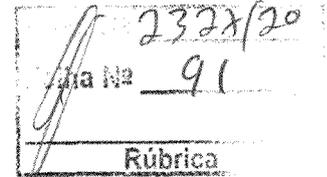


Parecer Jurídico nº 005-D.2020
Processo Administrativo nº 02327/2020.
Interessada: Secretaria Municipal de Saúde - SEMS.



EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DIRETA EM CARÁTER EMERGENCIAL DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO CORONAVÍRUS, CAUSADOR DA COVID-19. DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE GÁS OXIGÊNIO (GÁS MEDICINAL) DESTINADOS AO ENFRENTAMENTO DA EMERGENCIA DE SAÚDE PÚBLICA INTERNACIONAL DECORRENTE DO CORONAVÍRUS. LEI FEDERAL Nº 13.979/2020. LEI MUNICIPAL Nº 2.197, DE 17 DE MARÇO DE 2020, DECRETO ESTADUAL Nº 35.672/2020 E DECRETOS MUNICIPAIS Nº 090/2020, 095/2020, 096/2020, 099/2020, 0108/2020, 0109/2020, 0110/2020.

OBJETO: Aquisição de gás oxigênio (gás medicinal) destinada ao enfrentamento da emergência de saúde pública internacional decorrente do coronavírus

I - Relatório.

Vem ao exame desta Consultoria Jurídica o processo administrativo provocado pela Secretaria Municipal de Saúde - SEMS, para análise e pronunciamento acerca da pretensa contratação direta, mediante **DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CARÁTER EMERGENCIAL**, para aquisição de gás oxigênio (gás medicinal) destinada ao enfrentamento da emergência de saúde pública internacional decorrente do coronavírus, conforme detalhamento no projeto básico e justificativa que se vinculam ao presente parecer.

Conforme justificativa para a contratação subscrita pelo Secretário Municipal de Saúde, o Sr. **Marcus Vinicius Cabral da Silva**, expressivamente informa que necessita garantir o abastecimento célere (sumaríssimo) e eficaz de gás oxigênio para os pacientes internados em tratamento do Covid-19, vez que estão na iminência de **esgotamento de quantitativo do produto**, e que a demanda é incompatível ao confronto de um processo licitatório regular, pois, a ausência ou retardo no reabastecimento do objeto potencializaria a crise com a evolução dos quatro clínicos e aumentando o risco eminente de óbito. Sendo que a maioria dos pacientes internados e acometidos pelo novo coronavírus, necessitam da intervenção do gás oxigênio medicinal para respirar, sendo desproporcional a gestão pública negligenciar seu fornecimento, sem tomar as providências para a resolutividade da situação ensejadora de risco a vida humana.

O presente processo foi provocado pela diretoria administrativa da Secretária Municipal de Saúde por meio do memorando nº 072/2020, que apresenta o projeto básico que especifica o objeto e define condições para a contratação juntamente com a pesquisa de mercado e dotação orçamentária. É após a justificativa e aprovação do referido projeto pela autoridade competente, solicita-se o parecer jurídico. Instruindo os autos, vieram, entre outros, os seguintes documentos: memorando de provocação; projeto básico com as especificações do objeto; pesquisa de preços com cotações comerciais e preços coletados de outros entes públicos; folha de informação orçamentária; minuta do contrato; documentos de habilitação da empresa e justificativa.

Uma vez narrados os fatos, passemos a fundamentação legal, jurisprudencial e doutrinária aplicada ao caso concreto.

II – Fundamentação.

De forma preliminar, vale consignar que os questionamentos jurídicos decorrem de situação excepcionalíssima, qual seja, a pandemia global do novo coronavírus - COVID-19, declarada pela Organização Mundial da Saúde - OMS em 30 de janeiro de 2020, constituindo como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia.

Diante desse contexto a rigor, que potencialmente não há situações anteriores que se assemelham a presente de uma situação em que o colapso do sistema é uma realidade, impondo a necessidade de aplicação de institutos e medidas especialíssimas.

Em resposta à grave situação epidemiológica, declarada pela OMS, foi editada, em 06.02.2020, a Lei federal nº 13.979 que “*dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*”.

