PETRIBÚ, SIMÕES
ADVOGADOS ASSOCIADOS

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - PASSIRA
Fls. 89

PARECER

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO.PROCESSO Nº 019/2020. DISPENSA 010/2020. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL – EPIS DESTINADOS AO FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE PARA ENFRENTAMENTO AO COVID-19. CONSULTA DA POSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DA DISPENSA. ART. 24, IV, DA LEI Nº 8.666/93 COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA 926.

HISTÓRICO

Trata o presente de consulta encaminhada a esta assessoria jurídica pela Comissão Permanente de Licitação, na qual requereu uma análise da possibilidade de realização de dispensa de licitação, para contratação de empresa para aquisição de materiais de proteção individual – EPIS destinados ao Fundo Municipal de Saúde para enfretamento ao COVID-19, em caráter emergencial.

Para tanto, encaminhou os seguintes documentos:

- Ofício da Secretária Municipal de Saúde, solicitando a abertura do processo;
- Justificativa para a contratação energencial;
- Cotações de preços de potenciais fornecedores;
- Portaria de designação da CPL;
- Documentos fiscais e trabalhistas da empresa que ofertou o menor preço;

PRELIMINARMENTE: DAS ATRIBUIÇÕES DESTA ASSESSORIA:

De início, antes de adentrar especificamente no objeto do presente parecer, **é de suma importância destacar que compete à assessoria jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico,** de

Rua Gildo Neto, nº. 62 – Tamarineira – Recife/PE – CEP: 52.050-130
Fone: (81)3231.2903 – e-mail: petribusimoesadvocacia@ig.com.br

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - PASSIRA
Fls. 90

modo que não é competência, tampouco cabe-nos relatar/opinar sobre aspectos relativos à discricionariedade da administração pública na prática dos atos administrativos, muito menos examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e financeira, salvo naquelas situações absurdas, de fácil verificação.

Isso quer dizer, para que reste claro, que não cabe a esta assessoria discutir a necessidade da realização do certame ou da dispensa, suas especificações e quantitativo licitado, tampouco o preço, já que lhe falta conhecimento para tanto.

Os limites do presente parecer acima mencionados se justificam em razão do princípio da deferência técnico-administrativa.

Ou seja, quando a matéria for eminentemente técnica, envolvendo aspectos multidisciplinares (jurídica, preços de mercado, necessidade da contratação), convém que o setor jurídico atue especificamente quanto ao que dispõe a legislação aplicável à matéria.

Trago, ainda, por analogia, o disposto no Enunciado nº7 do Manuel de Boas Práticas Consultivas da AGU, que preconiza da seguinte maneira:

> "O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como técnicos, administrativos ou de conveniência e oportunidade";

Curial destacar, ainda preliminarmente, que a natureza do parecer ora elaborado é meramente opinativa, devendo, por essa razão, passar pelo crivo do pregoeiro, assim como do gestor público, uma vez que a opinião explanada por esta assessoria não é vinculante, podendo os agentes públicos, de forma justificada, agirem de modo divergente do que aqui se opina.

No mais, não se analisou a documentação jurídica, certidões fiscais e trabalhistas da empresa, vez que, conforme já relatado anteriormente, não é atribuição da assessoria jurídica.

Dito isso, passa-se a opinar:

DO CABIMENTO DA DISPENSA COM BASE NO ARTIGO 24, IV, DA LEI 8.666/93.

É cediço que a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, prevê que:

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - PAÇO IRA
Fls. 91

> *Art. 37 (...)*
> *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*

Percebe-se, pois, que, em regra, os casos de contratações públicas devem ser precedidos da realização de certame licitatório, sendo dever do administrador a escolha da proposta que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar o princípio da impessoalidade, que regula a participação dos licitantes.

Ocorre que a redação do próprio inciso já inicia elucidando a possibilidade de, em determinadas situações, haver exceções à obrigatoriedade de licitar, o que caberia à legislação infraconstitucional dispor, quando da regulamentação do dispositivo constitucional, como de fato foi feito, através da lei 8.666/93.

A supramencionada lei prevê a possibilidade da contratação direta, que pode ocorrer nos casos de licitação dispensada (art. 17), licitação dispensável (art. 24), e licitação inexigível (art. 25).

No caso do artigo 24, preceitua o seu inciso IV o seguinte:

> *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*

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - PASSIRA
Fls. 92

> *e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;*

Pelo texto do dispositivo legal, é possível concluir que a hipótese de dispensa de licitação, concernente a situações de emergência ou urgência em que o contrato administrativo precisa ser realizado imediatamente, pois, se o interesse público aguardasse a realização do certame, seria sacrificado ou prejudicado.

Sob essa perspectiva, para resguardar o interesse público, com fulcro no princípio da continuidade do serviço público ou das atividades administrativas, o legislador autoriza a dispensa, atenuando justificadamente a proteção ao princípio da isonomia.

