

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE CAFARNAUM

PROCESSO Nº 05102e20

PARECER Nº 00547-20 (F.L.Q.)

CONTRATAÇÕES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PANDEMIA CAUSADA PELO COVID-19. APLICAÇÃO VINCULADA DAS NORMAS ELENCADAS NA LEI N. 13.979/20. LICITAÇÕES E DISPENSA RELACIONADAS À MANUTENÇÃO DA MÁQUINA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI. N. 8.666/93.

As licitações cujo objeto envolvam contratações dissociadas ao atendimento direto das necessidades relativas à pandemia causada pelo COVID-19, continuarão a ser realizadas sob a égide da Lei n. 8.666/93, não lhes sendo aplicáveis as novas regras temporárias dispostas na Lei n. 13.979/20, na medida em que tal hipótese normativa não abrange contratações que versem sobre satisfação de necessidades de outra ordem. Sendo assim, as ações vinculadas unicamente à manutenção da máquina pública, no que se refere à dispensa de licitação e a prorrogação contratual, devem obediência, respectivamente, às regras elencadas nos arts. 24 e 57, da Lei n. 8.666/93.

A Prefeita do **MUNICÍPIO DE CARFANAUM**, Sra. Sueli Fernandes de Souza Novais, por meio do expediente endereçado ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 05102e20, diante da pandemia mundial decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em razão da contaminação humana do COVID-19, que, em razão da sua fácil contaminação e propagação, encontra-se atualmente na fase de “disseminação comunitária”, requer orientações acerca das regras aplicáveis às contratações públicas neste cenário de emergência municipal e de calamidade pública estadual e nacional.

Diante dos fatos narrados acima, formula os seguintes questionamentos:

- “1. Como o município deve proceder com relação às licitações que seriam realizadas durante esse período de isolamento social e que não estão compreendidas entre aquelas para aquisição de uso emergencial para a área de saúde?
2. Poderemos prorrogar os contratos Administrativos, de forma Geral, para evitar Audiência presencial de Certame Licitatório, evitando aglomeração e proliferação do COVID-19? *(Isso, pois, produtos e serviços por necessidade regular do Município não poderão ficar sem serem contratados, principalmente serviços continuados, visto que os contratos apesar de vigentes vencerão em sua maioria neste mês de março e abril de 2020);*
3. Caso seja possível, poderemos prorrogar prazo e valor dos contratos na forma de aditivos contratuais, mesmo sem que sejam serviços continuados?
4. Poderá ser realizada Dispensa de Serviços essenciais nesse período de Calamidade Pública Federal, Estadual e Emergência Municipal, de serviços, obras e produtos essenciais ao funcionamento das atividades Públicas?”.

Argumenta a Consulente que as suas preocupações, na sua maioria, decorrem da recomendação mundial e nacional de isolamento social, na medida em que “os decretos Municipais são no sentido de limitação ao atendimento ao público, dispersão e aglomeração, inclusive na dependência da Prefeitura Municipal”.

Pois bem; inicialmente, cabe-nos registrar **que os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado, em especial, sobre medidas efetivas a serem tomadas pela Gestora para as contratações e licitações do Município de Carfanaum, no período da pandemia relacionada ao COVID-19.**

Ademais, antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressaltamos à Consulente 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.

Prestados tais esclarecimentos, tem-se que é de conhecimento geral a situação delicada e preocupante que o mundo todo está vivendo em face da rápida disseminação e contaminação propagada pelo coronavírus no corpo humano, ante o elevado número de doentes e mortes contabilizadas até o momento.

Em face deste cenário calamitoso, as autoridades internacionais e nacionais vêm adotando medidas urgentes ao combate do temido COVID-19, com a veiculação e publicação de inúmeros atos normativos a fim de regulamentar as relações jurídicas neste contexto de pandemia.

Nesta esteira, o Governo Federal, publicou em 07.02.2020, a Lei n. 13.979/20, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.”. Dias após a sua edição, essa lei sofreu alterações em decorrência das Medidas Provisórias 926, 927 e 928, todas do ano de 2020.

