo federal programa de amparo financeiro, necessitando urgentemente de auxílio para sua sobrevivência.

Conforme requerimento expresso há necessidade emergencial de contratação do ITEM face ao fato de que com a pandemia do coronavírus, COVID 19, e o aumento exponencial de casos neste município atingindo na data de hoje 79 casos confirmado, conforme se denota do quadro abaixo, disponível em <https://www.pmav.es.gov.br/pagina/ler/1249/coronavirus-covid-19>:



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:

Praça José Valentim Lopes, 04 - 1º andar - Centro - Atílio Vivácqua - ES - CEP: 29.490-000
Telefone: (28) 3538-1109 | **Email:** gabinete@pmav.es.gov.br

"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 relevantes) 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)

Ainda os termos do art. 4º da Lei 13979/2020/;

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 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.

§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 4º Na hipótese de dispensa de licitação de que trata o caput, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, o sistema de registro de preços, de que trata o inciso II do caput do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderá ser utilizado. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

§ 5º Na hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal sobre registro de preços. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

§ 6º O órgão ou entidade gerenciador da compra estabelecerá prazo, contado da data de divulgação da intenção de registro de preço, entre dois e quatro dias úteis, para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços nos termos do disposto no § 4º e no § 5º.

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

Importante porém 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.

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;
6. Publicação da contratação do Portal da Transparência

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 nº 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 sequência:

(...)

§ 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- Comproverantes de Regularidade Fiscal

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

6- Publicação da contratação do Portal da Transparência

A Lei n. 13.979 de 2020, trouxe determinação expressa da imprescindibilidade da disponibilização, em sítio eletrônico específico, de todas as informações relativas às contratações realizadas neste cenário de excepcionalidade, consoante art. 4º, § 2º:

§ 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.**

O Tribunal de Contas da União (TCU) e a organização não-governamental Transparência Internacional-Brasil lançaram o guia *Recomendações para Transparência de Contratações Emergenciais em Resposta à Covid-19*, para que sirva de referência para a prevenção e o combate à corrupção no cenário atual de crise, sendo importante destacar os seguintes itens:

As informações sobre contratações devem ser incluídas no sítio eletrônico em **um prazo de até 2 dias úteis** após a celebração do contrato ou do empenho da despesa correspondente. Esse sítio deve também informar quando ocorreu a sua última atualização.

Na hipótese, prevista no art. 4, § 3º, da Lei nº 13.979 de 2020, da **contratação de fornecedor de bens, serviços e insumos que esteja com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, a justificativa para esta contratação deverá constar em destaque no portal de informações** a que se referem estas recomendações. Da mesma forma, a contratação de fornecedores com outras pendências administrativas ou judiciais também deve ser justificada.

No mesmo sentido, em **caso de efetivação da prorrogação do contrato** (art. 4º-H da Lei nº 13.979) ou de acréscimos/supressões ao objeto contratado (art. 4º-I da Lei nº 13.979), **estas ocorrências devem ser incluídas no sítio específico de divulgação das contratações**, com as respectivas justificativas técnicas e os instrumentos legais utilizados.

O sítio eletrônico do qual tratam estas recomendações também **deverá ser utilizado para divulgar o edital e demais fases públicas das licitações realizadas na modalidade pregão (presencial ou eletrônico)**, conforme previsto no art. 4º-G, da Lei nº 13.979 de 2020.

Todas as informações consideradas essenciais (acima) sobre contratações emergenciais devem ser publicadas em formato aberto. Por formato aberto, adota-se o entendimento da Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal (Decreto nº 8.777 de 2016), a qual prevê que esses dados devem ser: processáveis por máquinas; não-proprietários; completos; atualizados; disponibilizados sob licenças abertas.

Conclusão

Diante do exposto, com os fundamentos supracitados, esta Procuradoria Jurídica opina pelo deferimento do pedido em face ao cumprimento dos requisitos mínimos da Lei em especial do art. 24 da Lei 8666/93, desde que sejam cumpridas as exigências acima dispostas para aquisição dos bens pretendidos e após a aquisição, 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, 01 de Julho de 2020.



André Luiz de Barros Alves
OAB ES 10407