

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: CÂMARA MUNICIPAL DE ITABUNA

PROCESSO N° 07716e20

PARECER N° 00847-20

EMENTA: CONTRATAÇÕES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PANDEMIA CAUSADA PELO COVID-19. APLICAÇÃO VINCULADA DAS NORMAS ELENCADAS NA LEI N. 13.979/20 E NA MEDIDA PROVISÓRIA N° 926/20. AUSÊNCIA DE INDICATIVO PARA REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DE FORMA PRESENCIAL. LICITAÇÕES RELACIONADAS À MANUTENÇÃO DA MÁQUINA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI. N. 8.666/93.

1- A Administração deve priorizar os certames que possam ser realizados por meio virtual, a exemplo do pregão eletrônico. Assim como, ponderar sobre a pertinência da continuidade na efetivação de um certame presencial, onde se encontrarão reunidos servidores públicos e fornecedores, tendo em vista o alto risco de contágio pelo coronavírus. Neste sentido, em conformidade com os preceitos contidos no art. 49, da Lei n. 8.666/93, poderá o gestor dentro da sua discricionariedade revogar o referido edital por razões de interesse público.

2- Os procedimentos licitatórios que trazem como objeto contratações dissociadas ao atendimento direto das necessidades relativas à pandemia, continuarão a serem realizadas sob a égide da Lei n. 8.666/93, não lhes sendo aplicáveis as novas regras temporárias dispostas na Medida Provisória n° 961/20, haja vista que tal Legislação encontra-se atrelada ao necessário estado de calamidade invocado no Decreto Legislativo n° 06/20, em consonância com ações ligadas diretamente ao combate ao COVID-19, se distanciando de contratação de obras e serviços de engenharia tendo como objeto “instalação de plataforma de acessibilidade na sede do Poder Legislativo Municipal. , devendo ser adotadas as premissas constantes na Lei n° 8666/93.

O Presidente da Câmara Municipal de Itabuna, Sr. Ricardo Dantas Chavier, por meio de expediente endereçado ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o n° 07716e20, diante da pandemia mundial decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em razão da contaminação humana do COVID-19, que, por força 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:

- a) É possível, durante o período de duração do estado de calamidade pública, decretado e reconhecido pela Assembleia Legislativa, em virtude da crise sanitária provocada pelo Coronavírus (COVID-19), a realização de licitações em modalidades presenciais (convite, tomada de preços e concorrência) para o caso de obras e serviços de engenharia?
- b) Caso positivo, quais as ações específicas recomendadas pela Corte para assegurar o respeito aos princípios constitucionais e relativos ao processo licitatório?
- c) Sendo o valor estimado para o objeto abaixo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), diante da edição da MP 961/20, mais precisamente seu Art. 1º, inciso I, alínea 'a', podemos adotar a dispensa de licitação para o caso de obras e serviços de engenharia?
- d) Caso positivo, quais as ações específicas recomendadas pela Corte para assegurar o respeito aos princípios constitucionais e relativos ao processo licitatório?"

Argumenta o Consultante que em atendimento às recomendações realizadas pelo Ministério Público do Estado da Bahia e requisição demandadas pela associativa dos portadores de deficiência deste Município, fora deflagrado processo administrativo para a instalação de plataforma de acessibilidade no imóvel, sendo este um serviço de engenharia e de grande relevância para os portadores de deficiência, executando intervenções no imóvel onde está situada sua sede para ajustá-lo às normas de acessibilidade dos órgãos públicos.

A este respeito, as intervenções na estrutura predial dependem de obras e serviços de engenharia que, em razão de não serem bens e serviços comuns, não podem ser licitadas utilizando o pregão eletrônico como modalidade adequada no bojo da crise instalada por conta do Coronavírus (COVID-19), motivando por consequência, a decretação do estado de calamidade pública do município após a deflagração de procedimento licitatório para os devido fins.

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 pelo Gestor para as contratações e licitações da Câmara Municipal de Itabuna, no período da pandemia relacionada ao COVID-19.**
As orientações gerais traçadas neste opinativo possuem o condão de elucidar, sem a pretensão de esgotar o tema, eventuais dúvidas a respeito da exegese das normas que

regem a matéria, principalmente aquelas que atualmente estão surgindo diante do cenário de calamidade pública decorrente da pandemia do COVID-19.

Ademais, antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressaltamos ao Consultante 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 pelo Consulente, 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 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, porventura 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.

Prestados tais esclarecimentos iniciais, passa-se neste ponto a analisar o **primeiro questionamento do Consultante**, qual seja: “*É possível, durante o período de duração do estado de calamidade pública, decretado e reconhecido pela Assembleia Legislativa, em virtude da crise sanitária provocada pelo Coronavírus (COVID-19), a realização de licitações em modalidades presenciais (convite, tomada de preços e concorrência) para o caso de obras e serviços de engenharia?*”.

Com efeito, tem-se que para a realização de licitações no atual período, 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, já que como relatado na inicial, já fora iniciado processo administrativo para a instalação de plataforma de acessibilidade na sede da Câmara de Vereadores do Município de Itabuna, antes da decretação de calamidade pública advinda da mencionada pandemia, poderá o Gestor sopesar a viabilidade da medida, em face do grau da necessidade concreta do seu objeto para o Município, e revogar o 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."