Da leitura conjugada dos seus artigos iniciais, com as disposições do Decreto n. 10.282/2020, que a regulamenta, extrai-se que as medidas ali delineadas devem ser adotadas, no âmbito das respectivas competências, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por intermédio do Ministro da Saúde e pelos gestores locais, por autorização daquele em situações específicas, e visam, precipuamente, a proteção da coletividade.

O seu cumprimento é obrigatório pelas pessoas, sob pena de responsabilização nos termos previstos em legislação própria.

Ademais, à luz do que reza o §1º, do art. 3º, da Lei n. 13.979/20: “As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

Dentre as medidas enumeradas no art. 3º, com redação alterada pela Medida provisória n. 926, de 2020, destacam-se, por envolver o cenário das dúvidas apresentadas pela Consultante na pergunta de número “1”, o isolamento social e quarentena, que, de acordo com o quanto definido no art. 2º, da citada Lei, consistem, respectivamente na “separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a

contaminação ou a propagação do coronavírus” e a “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus”.

Com efeito, tais medidas implicam, na prática, na restrição da locomoção, do contato físico entre as pessoas nas ruas, centros comerciais, órgãos públicos, igrejas, praias, parques, empresas privadas e etc, funcionando como eficiente arma ao combate à proliferação do vírus, segundo opinião dos especialistas da área de saúde, frequentemente divulgada nos meios de comunicação.

Em decorrência de tal fato, foi instituído na esfera de diversos órgãos públicos, assim como na iniciativa privada, o trabalho a distância, com o auxílio da internet e da rede mundial de computadores (regime de home office), permitindo, na medida do possível, que a prestação do serviço público ou privado seja realizado sem interrupção, durante a suspensão do acesso físico aos locais de trabalho.

Sobre o assunto, vale transcrição de trecho do artigo publicado na internet da lavra do Professor Para Marçal Justen Filho, intitulado “Efeitos Jurídicos da Crise Sobre as Contratações Administrativas”:

“4) A distinção entre atuação relacionada e não relacionada à pandemia.

É relevante diferenciar as atuações administrativas diretamente relacionadas à pandemia e aquelas que não o sejam.

O atendimento direto à pandemia é uma prioridade. Isso significa a alocação de pessoal e de recursos para esse fim. Mas se pode estimar que nem todos os agentes públicos serão vinculados ao combate à pandemia. Aliás, até se pode estimar que os integrantes dos grupos de riscos devem ser resguardados.

Basta considerar que uma das providências necessárias ao combate à crise foi a suspensão de atividades presenciais e o trabalho em domicílio.

Isso não significa, no entanto, a ausência de continuidade da atuação funcional desses servidores. Portanto, existe uma parcela significativa da força de trabalho da Administração Pública que se encontra disponível para manter o desempenho das atividades funcionais – ainda que à distância.

Esse contingente de agentes estatais deve manter (ou assumir) funções relacionadas à continuidade das atividades administrativas, não relacionadas com o combate à pandemia.

Não há cabimento em alocar uma parte dos recursos públicos para combater a pandemia e negligenciar as demais atividades administrativas, especialmente considerando a existência de pessoal disponível para atuar (ainda que em domicílio) nesses setores.” (grifo no original).

Tal conduta dos Gestores encontra amparo no quanto normatizado no §8º, do art. 3º, da Lei n.13.979/20 que determina o seguinte: “As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais”.

A definição de serviços públicos e atividades essenciais a que alude o dispositivo anterior foi estabelecida, nos termos do seu §9º, pelo Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, no art. 3º, para quem serviços públicos e atividades essenciais são “aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”. Neste contexto, enumera o legislador uma série de serviços que dada a sua natureza, por si só, já foram enquadrados neste conceito.

Ainda neste cenário, o §11, do art. 3º, do Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, proíbe a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

Logo, os Municípios, diante das respectivas necessidades locais e, claro, respeitando, as medidas de isolamento social e quarentena, por ventura adotadas nos seus âmbitos, devem, paralelo às providências imediatas destinadas a evitar a difusão da doença e a reduzir o ritmo das contaminações, adotar medidas de forma planejada na direção da continuidade da atuação do Poder Público.

Neste contexto, encontram-se as licitações que “não estão compreendidas entre aquelas para aquisição de uso emergencial para a área de saúde” no combate a endemia e que constituem o **objeto do primeiro questionamento da Consultante**.

