

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: MUNICÍPIO DE JACOBINA

PROCESSO Nº 04608e21

PARECER Nº 00441-21 (F.L.Q.)

COVID-19. FIM DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.979/20. CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 24, IV, DA LEI Nº 8.666/93. ART. 75, VIII, DA LEI Nº 14.133/2021. AVENÇAS VINCULADAS À CAMPANHA DE VACINAÇÃO DEVEM OBSERVAR OS DITAMES DA LEI Nº 14.124/21.

1) Após 31.12.2020 (data final da vigência do Decreto Legislativo nº 06/2020), as contratações por dispensas de licitação visando o atendimento de emergências decorrentes do enfrentamento da pandemia não poderão mais ocorrer com base no art. 4º e seguintes da Lei nº 13.979/20, devendo observar, para tanto, a regra contida no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 ou no art. 75, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021.

2) A configuração de emergência deve ser avaliada pelo Gestor, que, diante das especificidades atinentes ao caso concreto, deve investigar o preenchimento de TODOS os requisitos legalmente fixados para a efetivação da contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento nos artigos citados acima.

3) Nas situações emergenciais que envolvam contratações relacionadas à campanha de vacinação contra a Covid-19, a Administração Pública pode se valer do rito diferenciado e excepcional previsto na Lei nº 14.124/21.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE JACOBINA**, Sr. Tiago Manoel Dias Ferreira, por meio de expediente endereçado ao Presidente deste TCM/BA, aqui protocolado sob o nº 04608e21, questiona-nos:

“(…) SOBRE A POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA PARA REALIZAR SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO DE MASSA CONTENDO INFORMAÇÕES AOS MUNICÍPIOS DE JACOBINA/BA DE MEDIDAS DE REALIZAÇÕES DE EVITAR CONTAGIO E INFORMAÇÕES CONGENERES DE ENFRENTAMENTO A PANDEMIA OCASIONADA POR PARTE DO CORONAVÍRUS E SUA DOENÇA COVID-19 SE É POSSÍVEL A CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA EMERGENCIAL DE LICITAÇÃO DE TAIS SERVIÇOS

DE PROPAGANDA E PUBLICIDADE COM LASTRO NO ART 4.º DA LEI FEDERAL 13.979/2020 VISANDO AMPLA DIVULGAÇÃO SOBRE TAIS MEDIDAS POR MEIO DE OUTDOORS E MEIOS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA DE MASSA.” (destaques no original)

Sustenta o Consulente que o questionamento se perfaz em face dos seguintes motivos:

“(…) necessidade inadiável do Município de Jacobina/Ba, realizar verdadeira divulgação por meio de outdoors e demais atos que propiciem comunicação de massa do Município das formas de evitar o contágio dos Municípios pelo coronavírus e sua doença COVID-19 bem como do Município veicular boletins epidemiológicos e demais informações relativas as ações de enfrentamento a pandemia, de utilidade e necessidade pública de repasse aos cidadãos por meio de comunicação de massa, e, também, aos serviços disponibilizados a população que se referirem a pandemia da Covid-19, nos termos da Emenda Constitucional nº 107/2020, em seu portal eletrônico oficial.

Antes de nos debruçarmos sobre as temáticas sob exame, é oportuno registrar que os pronunciamentos desta Unidade Jurídica, com relação aos processos de Consulta, **por força do art. 3º, §4º, da Res. TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado.**

As orientações lançadas neste opinativo norteiam-se, sem a pretensão de esgotar o tema, nas normas atualmente vigentes, somada aos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários a respeito da matéria que, em face das transformações provocadas pela pandemia nas relações jurídicas, reclamam do Legislador, bem como dos operadores do Direito, Gestores, Órgãos de Fiscalização e etc, constante atualização.

Ademais, ressalte-se ainda, que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Dito isso, é oportuno pontuar que o enfrentamento do questionamento do Consulente implica na análise, em tópicos individuais, de algumas matérias relacionadas à temática central que são imprescindíveis ao deslinde do feito.

1. DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇOS DE “PUBLICIDADE E PROPAGANDA” UTILIZADO PELO CONSULENTE.

Pela leitura dos termos em que a exordial foi redigida, depreende-se que a dúvida do Prefeito do Município de Jacobina perpassa na contratação dos serviços de divulgação aos veículos e demais meios de comunicação da campanha de proteção contra a Covid-19, o que, na sua essência, não se confunde com a contratação do conjunto de atividades a serem realizadas de forma integrada, envolvendo, dentre outros, o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção e a criação de determinada ação publicitária por intermédio de agências de propaganda (inteligência do art. 2º, da Lei nº 12.232/2010).

Desta forma, as contratações em que o Ente Público não pretende contratar todo o conjunto dos serviços enumerados no art. 2º, Lei nº 12.232/2010, mas apenas algum deles, serão regidas pelas normas dispostas nas Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 10.520/02, se for o caso.

Nesse sentido, vale trazer a lume o teor do Parecer emitido por esta Assessoria Jurídica nos autos dos do Processo nº 01950-17. Confira-se:

“(..)

A aplicação da Lei nº 12.232/10 ao processo que gera a contratação no Poder Público é determinada pelos serviços de publicidade que serão objeto do certame. Deste modo, se a Administração necessita contratar a completude das atividades, aplica-se a Lei nº 12.232/10, atendendo às disposições dos seus arts. 1º e 2º, o que nos faz entender que se o ente público não necessita contratar todo o conjunto dos serviços, mas apenas algum deles, deve aplicar a Lei nº 8.666/93, vale dizer, que, em princípio, a pretensão isolada quanto à distribuição de “publicidade” aos veículos e demais meios de divulgação não estaria abrangida pela Lei nº 12.232/2010.

Mais adiante, o art. 5º do supracitado diploma legal estabelece que *“as licitações previstas nesta Lei serão processadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela contratação, respeitadas as modalidades definidas no art. 22 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, adotando-se como obrigatórios os tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”.*

Desse modo temos que para o Poder Público contratar prestação de serviço de publicidade deve observar as disposições da lei nº 8.666/93 c/c a lei nº 12.232/10, quando o produto almejado for todo o conjunto de atividades descritas naquela norma.

Se a Administração Pública pretende **tão-somente contratar serviços de divulgação e veiculação de publicidade junto a veículos de comunicação**, pode-se adotar o procedimento licitatório, tendo como critério para o julgamento das propostas o “menor preço”, (...).” (destaques no original e adotados)

Assim, as considerações traçadas neste opinativo pautaram-se na informação extraída da inicial de que o serviço a ser contrato que originou a dúvida do Jurisdicionado diz respeito apenas a divulgação e veiculação nos meios de comunicação em massa dos informativos publicitários direcionados à população para o combate à Covid-19, não envolvendo, portanto, os serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agência de propaganda, disciplinados na Lei nº 12.232/10.

2. VIGÊNCIA DO REGIME EXCEPCIONAL INAUGURADO PELA LEI Nº 13.979/20.

No intuito de conferir maior efetividade às aquisições voltadas ao enfrentamento da pandemia que assola a população mundial provocada pela Covid-19, a Lei Federal nº 13.979, publicada em 07 de fevereiro de 2020, trouxe disposições específicas, que flexibilizavam as normativas aplicáveis aos procedimentos de aquisições e de dispensa de licitação.

Neste sentido, cite-se o quanto disposto no caput do seu art. 4º: “É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei”.

No entanto, a vigência da referida norma federal foi atrelada ao Decreto Legislativo nº 06 de 2020, editado pelo Congresso Nacional, que declarou estado de calamidade pública para fins fiscais em todo o território nacional, estando assim previsto no art. 8º, da Lei nº 13.979/20, *in verbis*:

“Art. 8º. Esta Lei vigorará **enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020**, observado o disposto no art. 4º-H desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020) (grifo aditado).

O Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, por sua vez, teve seu prazo de vigência estipulado até o dia 31 de dezembro de 2020, nos seguintes moldes:

“Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Desta forma, uma vez que o referido Decreto Legislativo nº 06/20 deixou de produzir efeitos na data de 31, de dezembro de 2020, conseqüentemente, a Lei nº 13.979/20 também perdeu seus efeitos neste mesmo dia, por força do quanto previsto no seu art. 8º.

Todavia, mesmo após o transcurso do prazo de vigência do Decreto Legislativo nº 06/20, recente decisão proferida cautelarmente pelo Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, no bojo da ADI 6.625/DF, manteve a higidez de determinados dispositivos da Lei nº 13.979/20, conforme se observa do trecho destacado abaixo:

“(…)

Na espécie, embora a vigência da Lei nº 13.979/2020, de forma tecnicamente imperfeita, esteja vinculada àquela do Decreto Legislativo nº 6/2020, que decretou a calamidade pública para fins exclusivamente fiscais, repita-se, vencendo em 31 de dezembro de 2020, não se pode excluir, neste juízo precário e efêmero, próprio da presente fase processual, a conjectura segundo a qual a verdadeira intenção dos legisladores tenha sido a de manter as medidas profiláticas e terapêuticas

extraordinárias, preconizadas naquele diploma normativo, pelo tempo necessário à superação da fase mais crítica da pandemia, mesmo porque à época de sua edição não lhes era dado antever a surpreendente persistência e letalidade da doença.

Tal fato, porém, segundo demonstram as evidências empíricas, ainda está longe de materializar-se. Pelo contrário, a insidiosa moléstia causada pelo novo coronavírus segue infectando e matando pessoas, em ritmo acelerado, especialmente as mais idosas, acometidas por comorbidades ou fisicamente debilitadas. Por isso, a prudência - amparada nos princípios da prevenção e da precaução, que devem reger as decisões em matéria de saúde pública - aconselha que as medidas excepcionais abrigadas na Lei nº 13.979/2020 continuem, por enquanto, a integrar o arsenal das autoridades sanitárias para combater a pandemia.

Em face do exposto, defiro parcialmente a cautelar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 8º da Lei nº 13.979/2020, com a redação dada pela Lei 14.035/2020, a fim de excluir de seu âmbito de aplicação as medidas extraordinárias previstas nos arts. 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J, inclusive dos respectivos parágrafos, incisos e alíneas.”

Pautado na situação fática atual, onde não se vislumbra o fim da pandemia causada pelo novo coronavírus, denotando-se, inclusive, o contrário, onde a denominada “segunda onda” do vírus tem-se mostrado, muitas vezes, mais severa, o Exmo. Ministro, dando interpretação conforme a Constituição Federal excluiu do âmbito de aplicação do art. 8º da Lei nº 13.979/20, **apenas e tão somente**, os arts. 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H e 3º-J, inclusive dos respectivos parágrafos, incisos e alíneas (a referida decisão cautelar foi ratificada pelo Pleno do STF, no dia 08.03.2021).

Neste diapasão, é possível concluir que os demais dispositivos a Lei nº 13.979/20, em especial, o citado art. 4º, que previa uma nova hipótese de contratação direta por dispensa de licitação para as contratações relacionadas ao atendimento direto das necessidades relativas à pandemia causada pela Covid-19, perderam as respectivas vigências após 31 de dezembro de 2020.

Dizendo de outro modo, não havendo “flexibilização” por parte do STF da perda da vigência para todas as previsões constantes da Lei nº 13.979/20, tem-se que se operou a caducidade dos demais dispositivos legais que não foram abordados na decisão cautelar.

3. CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS, POR DISPENSA DE LICITAÇÃO, PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA APÓS O FIM DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.979/20.

