64

PARECER Nº 988/2020.

Ofício nº 1100/2020 – DAF/SEDES
Interessada: Secretaria de Desenvolvimento Social.
Assunto: Contratação direta

Trata-se de parecer jurídico prévio solicitado pela Exma. Sra. Secretaria de Desenvolvimento Social acerca da possibilidade jurídica de "dispensa de licitação que tem por objeto: contratação de empresa especializada na prestação de serviços funerários com fornecimento de urnas mortuária, mortalhas, translado e serviços complementares para atender as pessoas e família em situação de vulnerabilidade social" aduzindo ao fim se tratar de aquisição em decorrência da pandemia de COVID-19 (SARS-COV-2).

Ao processo foram acostadas cópias da Lei 13.979, Portaria 188-20-MS e ainda Decreto Municipal nº 21/2020, bem como cópia de outros instrumentos normativos, em conformidade com o ofício supra.

Devemos ressaltar que, neste parecer jurídico, não serão analisados aspectos técnicos da contratação, vez que, presume-se que, as especificações técnicas inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, qualidades, requisitos e especificações, bem como a definição do valor da contratação, tenham sido regularmente apurados pela área técnica do órgão interessado na contratação. Desse modo, nossa avaliação jurídica se dará em relação a possibilidade da contratação pretendida.

Registre-se, ainda, que as presentes observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da Administração Pública e da própria autoridade requerente a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações

65.

É o relatório. Passamos a opinar.

Inicialmente, observamos que o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, estabelece a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para contratações feitas pelo Poder Público. No entanto, o próprio dispositivo constitucional reconhece a existência de exceções à regra ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação, quais sejam a dispensa e a inexigibilidade de licitação, *in verbis*:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> ...
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifamos).

Com efeito, **o legislador Constituinte admitiu a possibilidade** da Administração Pública celebrar contratações diretas, sem a concretização de regular certame licitatório.

A exigência de realização de procedimento licitatório, como providência preliminar à celebração de contratos pela Administração Pública tem base constitucional, sendo, assim, regra geral, é certo que tal regra não é absoluta, comportando exceções, como previsto no mesmo dispositivo que a obrigatoriedade de realizar procedimento licitatório deixará de existir nos "casos específicos ressalvados na legislação", os quais estão disciplinados pela legislação ordinária.

66

No caso da citada Pandemia provocada pelo COVID-19 há regramento próprio (Lei 13979/2020) que inclusive cria "espécie" de dispensa emergencial voltada especificamente para as ações de combate ao COVID-19. No entanto a contratação a ser realizada para tal fim não está automaticamente enquadrada na modalidade de contratação direta, prevendo a mencionada lei a utilização de Pregões e ainda realização de despesas via suprimento de fundos.

Aqui valem as palavras do professor Justen Filho[1] que ao analisar a referida lei aponta a possiblidade de conduta diversa, qual seja licitar inclusive nos termos da própria lei, apontando o consagrado doutrinador o problema hermenêutico gerado pela regra uma vez que trouxe presunções absolutas da possibilidade de dispensa para situações emergenciais decorrentes da pandemia, cabendo ao gestor público aquilatar a situação e a urgência a fim de realizar justificada opção por essa ou aquela via.

Quanto a essa decisão administrativa, se diga tratar de atividade discricionária do gestor da pasta, que a tomará ante a existência comprovada de maior vantajosidade para administração pública e o respeito às normas que regem a matéria, sendo certo que apenas nas hipóteses legais poderá ocorrer contratação direta, notadamente nos casos em que a licitação é dispensável, já que a contratação direta não pode ser a regra, mas sim a exceção, a regra é a realização de licitação.

Ante as hipóteses legais e sendo outro o posicionamento adotado pelo Gestor Público, cumpre esclarecer que para regulamentar o mencionado inciso constitucional, já havia sido editada a Lei Federal nº 8.666/93, que cuida, além de

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. **Um Novo Modelo de Licitações e Contratações Administrativas?**, 2020. Disponível em < https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200323_MP926.pdf > Acesso em 21 mai. 2020.