No que diz respeito ao objeto do presente parecer, o art. 4º da Lei n. 13.979, de 06/02/2020, estabeleceu hipótese excepcional e temporária de dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Trata-se, com efeito, de criação de nova hipótese de dispensa de licitação, que se soma às demais previsões estabelecidas no art. 24 da Lei 8.666/93.

Os dispositivos em questão (arts. 4º a 4º-I da atual redação da Lei nº 13.979/2020) aplicam-se a todas as esferas federativas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, eis que oriundos de lei federal, no regular exercício da competência legislativa privativa da União prevista no art. 22, XXVII c/c art. 24, § 2º da Constituição Federal de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XXVII – **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

(...)

Art. 24 (...)

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui

acompetência suplementar dos Estados.

No que diz respeito à validade de edição de medida provisória, como no caso a Medida Provisória nº 926/2020, para regular a matéria, entendo-a presente, na medida em que, dada a grave emergência pública de saúde, se mostram evidentes a relevância e a urgência estabelecidos no art. 62 da Constituição Federal.

A possibilidade de fixação de hipóteses de dispensa de licitação por legislação esparsa, apartada, portanto, da Lei 8.666/93, é reconhecida pela doutrina nacional. Com efeito, já aludia a esse fato JACOBY em sua célebre obra (*Contratação direta sem licitação*, 6ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 335-336):

“Há possibilidade de adventícias legislações esparsas inovarem o tema, reconhecendo outros casos de dispensa de licitação, como ocorreu com a Lei nº 8.880/94, que instituiu o Plano Real, autorizando a contratação de institutos de pesquisas sem licitação.”

Fixada a validade da hipótese legal de dispensa de licitação introduzida em nosso ordenamento pela Lei n. 13.979/2020, há que se observar que o art. 37, XXI da Constituição Federal estabelece:

“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.”

Como se vê, a exigência de prévia licitação é requisito essencial, de índole constitucional, para a realização de contratos com a Administração. Com efeito, tal exigência se faz necessária para a efetiva realização dos princípios basilares que regem a Administração pública, elencados no art. 37, caput, da CF/88. A esse respeito, colho esclarecedor excerto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, de conteúdo conceptual extensível primacialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da isonomia assecuratória da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes, em sintonia com o seu caput — obediência aos critérios da legalidade, impessoalidade e moralidade — e ao de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” (MS 22.509, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ04.12.1996).

No entanto, o próprio dispositivo constitucional admite a ocorrência de casos específicos, expressamente previstos pela legislação, em que há exceção à regra geral da prévia licitação como requisito à celebração de contratos com a Administração. Tais exceções bastante conhecida e aplicada são as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, respectivamente, prevista nos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93.

NIEBUHR apresenta importante diferença entre as hipóteses de contratação direta, asseverando a expressa autorização legislativa como requisito para a efetivação da dispensa de licitação:

“(...) a dispensa é pertinente aos casos em que é possível realizar licitação pública, uma vez que a competição é viável, porém realizá-la importaria sacrifício ou gravame desmedido ao interesse público. Portanto, visando a evitar o sacrifício ou o gravame, o legislador autoriza o agente administrativo a não proceder à licitação pública, para o efeito de firmar contrato administrativo de modo direto, o que acaba por minimizar o princípio da isonomia.

A inexigibilidade depende de hipótese fática, de ter ocorrido efetivamente situação que inviabiliza a competição. Quer-se dizer que pouco importam as prescrições legislativas, pois, diante de inviabilidade de competição, está-se, queira-se ou não, diante de inexigibilidade.

*Já a dispensa depende de hipótese fática e da respectiva autorização legislativa. Melhor explicando: ao agente administrativo só é lícito dispensar a licitação diante de expressa autorização legal; ao legislador, por sua vez, só é lícito autorizar a dispensa de licitação pública diante de hipótese fática capaz de sacrificar o interesse público ou de impor-lhe gravame desmedido. Sucede que, aos olhos da Constituição Federal, mormente da parte inicial do inciso XXI do seu artigo 37, a obrigatoriedade de licitação pública é a regra, e a contratação direta, a exceção. Daí que ao legislador não é lícito autorizar a dispensa de licitação pública de acordo com o que bem ou mal lhe aprouver, mas somente diante de situações em que, insista-se, efetivamente o certame importaria gravames ao interesse público. Em caso contrário, se o legislador tivesse liberdade para criar hipóteses de dispensa diante de quaisquer situações, a atividade dele potencialmente acabaria por inverter a regra constitucional, cujo teor, repita-se, propugna a obrigatoriedade de licitação pública. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.*