De acordo com o quanto estabelecidos no tópico anterior, é forçoso concluir que, após o dia 31 de dezembro de 2020 (fim da vigência do Decreto Legislativo nº 06/2020), as dispensas de licitação visando o atendimento de emergências decorrentes do enfrentamento da pandemia não poderão mais ocorrer com base no art. 4º e seguintes da Lei nº 13.979/20, devendo observar, para tanto, a regra contida no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 ou o art. 75, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021.

3.1. Contratação direta emergencial fundada na Lei nº 8.666/93.

O inciso IV, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, autoriza a Administração Pública a dispensar a licitação:

“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;”

Por se tratar de uma exceção ao dever de licitar, a aplicação dessa disposição legal merece interpretação restritiva e cautelosa, não devendo o argumento da “urgência” ser utilizado pelo Gestor Público de forma genérica e corriqueira.

De acordo com o Professor Marçal Justen Filho, na sua Obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª edição, tal dispositivo refere-se:

“aos casos em que o decurso do tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de

atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal.” (grifo aditado).

A contratação direta emergencial exige que fique devidamente caracterizada a situação concreta e efetiva que reclame atendimento urgente, sob pena de se incorrer em prejuízo que não pode ser recomposto posteriormente e em comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Deve ficar demonstrado também, que a contratação é o meio adequado e eficiente para a eliminação do risco de dano concreto apresentado. É necessário que a Administração Pública revele não só a necessidade da contratação, mas também a sua utilidade. Ou seja, deverá indicar as medidas concretas pelas quais a contratação evitará a efetivação do dano. A solução dada deve ser compatível com a necessidade que conduz à contratação.

Faz-se imprescindível comprovar que a contratação emergencial é o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente e especialmente gravoso detectado, não podendo a Administração, desta maneira, aguardar o decurso de tempo de um procedimento licitatório.

Neste ponto, precisa e elucidadora é a lição do Professor Marçal Justen Filho, na Obra já citada acima, p. 489:

“A contratação imediata apenas será admissível se restar evidenciado que será instrumento adequado e eficiente de eliminar o risco. Se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexistente cabimento da dispensa de licitação. Trata-se, portanto, de expor a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência do dano – ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano.

Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco.

(...)

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 a 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. (...)."

A jurisprudência do C. TCU, analisando a medida excepcional da contratação emergencial com fulcro na Lei nº 8.666/93, assim se posicionou:

"A contratação direta emergencial, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal." (Acórdão 6439/2015, Relator Ministro Augusto Sherman, Data da Sessão 25/10/2015)

"A dispensa de licitação, em casos de emergência ou calamidade pública (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993), apenas é cabível se o objeto da contratação direta for o meio adequado, eficiente e efetivo de afastar o risco iminente detectado." (Acórdão nº 1987/2015, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão 18/08/2015).

"É ilegal a contratação emergencial de empresa para construção de unidade de saúde, por meio de dispensa de licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993), quando a nova unidade se destinar ao benefício da população a longo prazo e não a acudir uma situação emergencial concreta e efetiva." (Acórdão 4560/2015, Relator Ministro Augusto Nardes, Data da Sessão 28/07/2015).

"A contratação emergencial só deve atender a situação emergencial até a realização de nova licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993)." (Acórdão 2988/2014, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão 05/11/2014)

"Para caracterizar situação emergencial passível de dispensa de licitação, deve restar evidente que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, restringindo-se ao estritamente necessário ao atendimento da situação calamitosa. Deve-se divisar a conduta dos agentes públicos que concorreram para originar a situação emergencial da ação daqueles que apenas atuaram para elidir o risco de dano." (Acórdão nº 1217/2014, Relatora Ministra Ana Arraes, Data da Sessão 14/05/2014).