67

determinar e descrever as modalidades licitatórias, os casos excepcionais em que a contratação ou aquisição poderá ser realizada sem que seja precedida de licitação, são as hipóteses contidas nos artigos 24 e 25, que tratam, respectivamente, das situações de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

O artigo segundo da referida Lei nº 8.666/93 determina que as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

As exceções, em que a Lei considera dispensável a licitação, ocorrem quando, mesmo sendo possível a competição, ela não é o meio mais adequado para atender o interesse público naquele momento, pois, avaliando os benefícios (possíveis) e os prejuízos (inevitáveis) que poderiam concretizar-se em virtude do desenvolvimento do procedimento licitatório, o legislador permitiu a contratação direta.

Em tais hipóteses, a autorização legal para contratação direta deriva da previsão do legislador de prejuízos superiores aos potenciais benefícios.

Dentre as hipóteses em que a licitação é dispensável, destaca-se a dos casos de emergência ou calamidade, previstos no inciso IV:

> Art. 24. É dispensável a licitação:
> ...
> IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras

68

> 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.

Da leitura do dispositivo legal, verifica-se que é dispensável a licitação, nos casos de emergência ou de calamidade pública, pelo prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, o que S.M.J. se aplica mesmo sob a égide da Lei 13.979/2020.

Por sua vez, como é fato notório, a pandemia do COVID-19 (SARS-COV-2) afetou a praticamente todos os países do mundo e impôs aos Estados a necessidade de adoção de uma conduta destinada a coibir a proliferação e a combater as consequencias da pandemia em ações que sejam dotadas de imensa flexibilidade e rapidez.

O já mencionado Justen Filho[2] assim assevera:

> A pandemia pode gerar situações de atendimento imediato, insuscetível de aguardar dias ou horas. Basta considerar a hipótese em que instalações ou serviços de terceiros sejam indispensáveis para tentar evitar o óbito de um sujeito ou para impedir a disseminação do vírus. É evidente que as regras constitucionais, que privilegiam o atendimento às necessidades coletivas e a realização do interesse público, impõem a adoção de medidas práticas e efetivas por parte da Administração Pública, independentemente de formalização num processo administrativo burocrático.

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. **Efeitos Jurídicos da Crise sobre as Contratações Administrativas**, 2020. Disponível em: < https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf >. Acesso em 21 mai. 2020.

69

Em *terra brasilis*, ante a necessidade de dar maior agilidade do Estado foi editada a lei 13.979/2020, conhecida como a lei do Coronavírus, que estabeleceu entre outras regras, mais uma hipótese de dispensa: para a aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da COVID-19 (SARS-COV-2) e, também, simplificou o procedimento de Pregão que contemple tal finalidade.

Quanto a possibilidade de dispensa, a referida lei estabeleceu:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.
§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.
§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.
§ 4º Na hipótese de dispensa de licitação de que trata o caput, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, o sistema de registro de preços, de que trata o inciso II do caput do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderá ser utilizado.
§ 5º Na hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal sobre registro de preços.
§ 6º O órgão ou entidade gerenciador da compra estabelecerá prazo, contado da data de divulgação da intenção de registro de preço, entre dois e quatro dias úteis, para que outros órgãos e entidades manifestem

70

interesse em participar do sistema de registro de preços nos termos do disposto no § 4° e no § 5°.

Art. 4°-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o caput do art. 4° não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido.

Art. 4°-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de:
I - ocorrência de situação de emergência;
II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;
III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e
IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Art. 4°-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns.

Art. 4°-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato.

Art. 4°-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.
§ 1° O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterá:
I - declaração do objeto;
II - fundamentação simplificada da contratação;
III - descrição resumida da solução apresentada;
IV - requisitos da contratação;
V - critérios de medição e pagamento;
VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:
a) Portal de Compras do Governo Federal;
b) pesquisa publicada em mídia especializada;
c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;

71

d) contratações similares de outros entes públicos; ou
e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e
VII - adequação orçamentária.
§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput.
§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.

Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Como se depreende da norma, a dispensa de licitações para o combate a COVID-19 (SARS-COV-2) possui especificidades, dentre as quais destacamos:

- estabelece um limite material e um temporal. O primeiro autoriza a contratação direta com base na Lei 13.979/2020 para aqueles objetos a serem utilizados no combate ao coronavirus **(o que contrário sensu impõe a observância do regramento geral para os demais objetos)** e o segundo estabelece que a contratação somente pode ser utilizada de forma temporária enquanto perdurar a emergência de saúde pública do coronavírus;

- Determina a publicação do extrato da contratação no sítio oficial, sem, contudo, excluir a publicação na imprensa oficial, que ao nosso sentir deve existir, uma vez que configura ato de controle hierárquico confirmador da legitimidade da contratação direta.