Com efeito, cabe esclarecer de início que **as licitações que trazem como objeto contratações dissociadas ao atendimento direto das necessidades relativas à pandemia, continuarão a ser realizadas sob a égide da Lei n. 8.666/93, não lhes sendo aplicáveis as novas regras temporárias dispostas na Lei n. 13.979/20, na**

medida em que tal hipótese normativa não abrange contratações que versem sobre satisfação de necessidades de outra ordem.

Ultrapassada tal premissa, tem-se que para sua realização, o Gestor deve adotar as medidas de prevenção e proteção à saúde dos seus servidores e dos particulares envolvidos no processo, preparando-os e instrumentalizando-os com ferramentas que poderão auxiliar no desempenho das suas funções dentro das restrições impostas pelo isolamento social ou pela quarentena, como, por exemplo, a utilização do pregão na modalidade eletrônica, em preferência à presencial.

Esta Corte de Contas, inclusive, há muito já orienta os seus Jurisdicionados, por intermédio da Instrução Cameral nº 001/2015, bem como, dos diversos pareceres emitidos por essa Assessoria Jurídica em sede Consulta, a adotarem, preferencial, o Pregão Eletrônico, consoante dispõe o art. 1º, do aludido diploma: "As Prefeituras e Câmaras Municipais deverão priorizar a adoção do Pregão Eletrônico nas licitações realizadas no âmbito dos municípios."

Além dessa medida, orienta-se ao Gestor, diante das restrições impostas pela disseminação do COVID-19, que se avalie a viabilidade do adiamento ou até mesmo, da suspensão das sessões dos certames que, pelas suas características, necessitam ser presenciais, para retomada após a revogação das medidas restritivas.

Outra solução que se vislumbra na legislação que rege a matéria, cabendo ao Gestor sopesar a viabilidade da medida, em face da grau da necessidade concreta do seu objeto para o Município, é a revogação do edital com fundamento no art. 49, da Lei n. 8.666/93, que, por sua vez, estabelece o seguinte:

"Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação."

Do mesmo modo, reuniões pontuais ou periódicas que necessitem ser marcadas no curso do certame licitatório entre a Administração e os participantes podem ser realizadas por meio eletrônicos, de forma remota, com o devido registro em ata. Assim como, a Administração poderá regulamentar o recebimento de documentação, de propostas de possíveis fornecedores também de forma eletrônica.

Outrossim, não é demais lembrar que à luz do quanto preceitua o §7º, do art. 3º, do Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, medidas de prevenção, visando a diminuição da transmissibilidade da COVID-19, devem ser implementadas na execução dos serviços públicos e das atividades essenciais, a exemplo do aumento da frequência da higienização de bens e ambientes.

Dito isso, é crucial ressaltar mais uma vez a importância da atuação planejada da Administração tanto nas ações de combate à proliferação do COVID-19, quanto nas que envolvem o funcionamento normal da máquina pública, na medida em que o estabelecimento da pandemia certamente acarretará uma escassez de recursos originária não só da estimativa inusitada de gastos específicos para a prevenção e tratamento das moléstias, como também, da queda na arrecadação da receita pública decorrente da estagnação da economia em geral.

Para Marçal Justen Filho, em artigo já citado neste opinativo:

"(...) As tarefas devem ser organizadas e os recursos humanos alocados de modo compatível com as circunstâncias a serem enfrentadas.

Isso envolve uma avaliação de prioridades, segundo o princípio da proporcionalidade.

3) A vedação à omissão da Administração Pública

Em qualquer caso, não se admite a omissão da Administração Pública. Essa imposição se verifica não apenas às providências diretamente relacionadas com o combate à pandemia. Também incide quanto às demais atividades administrativas. O dever de planejamento não se circunscreve às questões emergenciais. Abrange a avaliação das perspectivas futuras quanto à generalidade das implicações

decorrentes da crise. Em outras palavras: há muitos contratos administrativos em curso e cabe ao Poder Público adotar medidas específicas e adequadas relativamente a eles. É indispensável avaliar as perspectivas futuras quanto à sua execução, identificar as soluções viáveis e adotar as decisões que a situação exigir.”.