"A caracterização de situação emergencial, que autoriza o procedimento de dispensa de licitação, deve estar demonstrada no respectivo processo administrativo, evidenciando que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Não se presta a esse fim a presença de pronunciamento técnico apontando a existência de graves problemas estruturais, se a interdição do local, por si só, suspenderia eventual risco à segurança dos frequentadores, e descaracterizaria a situação de urgência, possibilitando a realização do devido procedimento licitatório." (Acórdão nº 1162/2014, Relator Ministro José Jorge, Data da Sessão 07/05/2014).

“A ausência ou precariedade de equipamentos e serviços públicos, que podem ser entendidas como ‘urgência controlada’, não caracterizam por si sós a imprevisibilidade e a excepcionalidade exigidas para a contratação direta fundamentada no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, a qual, ainda, deve se restringir aos itens estritamente necessários ao afastamento de riscos iminentes à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.” (Acórdão nº 513/2013, Relatora Ministra Ana Arraes, Data da Sessão 13/03/2013).

Ademais, de acordo com o art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, os contratos firmados, nessas hipóteses, não podem ser prorrogados e somente abrangem os bens necessários ao atendimento da situação de emergência ou de calamidade pública e, assim mesmo, as obras e serviços devem ser concluídos no prazo máximo de 180 dias.

Ressalte-se ainda, por oportuno, que o processo da dispensa de licitação deve ser autuado e processado regularmente como todo e qualquer processo administrativo, devendo conter os elementos enumerados no parágrafo único, do art. 26, da Lei nº 8.666/93 e, por se tratar de uma relação contratual, recomenda-se também a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no art. 38, da referida Lei de Licitações e Contratos.

Outrossim, é de extrema valia frisar que o Gestor não poderá se desincumbir de demonstrar a justificativa do preço, que tem como objetivo demonstrar a compatibilidade do valor contratado com a realidade praticada no mercado, atestando, assim, que mesmo sem processo competitivo, a contratação não deixou de atender à economicidade.

Deve ser demonstrada que a contratação direta emergencial em questão é imperiosa e necessária para o atendimento da situação, que não pode aguardar o decurso de tempo de um procedimento licitatório ordinário, até que o certame seja providenciado e concluído na maior brevidade possível.

Com efeito, a decisão de contratar diretamente deve ser compatível com a necessidade que conduz à contratação, no prazo máximo de 180 dias, ressaltando-se que “A contratação emergencial só deve atender a situação emergencial até a realização de nova licitação.” (Acórdão 2988/2014, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão 05/11/2014).

Desta maneira, na hipótese de a Administração estar diante de situação emergencial, que reclame contratação imediata para seu atendimento, sob pena de ocorrência de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, bens, etc., poderá valer-se da hipótese de dispensa prevista no art. 24, inc. IV, da Lei nº 8.666/93 para celebrar o contrato necessário ao atendimento de uma situação específica, cuja escolha da contratada deverá ocorrer mediante ampla cotação de preços junto as mais diversas empresas do ramo.

Feitas tais considerações no que tange aos requisitos legais autorizadores da contratação direta, por dispensa de licitada, fundada no inciso IV, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, tem-se que a possibilidade de sua utilização nas avenças realizadas no cenário pandêmico decorrente da Covid-19, após o término da vigência da Lei nº 13.979/20, também foi ventilada pelo Advogado-Chefe do departamento de Consultoria Jurídica em Licitações, Contratos e Ajustes Congêneres, da Advocacia-Geral do Município de Cotia/SP, Dr. Edcarlos Alves Lima, em artigo publicado no site conjur.com.br, Revista Consultor Jurídico, em 08.02.2021, sob o título “Contratações públicas no combate à Covid-19: o que virá após a Lei 13.979”:

“(…)

Por outro lado, como se sabe, os efeitos da pandemia da Covid-19, ensejadora da decretação de emergência em saúde pública de importância internacional, ainda são avassaladores, tendo o Brasil registrado, até 1º de fevereiro de 2021, a existência de 9.229.322 casos confirmados e de 225.099 óbitos causados pela doença em questão, que está presente em 100% dos municípios brasileiros.