- torna possível a contratação de fornecedores declarados inidôneos ou que estejam com restrições ao direito de contratar com o poder público, se e apenas se comprovado ser a única fornecedora do bem ou serviço.

72

- Em razão do combate a Pandemia torna desnecessária a elaboração de estudos preliminares para contratação de bens e serviços comuns e ainda permite a adoção de termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado para instruir a contratação.

- Para as contratações decorrentes, a fase de estimativa de preços pode ser simplificada ou dispensada, em nome da celeridade, desde que haja justificativa em conformidade com o artigo 4-E, § 1°,VI e § 2°.

- Fornecedores poderão ser contratados com simplificação da fase de habilitação e dispensa de apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou de outros documentos de habilitação, desde que seja em caráter excepcional e justificado pela autoridade em conformidade com o artigo 4-F da mencionada norma.

Ressalte-se que este novo paradigma não autoriza que a Administração promova contratações antieconômicas, desarrazoadas ou com desvio de finalidade e, tampouco a torna infensa aos mecanismos de controle, como controladorias, Tribunal de Contas, Ministério Público, Legislativo e por qualquer cidadão.

Daí ser a observação das formalidades para o método da contratação direta indispensável. Considerando qualquer que seja a norma de regência (Lei n° 8.666/93 ou Lei 13.979/2020) o procedimento deve-se ater à instrução processual, com seus elementos, justificativas, comprovações, clareza do objeto, planilha de custos, decisão da autoridade superior, publicações, visando, sempre o efetivo cumprimento do princípio da transparência dos atos de gestão.

Desta forma, mesmo na contratação direta decorrente da necessidade de ações de combate ao COVID-19 (SARS-COV-2) aplicam-se os princípios básicos da licitação, princípios estes que norteiam, em toda sua extensão, a atuação administrativa, visto que o administrador está obrigado a seguir a um determinado procedimento destinado a garantir a realização da melhor contratação.

73

Vejamos, então, os ensinamentos do Mestre Marçal Justen Filho, *in verbis*:

> A contratação direta se submete a um procedimento administrativo, como regra. Ou seja, ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível.
> *omissis*
> A diferença residirá em que, no momento de definir as fórmulas para contratação, a Administração constatará a inaplicabilidade das regras acerca de licitação.
> ...os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. 'Ausência de licitação' não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contração possível, segundo os princípios da licitação.
> *omissis*
> a Administração deverá definir o objeto a ser contratado e as condições contratuais a serem observadas. A maior diferença residirá em que os atos internos conduzirão à contratação direta, em vez de propiciar prévia licitação. Na etapa externa, a Administração deverá formalizar a contratação".

Nesse passo, cotejamos o seguinte entendimento do Tribunal de Contas da União acerca do assunto, in verbis:

> Será sempre observada a necessidade de formalização de procedimento, mesmo nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Quanto ao procedimento propriamente dito, cabe ressaltarmos uma vez mais, nos filiarmos a corrente que reconhece a necessidade de ser observada a publicação na imprensa oficial, como condição para eficácia dos atos (art. 26, caput, da Lei 8.666/93), uma vez que a referida Lei 13.979/2020 não a excluiu expressamente.

Vale ainda salientar que o processo administrativo de contratação direta emergencial com base na Lei 13.979/2020 não dispensa a realização de justificativa na qual o Gestor demonstre a opção por esse modelo de contratação no bojo do processo administrativo, deixando claro se tratar de escolha necessária para o enfrentamento da crise decorrente da pandemia do COVID-19 (SARS-COV-2), inclusive com a demonstração de nexo de causalidade entre o fato ocorrido e a consequência jurídica objetivada nessa contratação. Ademais, a escolha da dispensa de licitação nesses termos deve ser coerente e proporcional ao tempo disponível para atendimento da demanda (REIS; ALCÂNTARA, 2020[3])

Abaixo apontamos as etapas que o processo de dispensa de licitação deve cumprir, bem como indicamos os documentos necessários para a formalização do contrato:

1. Justificativa: é o documento pelo qual se justifica a dispensa de licitação para determinado contrato (locação, prestação de serviços, compras etc.) e se pede sua ratificação à autoridade superior.