O fato é que a análise das hipóteses de dispensa de licitação devem necessariamente ser empreendidas em vista das hipóteses prescritas em Lei e, ademais, nos estritos termos delas. Em sentido oposto ao da inexigibilidade, em que a Lei é mera coadjuvante, agora, para apreender os casos de dispensa, a Lei é alçada a referência principal, até porque, fora dela, nem sequer cabe reconhecer a figura.

Além disso, ressalte-se que, nestes casos relacionados pela legislação, há a discricionariedade da Administração na escolha da dispensa ou não do certame, devendo sempre

levar em conta o interesse público. Muitas vezes, o administrador opta pela dispensa, posto que, como afirma o ilustre Marçal Justen Filho (2002, p. 234), "in verbis":

"a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se inconveniente ao interesse público. Toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinadas caso a caso. Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração. Esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se a licitação não tivesse existido. Muitas vezes, sabe-se de antemão que a relação custo-benefício será desequilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício do interesse público. Impõe-se a contratação direta porque a licitação é dispensável."

Ocorre que o caso em tela, embora se refira dispensa por necessidade de contratação emergencial, tem regime jurídico próprio, ou seja, distinta das hipóteses comuns prevista na lei geral de licitações. A hipótese de dispensa de licitação de que cuida o presente parecer remete especialmente à emergência de saúde pública acarretada pela pandemia do novo coronavírus (COVID-19). No que interessa ao tema objeto deste parecer, estabelece a Lei Federal n. 13.979/2020, com a redação dada pela Medida Provisória nº 926/2020:

“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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 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.

(...)

Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o caput do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - ocorrência de situação de emergência; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; (Incluído

2321/20
Nº 96
Rúbrica

pela Medida Provisória nº 926, de 2020;

III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-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. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterà: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - declaração do objeto; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

II - fundamentação simplificada da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

III - descrição resumida da solução apresentada; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

IV - requisitos da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

V - critérios de medição e pagamento; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

a) Portal de Compras do Governo Federal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

b) pesquisa publicada em mídia especializada; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

d) contratações similares de outros entes públicos; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VII - adequação orçamentária. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput.

Este documento foi assinado digitalmente por JOÃO SANTOS DA COSTA.
Para verificar as assinaturas vá ao site <https://oab.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código F599-F36A-0B6F-8D5F.

15

(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de2020)

§ 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 justificativas nos autos. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de2020)

(...)

Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de2020)

Art. 4º-I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de2020)

(...)

Art. 8º Esta Lei vigorará enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, exceto quanto aos contratos de que trata o art. 4º-H, que obedecerão ao prazo de vigência nele estabelecidos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de2020)”.

Este documento foi assinado digitalmente por JOÃO SANTOS DA COSTA. Para verificar as assinaturas vá ao site <https://ojoao.portaldeassinaturas.com.br/443> e utilize o código F520-F36A-0E8F-6D5F.

Convém esclarecer, em apertada síntese, a distinção dos institutos, dispensa de licitação tratada na Lei nº 13.979/2020 em relação a dispensa prevista no art. 24 da Lei 8.666/93, trancrevendo o trecho do PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU, vejamos:

“As contratações de bens, insumos e serviços, inclusive os de engenharia decorrentes do enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional foram contempladas com regramento especializado que consta da Lei n. 13.979/2020. Importante observar que a situação pontual e singular que assola o país e o mundo recomendou um tratamento diferenciado para as contratações no afã de minimizar a ocorrência de potenciais prejuízos, em uma ponderação necessária entre, de um lado, o direito à vida e à saúde individual e coletiva e, de outro, o princípio da economicidade administrativa. Assim sendo, a dispensa de licitação disciplinada pela Lei n. 13.979/2020 inaugura uma hipótese específica de contratação direta com uma finalidade precisa: o necessário enfrentamento da situação decorrente da ameaça representada pela COVID-19. A dispensa tratada pela novel legislação, além de possuir destinação específica, é do tipo temporária, ou seja, somente pode ser invocada enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Considerando a situação de extrema urgência e emergência, a lei procurou abarcar uma hipótese de