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 da continuidade na efetivação de 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.

Adicionalmente, cumpre alertar, diante das dificuldades de acesso a uma sessão presencial, para a possibilidade de arguição administrativa e até mesmo judicial pelas

empresas participantes do certame, de uma possível limitação de competitividade, o que poderá impactar na continuidade do processo licitatório.

Outrossim, em face da negativa da pretensão da primeira pergunta, a análise da segunda fica prejudicada, na medida em que ela foi formulada se forma condicionada, nos seguintes termos: “2. Caso positivo, quais as ações específicas recomendadas pela Corte para assegurar o respeito aos princípios constitucionais e relativos ao processo licitatório?”

No que pertine a **terceira indagação**, assim questiona o presidente do Poder Legislativo do município de Itabuna: “Sendo o valor estimado para o objeto abaixo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), diante da edição da MP 961/20, mais precisamente seu Art. 1º, inciso I, alínea ‘a’, podemos adotar a dispensa de licitação para o caso de obras e serviços de engenharia?”

De início, cabe esclarecer 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, e muito menos na Medida Provisória nº 961/20, já que tais Legislações temporárias não abrangem contratações que versem sobre satisfação de necessidades de outra ordem.**

No que pertine a citada Medida Provisória nº 961, datada de 20 de maio do presente ano, a mesma tem com objetivo principal “Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”.

Em interpretação literal da referida norma, pode-se entender que todos os seus comandos encontram-se atrelados aos decretos de estado de emergência de saúde pública relacionados ao coronavírus (Covid-19), **característica não encontrada no objeto posto em análise pelo eminente consulente (instalação de plataforma de acessibilidade” em sede do Poder Legislativo Municipal), portanto, impossível sua aplicabilidade nos moldes ali contidos, devendo ser adotadas as premissas constantes na Lei nº 8666/93.**

Cumpre-se salientar, apenas em nível de esclarecimento, que em consonância aos ditames contidos no art. 1º, inciso I, alínea “a” da referida Medida Provisória, fora fixado novos limites para a realização de dispensa de licitação, majorando os valores concernentes a obras e serviços de

engenharia até o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), todavia, encontra-se prevalecendo os ditames contidos na redação original dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93, havendo a impossibilidade do fracionamento das contratações homogêneas, de objetos similares, com o objetivo claro de fugir da realização do regular procedimento licitatório, vejamos:

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos.

I - a dispensa de licitação de que tratam os incisos I e II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, até o limite de:

a) para obras e serviços de engenharia até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou, ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e

No mais, ressalta-se que na possibilidade de contratação ou compras nos moldes acima descrito, **não sendo reiteradamente o caso relatado no presente expediente**, o gestor não encontra-se dispensado de seguir os procedimentos administrativos cabíveis, em consonância com os princípios constitucionais basilares das contratações públicas, devendo ser observado o quanto disposto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8666/93, em especial a necessária justificativa da escolha do fornecedor e do preço acordado; importando ainda lembrar que mesmo dentro dos novos valores, aplicáveis, mais uma vez asseverando, às ações de combate à pandemia e seus efeitos, poderá a administração realizar o competente procedimento licitatório envolvendo obras e serviços de engenharia, nos termos do quanto disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Por fim, o enfrentar o **último questionamento da Consultante**, qual seja: *“Caso positivo, quais as ações específicas recomendadas pela Corte para assegurar o respeito aos princípios constitucionais e relativos ao processo licitatório?”*, resta repetidamente prejudicado devido à inaplicabilidade dos ditames contidos na Medida Provisória nº 961/20, na questão posta em análise.

Ante o exposto, conclui-se que:

a) **A Administração deve priorizar os certames que possam ser realizados por meio virtual, a exemplo do pregão eletrônico.** Assim como, ponderar sobre a pertinência da continuidade na efetivação de um certame presencial, onde se encontrarão reunidos servidores públicos e fornecedores, tendo em vista o alto risco de contágio pelo coronavírus. Neste sentido, em conformidade com os preceitos contidos no art. 49, da Lei n. 8.666/93, poderá o gestor dentro da sua discricionariedade revogar o referido edital por razões de interesse público;

b) **Os procedimentos licitatórios que trazem como objeto contratações dissociadas ao atendimento direto das necessidades relativas à pandemia, continuarão a serem realizadas sob a égide da Lei n. 8.666/93, não lhes sendo aplicáveis as novas regras temporárias dispostas na Medida Provisória nº 961/20, haja vista que tal Legislação encontra-se atrelada ao necessário estado de calamidade invocado no Decreto Legislativo nº 06/20, em consonância com ações ligadas diretamente e indiretamente ao combate ao COVID-19, se distanciando de contratação de obras e serviços de engenharia tendo como objeto *“instalação de plataforma de acessibilidade em sede do Poder Legislativo Municipal.”***

É o parecer.

Salvador, 21 de maio de 2020.

CRISTINA BORGES DOS SANTOS
Assessora Jurídica