E muito embora presumidas (Art. 4-B, Lei 13.979/2020) é de bom alvitre e razoável nestes casos destacar na Justificativa a situação de emergência, a

[3] REIS. Luciano Elias; ALCÂNTARA. Marcus Vinicius Reis de. Contratação Pública Extraordinária No Período Do Coronavírus. Disponivel em: https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/covid19/contratacaopublica-extraordinaria-no-periodo-do-coronavirus.pdf. Acesso em 21 mai. 2020.

75

necessidade de atendimento, o risco existente, bem como a limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Tal documento ainda deverá conter as informações abaixo listadas e acompanhadas dos documentos a seguir relacionados:

a. o nome do contratante e contratado, com a qualificação completa (inclusive com número da documentação) deste último e endereço comercial;
b. o objetivo do contrato, mencionando o porquê da escolha do contratado (os benefícios);
c. valor do contrato;
d. documentos justificando o valor da contratação, apontando claro e objetivamente o critério para o valor do contrato, de forma a justificar o preço;
e. Termo de referencia simplificado em conformidade com o artigo 4-E, §1º da Lei 13.979/2020.
e. Minuta do contrato em anexo a justificativa;

2. Certidões negativas expedidas pelas Fazendas Públicas Federal, Estadual, Municipal, certidão negativa do FGTS/CEF e certidão negativa de débitos trabalhistas ou em caso devidamente justificado, aquelas exigidas no artigo 4-F da lei 13.979/2020;

3. Despacho/Decisão do Gestor decidindo pela contratação e ratificando a dispensa de licitação;

4. Publicação do extrato da contratação em sítio oficial em conformidade com o estabelecido pela Lei 13.979/2020, bem como publicação da resenha de dispensa de licitação em jornal de circulação local e estadual e no Diário Oficial do Estado do Maranhão, e anexar no processo a comprovação das publicações;

5. Encaminhar o processo para a Controladoria Geral do Município a fim de que seja verificada a sua adequação orçamentária;

7. Comunicação da dispensa de licitação ao Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. Anexar no processo cópia desta comunicação.

Atentem os órgãos da Administração para o contido na Instrução Normativa nº 034/2014 do TCE-MA e para o disposto no artigo 26 da Lei 8.666/93, no que tange a formação e adequação do processo de contratação

Assim, somente se atendidas todas as determinações legais indicadas neste parecer, entende a Procuradoria Geral do Município que poderá ser formalizada contratação direta com a devida aplicação do permissivo de dispensabilidade contido no artigo 4º da Lei nº 13.979/2020, nos termos aqui pretendidos.

Quanto a necessidade da efetiva contratação, a Procuradoria Geral do Município deixa à análise final do Exmo. Gestor da Pasta, que a fará em razão da conveniência e Interesse Público.

Registre-se ainda que tendo em vista a indispensável *accountability* e a fim de prevenir responsabilidades e atos lesivos a Administração Pública, opina esta Procuradoria sejam demostradas as ações tomadas em virtude da eventual contratação não somente nas vias exigidas pela Lei 13.979/2020, mas também por prestação de contas no referido procedimento, bem como todas as demais medidas adotadas pela Municipalidade para atender aos demais comandos legais estatuídos e ao interesse público.

Por derradeiro, caso a contratação seja formalizada, que a Controladoria Geral do Município, órgão responsável pelo controle interno, antes do empenho e/ou

77

liquidação da obrigação, verifique e ateste se todas as exigências legais foram atendidas, como condição para empenho e/ou liquidação da obrigação.

É o parecer. Remeta-se ao órgão de origem com as devidas homenagens.

Imperatriz, 31 de agosto de 2020.

ALESSANDRA BELFORT BRAGA – OAB/MA 7.472
Procuradora Geral do Município

PATRICK ALVES MADEIRA DE CARVALHO – OAB/MA 7.008
Procurador Geral Adjunto

WILKER BATISTA CAVALCANTI – OAB/MA 6049-A
Assessor Jurídico