contratação direta específica e temporária, em que pese guardar inspiração em algumas das disposições regulares das contratações emergenciais disciplinadas pela Lei n. 8.666/93. Note-se que as contratações diretas a serem entabuladas no âmbito da Lei n. 13.979/2020 não se confundem em absoluto com as contratações emergenciais típicas, seja pelo procedimento diferenciado tratado pela norma, seja pela aplicação direcionada e temporária. Dessa forma, ainda que haja eventualmente similaridades, as hipóteses de dispensa são material e faticamente distintas, devendo ser tratadas de forma independente. Não há que se falar em arrastamento dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais relativos ao artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93 para as contratações destinadas ao atendimento da presente situação de emergência em saúde pública, tendo sempre em consideração esse caráter singular da contratação direta disciplinada pela Lei n. 13.979/2020.”

Do novel instito extraem-se algumas conclusões importantes:

- a) A dispensa de licitação fundamentada na Lei nº 13.979/2020 destina-se exclusivamente à aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos que tenham por finalidade o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.
- b) A eficácia do dispositivo é temporária, e se limita ao período enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Assim, uma vez cessada a emergência de saúde, dado a ser aferido concretamente no contexto fático da unidade federativa que aplicaria a norma, inviável se tornará a realização de dispensa de licitação por tal fundamento. A única ressalva a essa regra não diz respeito à hipótese de incidência para a realização da dispensa em si, mas apenas quanto à duração dos contratos pactuados sob a égide da Lei, que perdurarão até o término de seu prazo de vigência, salvo hipótese de eventual rescisão, nos termos do art. 8º da Lei nº 13.979/2020, com a redação dada pela MP nº 926/2020.
- c) Presumem-se atendidas, nas dispensas de licitação objeto da Lei nº 13.979/2020, não havendo, assim, necessidade de comprovação:
 - c.1) ocorrência de situação de emergência;
 - c.2) necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;
 - c.3) existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e
 - c.4) limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.
- d) Quando se tratar de bens e serviços comuns, assim entendidos aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado (definição do art. 3º, II do Decreto federal n. 10.024/2019), não será exigida a elaboração de estudos preliminares tratados no art. 24 da Instrução



Normativa nº 05/2017, elaborada pela Secretaria de Gestão do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

e) **Inaplicabilidade das disposições da Lei n. 13.979/2020 para obras**, pois o escopo da referida lei cinge-se, por conseguinte, a bens, insumos, serviços e serviços de engenharia. As obras de engenharia não foram contempladas e poderão, se for o caso, serem disciplinadas em futuras alterações normativas.

e) Para a contratação dos bens e serviços em comento, será admitida a **apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado** com os elementos constantes do art. 4º-E, §1º da Lei nº 13.979/2020.

h) **Excepcionalmente, e mediante justificativa expressa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços a que alude o art. 4º-E, VI da Lei nº 13.979/2020.**

i) **Mediante justificativa nos autos, poderá o Poder Público contratar os bens e serviços objeto da Lei por valores superiores à estimativa realizada, em razão de oscilações ocasionadas pela variação de preços.**

j) **A duração dos contratos regidos pela Lei n. 13.979/2020 limita-se a 6 (seis) meses, podendo ser o período de vigência prorrogado por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.**

l) **Para os contratos regidos pela referida Lei, pode a administração pública prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.**

Em relação à presunção legal de atendimento das condições para a dispensa de licitação, o artigo 4º-B da Lei n. 13.979/2020, estabelece, de forma taxativa, nos incisos I a IV, todas as condições que se presumem atendidas, preexistentes. São elas:

- a) a ocorrência de situação de emergência;
- b) a necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;
- c) existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e
- d) limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Em face da grave e urgente calamidade pública que assola o país e o mundo, decidiu a Lei, em observância ao princípio da eficiência insculpido no art. 37, *caput* da CF/88, que não seria razoável exigir que o gestor público declinasse, em cada um dos processos de aquisição, os fatos e circunstâncias que são de conhecimento público e notório, e ainda de consequências imprevisíveis e incalculáveis. É o que extraímos e transcrevemos do PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU, vejamos:

“Assim, o conhecimento científico atualmente disponível faz com que sejam plenamente justificadas as presunções elencadas nos incisos de I a IV do



art. 4º-B, configurando-se desnecessário que o gestor se debruce sobre tais requisitos para comprová-los. Isto porque o legislador reconheceu que a Administração Pública se encontra diante de um grande desafio, sendo perfeitamente razoável flexibilizar alguns cânones do Direito Administrativo, tais como a justificativa da demanda, dispensada pelo inciso IV do art. 4º-B. A contratação sempre será considerada incluída na parcela necessária ao atendimento da situação de emergência tendo em vista que a Administração Pública encontra-se diante de uma situação nova, excepcional, cujas consequências ainda não são plenamente conhecidas. A intenção parece ter sido, neste caso, permitir uma maior liberdade ao gestor para dimensionar suas compras. De fato, diante de valores tão caros ao Direito Constitucional, tais como a vida e a saúde, não seria razoável exigir do gestor um cálculo exato em relação às compras que irá realizar. A proteção estende-se, ainda, para eventuais questionamentos futuros, por parte dos órgãos de controle, no que tange a diversas compras em período curto. Por se tratar de desafio completamente desconhecido, original – e que, portanto, não apresenta registros anteriores de demanda – pode ser que o gestor seja obrigado a efetuar diversas compras, o que poderia significar, no sistema regular, de acordo com a jurisprudência vigente hoje no TCU, falta de planejamento e acarretar eventual sancionamento por fracionamento de despesas. Novamente, o legislador buscou cercar o agente público da segurança necessária para a correta execução do *minus público*, já que a impossibilidade ou a hesitação ao efetuar novas compras geraria risco à saúde coletiva e individual e, principalmente, à vida dos cidadãos brasileiros. Há uma diferença de abordagem: em vez de ter de se preocupar em dimensionar exatamente os quantitativos para que seja a parcela exata do que é necessário para o enfrentamento da emergência, a lei libera o gestor desse ônus presumindo essa adequação para que este possa focar suas energias em outras questões reputadas por mais relevantes.”

Em outra peça opinativa em caso semelhante, está o Parecer nº 220/2020 – PGCONS/PGDF, a Procuradoria Geral do Distrito Federal, diz que: “Ao que se percebe, o contexto atual reclama medidas tão céleres que nem ao menos se pode aguardar o amadurecimento de instrução processual nos níveis usualmente conhecidos para as contratações emergenciais em geral, ou seja, com publicação de editais de intenção de compras para convocação de empresas ou mesmo com a exigência de instauração formal de procedimento licitatório para compra dos insumos aqui pretendidos. Com efeito, não se pode aguardar prazos longos e a situação não decorreu, obviamente, da paralisação de procedimento de contratação regular em curso.”

Em recente artigo sobre os reflexos do Coronavírus sobre as contratações pública e o Direito Administrativo o renomado autor OLIVEIRA diz que:

“Em casos emergenciais, revela-se possível, em tese, a adoção de medidas excepcionais, de forma proporcional e justificada, que restringem a

liberdade individual para garantir a saúde pública. Como dizia Hipócrates, considerado o pai da medicina, 'para os males extremos, só são eficazes os remédios intensos'. Isso não significa dizer, naturalmente, um cheque em branco aos agentes públicos competentes que deverão agir, em conformidade com os limites fixados no ordenamento jurídico, sob pena de responsabilidade. O Direito Administrativo possui ferramentas para o enfrentamento da crise na saúde pública, mas, evidentemente, o Direito não é suficiente para resolução de todos os problemas, revelando-se fundamental, no ponto, a conscientização da população e os avanços da ciência na busca de tratamentos adequados no tratamento das pessoas contaminadas pelo coronavírus. A inércia estatal é indesejada no momento de crise, assim como revela-se vedada a adoção de medidas arbitrárias que extrapolam a proporcionalidade na restrição de direitos individuais. O desafio, como de praxe, é encontrar o ponto médio na ponderação entre as liberdades individuais e a necessidade de proteção da saúde pública." (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, Direito Administrativo e coronavírus, <https://www.migalhas.com.br/>, consulta em 18.03.20).