Logo, a Administração deve priorizar os certames que possam ser realizados por meio virtual, a exemplo do pregão eletrônico. Assim como, ponderar sobre a pertinência de se realizar um certame presencial, onde se encontrarão reunidos servidores públicos e fornecedores, tendo em vista o alto risco de contágio pelo coronavírus. Neste sentido, deverá no mínimo preparar um ambiente presencial adequado para o número de pessoas, conforme as diretrizes sanitárias e de saúde pública.

Passaremos neste ponto a analisar o **segundo questionamento da Consultante**, qual seja: “Podemos prorrogar os contratos Administrativos, de forma geral, para evitar Audiência presencial de Certame Licitatório, evitando aglomeração e proliferação do COVID-19? *(Isso, pois, produtos e serviços por necessidade regular do Município não poderão ficar sem serem contratados, principalmente serviços continuados, visto que os contratos apesar de vigentes vencerão em sua maioria neste mês de março e abril de 2020)*”.

Dos termos em que foi redigida a pergunta, pode-se extrair que a Consultante refere-se aos contratos administrativos vigentes no âmbito municipal relacionados às atividades rotineiras da Administração e que não guardam vinculação alguma com as contratações pautadas nos dispositivos da Lei n. 13.979/20. Sendo a eles aplicáveis as normas disciplinadas na Lei n. 8.666/93.

Desta forma, é com base nesta premissa que serão traçadas as considerações pertinentes a solução do problema em tese apresentado.

É importante ainda salientar, que a dúvida perpassa sobre a viabilidade de utilização como medida de combate a proliferação do COVID-19, de prorrogações contratuais de forma indiscriminada, a fim de se evitar aglomerações decorrentes da realização de “Audiência presencial de Certame Licitatório”.

Com efeito, em que pese os Gestores estejam imbuídos na adoção de medidas ao combate à proliferação do vírus nas comunidades, é oportuno deixar claro que tais ações, por força do princípio da legalidade, devem encontrar guarida no ordenamento jurídico que rege a matéria, no caso em questão, a Lei n. 8.666/93, especificamente, seu art. 57, que assim dispõe:

“Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, os quais poderão ter a sua duração estendida por igual período;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que deverão ter a sua duração dimensionada com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a duração a sessenta meses.

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

III - (VETADO)

III - (Vetado).

IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até cento e vinte meses, caso haja interesse da administração.

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração.

§1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.”.

A exegese que se faz deste artigo é que, em regra, os contratos administrativos têm sua duração adstrita à vigência do respectivo crédito orçamentário, que, por sua vez, de acordo com o art. 34, da Lei nº 4.320/1964, corresponde com o ano civil, iniciando, portanto, em 1º de janeiro e se encerrando em 31 de dezembro de cada ano.

Somente é possível ultrapassar esse prazo nos casos em que o objeto da contratação enquadra-se em uma das hipóteses descritas nos incisos do supracitado art. 57, da Lei nº 8.666/1993.

Logo, a pretensão de se prorrogar os contratos vigentes fora das hipóteses do art. 57, da Lei n. 8.666/93, sob o fundamento de que em face da proliferação do COVID-19, deve-se evitar reuniões presenciais, aglomerações de pessoas, não encontra amparo na lei, além do que, conforme dito anteriormente, a Administração pode utilizar-se, no que for possível, dos meios eletrônicos de comunicação (e-mails, videoconferências, etc) tanto para o acompanhamento da execução contratual, quanto para a realização de novos certames.

Ademais, é oportuno destacar que a prorrogação do contrato fora das hipóteses permitidas na lei, pode implicar na penalidade imposta no art. 92, da Lei nº 8.666/93, a saber:

"Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução

dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.”.

Em face da negativa da pretensão da segunda pergunta, a análise da terceira fica prejudicada, na medida em que ela foi formulada se forma condicionada, nos seguintes termos: “3. Caso seja possível, poderemos prorrogar prazo e valor dos contratos na forma de aditivos contratuais, mesmo sem que sejam serviços continuados?”.

Por fim, mas não menos importante, passaremos a enfrentar o **último questionamento da Consulente**, qual seja: “4. Poderá ser realizada Dispensa de Serviços essenciais nesse período de Calamidade Pública Federal, Estadual e Emergência Municipal, de serviços, obras e produtos essenciais ao funcionamento das atividades Públicas?”.