Nesse cenário, possui o gestor a difícil tarefa de compatibilizar o atendimento ao interesse público, notadamente relacionado ao combate dos efeitos causados pela pandemia de Covid-19, com a burocracia necessária para se formalizar eventuais contratações públicas, já que o regime excepcional trazido pela Lei nº 13.979/2020 já não mais subsiste no cenário jurídico.

(...)

A indagação que se coloca, doravante, é a seguinte: através de que meio poderá o gestor implementar medidas para continuar o enfrentamento da Covid-19, já que a doença, ao menos por hora, continua sendo um risco elevado e contagiando as pessoas em território nacional?

(...)

Pois bem. Não tendo mais o regime emergencial de contratações à sua disposição, poderá o gestor, desde que observadas as peculiaridades do caso concreto e atendidas as disposições legais, invocar a hipótese de contratação direta engendrada no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, que assim dispõe:

"Artigo 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".

Acerca do dispositivo supra transcrito, já afirmamos que:

"(...)

O bem jurídico tutelado pela contratação direta por emergência ou calamidade pública é traduzido nas necessidades coletivas e metaindividuais, ou seja, pressupõe-se que a ausência da imediata contratação acarretaria lesão a bens públicos e, por conseguinte, às próprias finalidades perseguidas pela Administração Pública. Assim, no caso de uma emergência ou calamidade, o tempo necessário para a deflagração e conclusão dos trâmites de um procedimento licitatório se revela um fator impeditivo à sua própria realização, posto que a sua demora é inconciliável com o interesse público caracterizado pelo objeto perseguido pela contratação".

Nessa toada, poderá o gestor público, atento às cautelas necessárias, sobretudo ao dever de planejamento prévio ao procedimento administrativo, dispensar a licitação para a contratação direta, desde que observados os seguintes requisitos: 1) caracterização da situação de emergência, de calamidade pública ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa; 2) delimitação do objeto da contratação, o qual deverá se restringir ao estritamente necessário ao afastamento do risco de dano; 3) prazo máximo de 180 dias para a execução do objeto, vedando-se, como regra geral, a prorrogação da vigência do contrato; 4) justificativas para a escolha da empresa a ser contratada; e 5) justificativas quanto ao preço a ser pago para a execução do objeto.

Ainda que em tais situações de emergência possa restar inviabilizada a regular etapa de planejamento prévio, o que envolve estudos preliminares que indiquem a "solução ótima" para a Administração Pública, não se pode olvidar da necessidade de serem os autos devidamente instruídos com todos os artefatos prévios à efetivação da contratação (estudos, projetos/termo de referência, planilhas quantitativo-orçamentárias, disponibilidade de dotação etc.), demonstrando o mínimo de cuidado e motivação para fundamentar a contratação direta.

Obviamente, a temática ora tratada ensejaria uma abordagem muito mais extensa e detalhada, não condizente com este pequeno arrazoado, razão pela qual, sem querermos ousar trazer conclusões, podemos arrematar, em considerações finais, que o fato de a Lei nº 13.979/2020 ter perdido a sua vigência não retira do gestor público a possibilidade de, diante das peculiaridades do caso concreto e atento às exigências legais, notadamente as estipuladas na própria hipótese do artigo 24, inciso IV, combinadas com o artigo 26, parágrafo único, incisos I, II e III, da Lei nº 8.666/1993, efetivar uma contratação direta, por dispensa de licitação, a fim de atender ao interesse público inerente ao combate dos efeitos causados pela pandemia de Covid-19.

(...)"

Em convergência com o posicionamento aqui adotado, encontra-se a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, nos autos do Processo nº 21/1300-0000007-0, parecer jurídico exarado pela Procuradora do Estado Fernanda Foernges Mentz, para quem, "as dispensas de licitação visando o atendimento de emergências decorrentes do enfrentamento da pandemia não poderão mais ocorrer com base no art. 4º e seguintes da Lei nº 13.979/20, devendo observar a regra contida no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93".