Ocorre, no entanto, que tal presunção, embora desobrigue o gestor público de apresentar repetidamente, e de forma prévia, as justificativas da emergência e da necessidade da contratação, implica a sua responsabilização caso sobrevenha prova em sentido contrário, ou seja, de que as circunstâncias fáticas que fundamentaram a contratação por força desta autorização legal específica carecem de veracidade.

Dessa forma, a celeridade buscada pelo legislador, ao passo que mitiga algumas exigências previstas na sistemática da Lei nº 8.666/93, impõe ao gestor público o dever de cautela e de apuração das circunstâncias fáticas que orientam para eventual contratação direta sob tal fundamento, como se observa no presente processo, no qual robustamente demonstrado as circunstâncias fáticas que levam a contratação emergencial em plena sintonia aos ditames da legislação atual que regulamenta a espécie.

Diante do caso em análise, a Secretaria Municipal de Saúde preocupou-se em elucidar a situação emergencial, informando que encontra-se na iminência de sofrer desabastecimento do gás medicinal (gás oxigênio) nas unidades de saúde do município de Timon-MA que estão disponíveis para o enfrentamento e contingenciamento da pandemia causada pelo novo coronavírus – COVID 19, e que não havendo tempo disponível para aguardar os trâmites e conclusão de um novo processo licitatório, mesmo que fosse com os prazos reduzidos pela metade. Informa ainda que o risco de desabastecimento e falta do gás medicinal (gás oxigênio) elevará o número de óbitos, uma vez que o acesso ao objeto da presente demanda pode ser a diferença entre a vida e a morte para alguns pacientes, o que levaria a uma potencialização da crise de maneira incomensurável e a única forma dentre os meios legais previstos para efetiva execução sem ocasionar os danos mencionados, seria a aquisição imediata por meio de contratação direta por meio de dispensa de licitação, com o fornecedor que propõe o menor preço e a entrega da quantidade demandada de forma imediata. Assim é que justifica o caráter emergencial delineado nos do processo em epígrafe.

Outro ponto pertinente trazido pela Lei nº 13.979/20 é o art. 4-E §1º, VI, letras "a", "b", "c", "d" e "e", quanto à flexibilização da forma de obter a estimativa de custo e a inaplicabilidade da IN/SLTI nº 5/2014. Ocorre que o legislador foi claro ao listar fontes de pesquisa, estabelecer a

possibilidade de uso de "um desses parâmetros", possibilitar a dispensa de qualquer tipo de estimativa de preços ou ainda autorizar a contratação em valor maior do que o estimado. A Lei claramente realizou uma ponderação de interesses e priorizou os valores a serem alcançados com a contratação em detrimento da economicidade.

Nesse contexto, não houve, nos modelos, a exigência de justificativa para obrigatoriedade de utilização de 03 (três) pesquisas (já que a estimativa como um todo é dispensável) ou algo do gênero. Optou-se simplesmente por questionar, se há estimativa de preços com base em um dos parâmetros previstos na Lei; se a ausência de estimativa foi justificada; se a estimativa, como ato administrativo que é, foi objeto de motivação ainda que sucinta; e se há justificativa para eventual contratação em preço superior ao obtido na pesquisa. Em outras palavras, duas regras especiais presentes na Lei nº 13.979/2020 destoam das regras gerais previstas na Lei nº 8.666/93. A primeira regra, presente no art. 4º-E, § 2º da Lei nº 13.979/2020, diz respeito à possibilidade excepcional, mediante justificativa da autoridade competente, de dispensa da apresentação da estimativa de preços de que trata o inciso VI do mencionado dispositivo. A segunda regra, prevista no art. 4º-E, § 3º da Lei nº 13.979/2020, diz respeito à possibilidade de contratação pelo Poder Público por valores superiores ao encontrado na estimativa de preços, desde que esses decorram de oscilações ocasionadas pela variação de preços.