Assim como ocorreu nas demais perguntas, delimita-se que as contratações diretas, por dispensa de licitação, pretendidas pela Consulente não possuem como objeto a aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, que são regidas pelas normas dispostas na Lei n. 13.979/20.

Isto porque, a Subscritora refere-se às “contratações de serviços, obras e produtos essenciais ao funcionamento das atividades Públicas”, que, pelas razões já expostas neste opinativo, continuam sendo regidas pelas regras elencadas na Lei n. 8.666/93.

Sendo assim, tem-se que, de acordo com o quanto dispõe o art. 37, inciso XXI, da CF/88, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações 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”.

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas em lei.

Neste diapasão, o Legislador Infraconstitucional, ao editar a Lei Federal de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), enumerou taxativamente nos arts. 17, incisos I e II, 24 e 25 as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, respectivamente, não se admitindo, portanto, a ampliação deste rol.

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra intitulada “Direito Administrativo”, Ed. Atlas, São Paulo, 2014, esclarece o seguinte:

“na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que ficaria inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”.

A Consultoria fornecida pelo portal jurídico especializado em licitações e contratos, www.zenite.com.br, esclarece que:

“os casos de dispensas não devem ser confundidos com aqueles em que a licitação é impossível de ser realizada (inviabilidade absoluta de competição). Constituem, de fato, situações em que a realização de licitação é uma faculdade e não obrigação, e isto, consoante já referido, justifica-se por razões de interesse público.”

Como se vê, a dispensa ocorre por ato discricionário do agente administrativo que, diante do caso concreto e dentre das hipóteses em que a lei permite, analisa e decide, considerando o interesse público envolvido, a conveniência de se contratar diretamente.

As hipóteses dispostas no art. 24, da Lei nº 8.666/93 são enumerativas, destacando-se, porque objeto do questionamento da Consulente, o inciso IV, que 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.

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, 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 só 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 texto legal, 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.

Ressaltamos 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.

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 ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, sob pena de incidir no crime tipificado no art. 89, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa".

Como se vê, cabe 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 (art. 26).

Pontuamos, por conseguinte, que, se o fornecedor ou o prestador de serviços concorrer com a ilegalidade, também será punido com pena semelhante à atribuída ao Administrador Público.

Prestados tais esclarecimentos, **e aqui respondendo ao questionamento de número “4”**, admite-se, em tese, a contratação direta emergencial, com fulcro no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, desde que os serviços, obras e produtos ditos essenciais pela Consulente possam se amoldar aos limites fixados neste inciso, com a prévia instauração de processo administrativo em que fique devidamente demonstrado e justificado que a contratação nos moldes pretendidos, efetivamente evitará o aludido dano ambiental.

Ressalte-se mais uma vez, que a solução adotada pela Administração Pública deve ser compatível com a necessidade que conduz à contratação.

A legislação que rege a matéria não enumera como requisito indispensável à contratação direta emergencial, com fulcro no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, a decretação, no âmbito municipal, do estado de emergência.

Todavia, a praxe administrativa caminha no sentido de que a Gestora, se entender cabível, decreta previamente o estado de emergência, ato esse de cunho declaratório que, por sua vez, poderá ser utilizado como mais um meio de instrumentalizar o processo administrativo da dispensa da licitação, sem prejuízo da demonstração dos requisitos já elencados neste opinativo, quais sejam: a) caracterização da 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; b) demonstração robusta de que a contratação é o meio adequado e eficiente para a eliminação do risco de dano concreto apresentado.

Aqui, há de alertar à Gestora que a contratação direta, por dispensa, motivada única e exclusivamente no decreto emergencial não atende às exigências legais para este tipo de avença, conforme bem salientado pelo C. TCU, no julgamento do Acórdão nº 2504/2019, Relator Ministro Bruno Dantas:

“A mera existência de decreto municipal declarando a situação do município como emergencial não é suficiente para justificar a contratação por dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, devendo-se verificar se os fatos relacionados à contratação amoldam-se à hipótese de dispensa prevista na lei.”

É o parecer.

Salvador, 27 de março de 2020.

Flávia Lima de Queiroz

Chefe da DACJ