3.2 Contratação direta emergencial fundada na Lei nº 14.133/21.

Conforme apontado no início deste capítulo, após a publicação da Lei nº 14.133/21, em 01.04.2021, a Administração Pública, por força do quanto disposto no seu art. 191, poderá optar, dentro do interregno de 02 anos a contar da vigência da nova Lei de

Licitações, em contratar diretamente por emergência de acordo com o art. 75, inciso VIII, desta Lei ou nos moldes do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

Vejamos o que dispõe o aludido art. 191 e 193, inciso II, da Lei nº 14.133/21:

“Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II, do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.”.

“Art. 193. Revogam-se:

(...)

II – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.”.

Nesta senda, será facultado ao Gestor, durante no período compreendido entre as datas de 01.04.2021 a 01.04.2023, eleger se as licitações ou contratações diretas serão realizadas à luz do regimento antigo (Lei nº 8.666/93; Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011) ou nos termos dispostos no novo estatuto (Lei nº 14.133/21).

Alerta-se que a adoção combinada dos dois regimentos não é permitida pelo Legislador, podendo o Gestor alternar entre os dois regimes. Todavia, para tanto, é imprescindível que esteja claro no edital ou no aviso/instrumento de contratação direta qual o regime será adotado naquele processo de contratação.

Optando o Consulente em contratar diretamente à luz do novo regime, deverá observar os critérios inaugurais lançados no art. 72, da Lei nº 14.133/2021, que elenca os seguintes documentos para instruir o “processo de contratação direta”:

“Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.”.

No que tange à contratação direta, por dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública, o Legislador, no art. 75, inciso VIII e §6º inovou ao acrescentar às situações anteriormente previstas no inciso IV, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, a hipótese de caracterização de uma situação urgente que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos, devendo para tanto, ser observados os seguintes requisitos:

a) os valores da contratação devem ser compatíveis com os praticados no mercado;

b) adoção pela Administração Pública das providências necessárias para a conclusão do certame, e;

c) possibilidade de apuração da responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

Some-se a isso a dilatação do prazo das contratações, que passou a ser de 01 (um) ano, no máximo, contado da data da ocorrência da emergência ou da calamidade, **sendo vedadas, e aqui destaco porque de extrema importância, a prorrogação do contrato e a recontração da empresa já contratada diretamente por emergência.**

Em face da relevância da matéria, cite-se a literalidade dos dispositivos relacionados à temática:

“Art. 75. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos 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 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;**

(...)

§6º Para os fins do inciso VIII do caput deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

(...).” (grifos aditados).

Ademais, o Agente Público, na instrução do processo administrativo, deve caracterizar minuciosamente a hipótese de dispensa deflagradora da contratação direta, no caso sob exame, deve caracterizar e demonstrar a situação emergencial, assim como, comprovar que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano.

Compete ao Gestor agir com muita cautela ao dispensar uma licitação, uma vez que pode ser punido tanto pela contratação direta sem amparo na previsão legal, quanto nas oportunidades em que não observar as formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

De acordo com o art. 337-E, do Código Penal, tipifica crime de contratação direta ilegal, “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”, com previsão de pena de reclusão, de 04 (quatro) a 08 (oito) anos, e multa.

Por fim, mas não menos importante, deve-se consignar, que em se tratando de serviços de comunicação “publicitária”, disposto no inciso II, do art. 2º, da Lei nº 14.124/21, poderá a Administração se valer do rito diferenciado e excepcional trazido por aquela legislação, o qual replica diversos dispositivos da Lei nº 13.979/20, desde que observada a finalidade vinculada à campanha de vacinação contra a Covid-19.