Mostra-se razoável a regra, tendo em vista que a pandemia do COVID-19 repercutiu abruptamente nas diversas cadeias de produção dos bens e serviços, desequilibrando o mercado de fornecimento. Com efeito, a intensa procura por alguns bens, serviços e insumos, tem o potencial para deslocar os preços de mercado para patamares superiores àqueles observados em cenário anterior à crise, sendo, nesses casos, inviável a comparação. O item presente na demanda em tela, diante da grande procura mercadológica, foram os que mais sofreram acréscimo de valores tornando-os mais voláteis e dinâmicos.

De toda sorte, o gestor fez levantamento de preços de mercado e em órgãos públicos, optando em contratar o menor preço obtido e demonstrando a economicidade e vantajosidade, vindo a escolher o fornecedor que propôs o menor preço e mais econômico, frisando-se ainda valor que será contratado é inferior ao estimado e que o mesmo encontra-se devidamente habilitado, como pode-se constatar no rol de documentos acostados.

Com relação à instrução dos autos para a contratação por dispensa de licitação, usualmente denominada de "*fase interna*" do procedimento, também a Medida Provisória nº 926/2020, ao alterar a Lei nº 13.979/2020, afastou, tal como supramencionamos, algumas regras previstas na Lei nº 8.666/93. No se refere a justificativa da escolha do fornecedor, inexistente aplicação analógica do art. 26 da Lei nº 8.666/93, sendo necessária a demonstração de que essa escolha se dá em razão do princípio da impessoalidade, corroborado aos princípios republicanos e da motivação dos atos administrativos, e não propriamente por uma necessidade de aplicação analógica do citado artigo.

Quanto a temporariedade do contrato emergencial, em contraste com a clássica vedação de contratação emergencial fundamentada no art. 24, IV da Lei nº 8.666/93 por prazo superior a 180 (cento e oitenta) dias, a Lei federal nº 13.979/2020, com a redação da Medida Provisória nº 926/2020, estabeleceu regramento específico que admite a prorrogação do contrato com prazo de duração até 6 (seis) meses, por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública (art. 4º-H da Lei nº 13.979/2020). Por força do artigo 4º-H, da Lei n. 13.979/2020 restou estabelecida a

possibilidade de prorrogação das contratações por sucessivos períodos enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da situação de emergência de saúde pública. Diz o art. 4º-H que:

Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.

Cumprido ressaltar, conforme previsto no art. 8 da Lei 13.979/2020, que o encerramento do estado de emergência não acarretará a rescisão abrupta dos contratos alusivos aos procedimentos regidos nesta Lei. Isto porque que os eventuais efeitos da situação de emergência serão sentidos por mais algum tempo e aqueles que porventura foram acometidos pela enfermidade não podem ser abandonados sem o cuidado necessário. Logo, o Art. 4º-II condiciona a prorrogação (e não a vigência contratual em si) à necessidade de enfrentamento da situação, e o art. 8º preserva a vigência dos contratos quando encerrado o estado de emergência desde que o prazo de vigência já esteja estabelecido ou prorrogado.

Observamos que o termo de referência encontra-se de forma simplificada nos termos da Lei nº 13.979/2020 e com os requisitos necessários para o atendimento da demanda e enfrentamento da situação de emergência.

Quanto à publicidade a Lei nº 13.979, de 2020, em seu artigo 4º, ponderando a incontestável emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, simplificou o modo de atendimento do princípio da publicidade de todas as contratações ou aquisições realizadas com fundamento na referida norma, notadamente, parágrafo segundo fixou como meio de consagração prática do princípio da publicidade a publicação em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet) nas situações abrangidas pela norma.

III – Conclusão.

Ante o exposto, dada a situação de calamidade pública robustamente demonstrada, manifesto-me pela inexistência de óbice jurídico a presente contratação direta ante os pressupostos de regularidade jurídica dos autos, com supedâneo a Lei nº 13.979/2020, ressalvado o juízo de mérito da Administração da SEMS que escapam à análise desse assessoramento jurídico, podendo o processo de contratação produzir seus efeitos jurídicos pretendidos, deste Parecer, nos termos do Paragrafo único do Art. 38 da Lei 8.666/93.

Eis o Parecer, Salvo Melhor Entendimento.

Timon-MA, 10 de Junho de 2020.


Luana Mara Santos Pedreira

Assessoria Jurídica – CGCL

Port. 049/2017-GP

OAB/PI nº 13.170