Registre-se, ainda, que, 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.

Noutro sentido, a Lei Federal nº 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, assim estatui em seu art. 4º:

> *"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.*
>
> *§ 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*

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - PAULISTA
Fls. 93

contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

Trata-se de hipótese de contratação direta contemplada em lei específica, exclusivamente relacionada à pandemia causada pelo coronavírus. De se destacar que a contratação direta ora examinada está adstrita ao prazo em que ocorrer a emergência em saúde pública internacional, sem, contudo, haver qualquer limitação quanto ao prazo máximo de duração da emergência.

Desse modo, conquanto muito se assemelhem à dispensa emergencial do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, as contratações emergenciais lastreadas na presente lei não se circunscrevem ao período de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do fato emergencial.

O fato emergencial é, portanto, reconhecido, sendo, portanto, possível realizar contratações diretas, durante a vigência da pandemia, **desde que haja compatibilidade entre a necessidade administrativa e os acontecimentos decorrentes da emergência em saúde pública causada pelo coronavírus**.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 26, aplicado subsidiariamente ao procedimento de contratação direta, prevê:

> *"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.*
>
> *Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:*
>
> *-caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;*
>
> *- razão da escolha do fornecedor ou executante;*

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - PAUDALHA
Fls. 94

III - justificativa do preço

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados." (grifo nosso)

Diante da inegável celeridade que há de se empregar aos processos de contratação decorrentes da emergência ora tratada, foi editada a Medida Provisória 926, encontrando-se previsto regime especial e diferenciado para os novos processos de contratação relacionados às ações de enfrentamento da emergência, bem como aos contratos em curso que sejam utilizados nas medidas adotadas.

Não obstante, seguindo as diretrizes firmadas na legislação federal, fixou-se que tais contratações seriam realizadas por dispensa de licitação, abrangendo contratos na área de saúde ou em qualquer outra área, desde que vinculados à efetivação de medidas assistenciais de mitigação dos impactos sociais da pandemia do coronavírus

Prevê-se, ainda, que a dispensa de licitação a que se refere a Lei é temporária, aplicando-se enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, sem qualquer limitação prévia de duração.

(I)- IDENTIFICAÇÃO DA NECESSIDADE ADMINISTRATIVA E EXPOSIÇÃO DA SITUAÇÃO EMERGENCIAL

No caso em testilha, a existência da situação de emergência encontra respaldo na edição da Lei Federal nº 13.979/20, reconhecendo a urgência na contratação de bens, insumos e serviços para enfrentamento da pandemia da COVID-19.

O fato emergencial, público e notório é decorrente do coronavírus, e encontra-se evidenciado ejustificado na edição das referidas normas, cumprindo, assim, o requisito contemplado no inciso I do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, sem a necessidade de explicações adicionais.

A lei federal, é ampla, alcançando todos os bens, serviços e insumos de saúde destinados à contenção da pandemia, ou a qualquer outra área, desde que a finalidade seja conter a pandemia ou suas consequências.

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - PASSIRA
Fls. 95

Desse modo, havendo relação entre a demanda administrativa e o fato emergencial, torna-se possível operacionalizar a contratação direta, visando o fornecimento ou locação de bens, prestação de serviços ou execução de obras.

Desse modo, para atendimento do requisito sob exame, é necessário tão somente que se afirme que a contratação pretendida é imprescindível ao atendimento da população em virtude dos fatos narrados, sendo o quantitativo contratado o mínimo necessário para o enfrentamento da situação emergencial.

(II)- ELABORAÇÃO DE TERMO DE REFERÊNCIA SIMPLIFICADO

Seguindo a diretriz de simplificar os procedimentos necessários a efetivar as contratações emergenciais, o art. 4°-E da Lei n° 13.979/20, com redação da MP n° 926/20 diz que as dispensas devem ser precedidas da elaboração de termo de referência simplificado, contendo as especificações técnicas do objeto a ser contratado, o quantitativo necessário ao atendimento às demandas de enfrentamento à situação de emergência em saúde pública, o orçamento referencial estimativo e a dotação orçamentária.

De toda forma, entendo que a justificativa para a realização de dispensa de licitação, está configurada posto que o material que se pretende adquirir é de extrema importância para o enfrentamento da pandemia.

(III) - COTAÇÃO PRELIMINAR DE PREÇOS DE REFERÊNCIA

Em regra, a formação de preços em processos licitatórios e contratações diretas deve levar em conta a existência de tabelamentos oficiais, portais de compras governamentais, pesquisa em mídia especializada e em sítios eletrônicos, contratações similares (em execução ou recentes) de outros entes públicos.

Tais pesquisas têm o intuito de balizar a análise da economicidade das propostas apresentadas pelas empresas em decorrência do pedido público de propostas, sendo, portanto, a referência de preços da Administração. Sempre que viável, recomenda-se, portanto, a elaboração de um orçamento referencial prévio, mesmo nas dispensas emergenciais.