Importante transcrever o dispositivo em comento:

“Art. 2º Fica a administração pública direta e indireta autorizada a celebrar contratos ou outros instrumentos congêneres, com dispensa de licitação, para:

I - a aquisição de vacinas e de insumos destinados à vacinação contra a covid-19, inclusive antes do registro sanitário ou da autorização temporária de uso emergencial; e

II - a contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária, de treinamentos e de outros bens e serviços necessários à implementação da vacinação contra a covid-19.

§1º A dispensa da realização de licitação para a celebração de contratos ou de instrumentos congêneres de que trata o caput deste artigo não afasta a necessidade de processo administrativo que contenha os elementos técnicos referentes à escolha da opção de contratação e à justificativa do preço ajustado.

§2º Serão conferidas ampla transparência e publicidade a todas as aquisições ou contratações realizadas nos termos desta Lei, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da data da realização do ato, em sítio oficial na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), no qual serão divulgados:

I - o nome do contratado e o número de sua inscrição na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia ou identificador congêneres no caso de empresa estrangeira que não funcione no País;

II - o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou de contratação;

III - o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato;

IV - a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação do serviço;

V - o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista;

VI - as informações sobre eventuais aditivos contratuais;

VII - a quantidade entregue ou prestada em cada ente federativo durante a execução do contrato, nas contratações de bens e serviços; e

VIII - as atas de registros de preços das quais a contratação se origine, se houver.

§3º Fica autorizada a contratação de fornecedor exclusivo de bem ou serviço de que trata esta Lei, inclusive no caso da existência de sanção de impedimento ou de suspensão para celebração de contrato com o poder público.

§4º Na hipótese de que trata o § 3º deste artigo, é obrigatória a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), que não poderá exceder 10% (dez por cento) do valor do contrato.

§5º Na hipótese de dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo, quando se tratar de compra ou de contratação por mais de um órgão ou entidade, poderá ser utilizado o sistema de registro de preços previsto no inciso II do acput do art. 15 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos).

§6º Nas situações abrangidas pelo § 5º deste artigo, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal relativo ao sistema de registro de preços, caso não tenha editado regulamento próprio.

§7º O órgão ou a entidade gerenciadora da compra estabelecerá prazo de 2 (dois) a 8 (oito) dias úteis, contado da data de divulgação da intenção de registro de preço, para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços realizado nos termos dos §§ 5º e 6º deste artigo.

§8º Nas contratações realizadas a partir de 30 (trinta) dias da assinatura da ata de registro de preços, a estimativa de preços será atualizada para verificar se os preços registrados permanecem compatíveis com os praticados no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública direta e indireta, promovendo-se, se for o caso, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.”.

Desse modo, a Lei nº 14.124/21, que “dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19”, possui regras específicas para a

campanha de vacinação, não podendo ser utilizada para outras situações emergenciais, muito embora, eventualmente, venham a guardar relação com o enfrentamento de pandemia.

4. CONCLUSÃO.

Diante de tudo o quanto anteriormente exposto, conclui-se o seguinte:

1) após 31.12.2020 (data final da vigência do Decreto Legislativo nº 06/2020), as contratações por dispensas de licitação visando o atendimento de emergências decorrentes do enfrentamento da pandemia não poderão mais ocorrer com base no art. 4º e seguintes da Lei nº 13.979/20, devendo observar, para tanto, a regra contida no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 ou no art. 75, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021.

A configuração da situação de emergência deve ser avaliada pelo Gestor, que, diante das especificidades atinentes ao caso concreto, deve investigar o preenchimento de TODOS os requisitos legalmente fixados para a efetivação da contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993 ou no art. 75, inciso VIII, da Lei nº 14.133/2021.

2) nas situações emergenciais que envolvam contratações relacionadas à campanha de vacinação contra a Covid-19, a Administração Pública pode se valer do rito diferenciado e excepcional previsto na Lei nº 14.124/21.

É o parecer.

Salvador, 14 de abril de 2021.

Flávia Lima de Queiroz
Chefe da Assessoria Jurídica