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - PASSIRA
Fls. 96

Também visando racionalizar o procedimento de contratação, o legislador trouxe regras específicas para a formação do preço referencial nas dispensas fundamentas Lei 13.979/20, com redação da MP nº 926/20.

Nesse sentido, prevê a MP 926:

> "Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.
> .....
> VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:
> a) Portal de Compras do Governo Federal;
> b) pesquisa publicada em mídia especializada;
> c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;
> d) contratações similares de outros entes públicos; ou
> e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e
> VII - adequação orçamentária.
> § 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do **caput**.
> § 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do **caput** não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos." (NR)

As fontes utilizadas no processo de contratação devem ser indicadas, com a juntada dos documentos que as comprovam, como no presente caso em que se juntou cotações de preços de 2 (dois) potenciais fornecedores.

A excepcionalidade das contratações ora tratadas justifica a adoção de procedimento simplificado de formação de preços, sobretudo porque as demandas pelos bens e serviços necessários ao enfrentamento da pandemia encontram-se substancialmente alteradas, o que, por certo, impactará nos preços.

Assim, tem-se a possibilidade, até, de contratar a preços superiores aos valores estimados, mediante justificativa da autoridade competente, quando as medidas forem imprescindíveis e circunstâncias do

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - PASSIRA
Fls. 97

mercado interferirem nos preços praticados no momento da contratação, embora não seja o caso aqui tratado.

(IV) - INDICAÇÃO DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E AUTORIZAÇÃO DO ORDENADOR DE DESPESA PARA A REALIZAÇÃO DO PROCESSO DE DISPENSA

Após a elaboração do orçamento referencial, o órgão ou entidade deverá indicar a dotação orçamentária para a cobertura da despesa em apreço, devidamente comprovado no presente caso.

(V) - APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO PELO FORNECEDOR QUE APRESENTOU A MELHOR PROPOSTA

Em seguida, devem ser apresentados os documentos de habilitação pelo fornecedor detentor da melhor proposta.

No que toca à habitação técnica, quando esta for imprescindível, a juízo dos responsáveis pela contratação, é possível exigir atestados de experiência, permitindo, porém, às empresas substituírem a sua apresentação por autodeclaração de capacidade técnica, sob pena de qualquer inadimplemento ser considerado falta contratual gravíssima. Assim, o risco pela adequada execução contratual é transferido para o contratado, permitindo maior flexibilização na formalização do ajuste.

Vale registrar que o §3° do art. 4° da Lei n° 13.979/2020, incluído pela MP 926/2020, autoriza a contratação 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.

Caso a proposta de menor preço não seja acolhida, devem ser analisadas as propostas subsequentes, cumprindo o procedimento acima descrito, até que seja identificada uma proposta que atenda aos requisitos necessários.

A razão de escolha do contratado estará demonstrada pela sua classificação como melhor proposta e por atender aos requisitos técnicos- jurídicos de habilitação, atendendo ao disposto no inciso II do parágrafo único do art. 26 da Lei n° 8.666/93.

(VI) - RATIFICAÇÃO DA DISPENSA PELA AUTORIDADE COMPETENTE

FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - PASSIRA
Fls. 98

O processo de dispensa deverá ser encaminhado à autoridade superior competente para ratificação. A lei não define quem é a autoridade superior competente, de forma que, na hipótese de não existir diploma legal específico que defina a competência, dentro da estrutura do órgão/entidade, para ratificar procedimentos de dispensa, a autoridade máxima deverá realizar a ratificação.

Importante destacar que não cabe a este assessor definir quais são os serviços e/ou aquisições que podem ou não podem aguardar o procedimento licitatório. Ou seja, o mérito da emergência cabe ao Administrador, não adentrando, destarte, no mérito deste parecer.

Nos cabe, tão somente, afirmar que, em sendo caracterizada a emergência, é possível realização de dispensa com base no artigo 24, IV, da Lei 8.666/93.

Além disso, antes de realizar a dispensa, imperiosa é observação do preenchimento dos requisitos expostos no artigo 26 da Lei 8.666/93, especificamente em relação à justificativa de preço e justificativa de escolha do objeto.

Ou seja, tratando-se de contratação por dispensa, é necessário que haja uma justificativa técnica, mesmo que simplificada, da razão da dispensa, devendo, ainda, ser demonstrado que o preço condiz com o mercado.

Faz-se necessário também conste dos autos o comprovante de designação de representante da Administração responsável pelo acompanhamento e fiscalização da execução contratual, em observância às exigências contidas nos artigos. 58, III, e 67 da Lei 8.666/93.

Alerto, por fim, que, em sendo realizado o processo e, quando concluído, deverá haver a comunicação, 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, conforme disposição do artigo 26, senão vejamos:

> *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*