

PARECER JURÍDICO

LICITAÇÃO. DISPENSA 140/2020 – CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL PARA AQUISIÇÃO DE CILINDRO DE OXIGÊNIO MEDICINAL, CONSIDERANDO O ESTADO DE EMERGÊNCIA DECRETADO PELO MUNICÍPIO QUE DISPÕE SOBRE AS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19), EM ATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE BARRA DO CORDA/ MA.

1. CONSULTA

Os presentes autos foram submetidos à Assessoria Jurídica para emissão de parecer acerca da possibilidade de Contratação Emergencial Direta, mediante processo de **DISPENSA DE LICITAÇÃO**, que visa a aquisição de cilindro de oxigênio medicinal, considerando o estado de emergência decretado pelo Município que dispõe sobre as medidas de enfrentamento do novo coronavírus (Covid-19), em atendimento às necessidades da Secretaria Municipal de Saúde de Barra do Corda/ MA.

Depreende-se dos autos, que o pedido de solicitação de despesa para execução do objeto deste Processo Administrativo, na modalidade de dispensa de licitação, de serviço para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), conforme art. 4º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Juntamente com a consulta é encaminhado o ofício da Secretaria Municipal de Saúde deste município, termo de referência, contendo justificativas da contratação pretendida, escolha da empresa e do preço proposto. Anexa à consulta o despacho do Coordenador de Receita e Despesa solicitando informação da disponibilidade de dotação orçamentária e financeira, despacho do departamento de contabilidade informando a dotação orçamentária disponível para atender a demanda, declaração do ordenador de despesa e autorização de despesa pela autoridade superior, e demais documentos necessários à instrução deste Processo Administrativo.

No entanto, ressalta-se que não se incluem no âmbito da análise desta assessoria jurídica os elementos técnicos pertinentes ao certame, como aqueles de ordem financeira ou orçamentária, cuja exatidão deverá ser verificada pelos setores responsáveis e autoridade competente da Administração Pública.

É o breve relatório. Passamos à análise jurídica.



2. PRELIMINAR DE OPINIÃO.

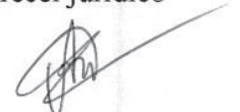
Antes de se adentrar ao mérito do presente parecer, urge registrar que a condução da análise técnico jurídica está prevista legalmente como sendo uma das funções inerentes à prática da advocacia, conforme se abstrai do disposto na Lei Federal nº. 8.906/94, que estabelece o Estatuto da Advocacia e da OAB.

Desta forma, para a legal confecção do presente instrumento, é de ser observada a existência de isenção do profissional e o seu caráter opinativo (Art. 2º, § 3º da Lei referida), visto que tal documento preza pela liberdade administrativa do responsável, gestor, prova disso é que este poderá ou não seguir a opinião técnica emitida, segundo sua conveniência e finalidade.

Nesse norte, colacionam-se as seguintes jurisprudências que versam sobre os requisitos necessários para a caracterização de manifesta violação ao art. 89, da Lei 8.666/93 – Lei das Licitações (Dispensa ilegal), bem como discorrem sobre o caráter meramente opinativo dos pareceres jurídicos, vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ADVOGADO PARECERISTA. SUPOSTO CRIME EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 89, CAPUT, DA LEI 8.666/93. PLEITO DE TRANSCAMMENTO DA AÇÃO PENAL. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DOLO NA CONDUTA DO CAUSÍDICO. ORDEM QUE DEVE SER CONCEDIDA. 1. Não se pode deixar de considerar que sendo o ato do parecerista um ato opinativo, a manifestação jurídica não se constitui como ato administrativo em si, podendo apenas ser usada como elemento de fundamentação de um ato administrativo posteriormente praticado. 2. Precedente: STF - MS 24.631-6 - DISTRITO FEDERAL - Relator (a): Min. Joaquim Barbosa - Julgamento: 09/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 01-02-2008.

O crime do art. 89 da Lei 8.666/93 exige resultado danoso (dano ao erário) para se consumir? 1ª corrente: SIM. Posição do STJ e da 2ª Turma do STF. 2ª corrente: NÃO. Entendimento da 1ª Turma do STF. O objetivo do art. 89 não é punir o administrador público despreparado, inábil, mas sim o desonesto, que tinha a intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida. Por essa razão, é necessário sempre analisar se a conduta do agente foi apenas um ilícito civil e administrativo ou se chegou a configurar realmente crime. Deverão ser analisados três critérios para se verificar se o ilícito administrativo configurou também o crime do art. 89: 1º) existência ou não de parecer jurídico autorizando a dispensa ou a inexigibilidade. A existência de parecer jurídico



é um indicativo da ausência de dolo do agente, salvo se houver circunstâncias que demonstrem o contrário. 2º) a denúncia deverá indicar a existência de especial finalidade do agente de lesar o erário ou de promover enriquecimento ilícito. 3º) a denúncia deverá descrever o vínculo subjetivo entre os agentes. STF. 1ª Turma. Inq 3674/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 7/3/2017 (Info 856). CRIMES DA LEI DE LICITAÇÕES O crime do art. 89 da Lei 8.666/93 exige dano ao erário? Critérios para verificação judicial da viabilidade da denúncia pelo art. 89. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2017/03/info-856-stf.pdf>.

PENAL. CRIME LICITATÓRIO. DEPUTADO FEDERAL. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93, SEGUNDA PARTE. FORMALIDADES. DESCUMPRIMENTO. TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DENÚNCIA NÃO RECEBIDA. 1. O artigo 89, segunda parte, da Lei 8.666/93, é norma penal em branco, a qual, quanto às formalidades a que alude, é complementada pelo art. 26 da mesma Lei. 2. O delito em questão tutela bem jurídico voltado aos princípios da administração pública (CF, artigo 37). O descumprimento das formalidades só tem pertinência à repressão penal quando involucrado com a violação substantiva àqueles princípios. 3. No caso, as justificativas do preço, da escolha do fornecedor e a ratificação do procedimento atenderam às formalidades legais, no que diz com perspectiva do denunciado. Conduta do gestor lastreada em Pareceres Técnicos e Jurídicos razoavelmente justificados, e não identificados conluio ou concertamento fraudulento entre o acusado os pareceristas, nem intenção de fraudar o erário ou de enriquecimento ilícito. 4. Ausência constatável *ictu oculi* de indícios mínimos de tipicidade objetiva e subjetiva, a inviabilizar um prognóstico fiável de confirmação da hipótese acusatória. Denúncia não recebida. (Inq 3962, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/02/2018, ACÓR-DÃO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 11-09-2018 PUBLIC 12-09-2018). CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Aspectos importantes sobre o crime do art. 89 da Lei de Licitações**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/de-talhes/99b410aa504a6f67da128d333896ecd4>.

Corroborando tal tese, o Conselho Federal da OAB editou a Súmula n. 05/2012/COP que tem a seguinte redação:



“ADVOGADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB).” *(Grifo nosso)*.

Portanto, a obrigação a que o administrador está vinculado por determinação normativa, é a de requerer o parecer. Mas isso não significa que ele deve decidir de acordo com as conclusões opinadas pelo parecerista, podendo agir de forma diversa, desde que motive sua decisão.

Feita esta ressalva, passemos à análise do pedido.

3. FUNDAMENTAÇÃO.

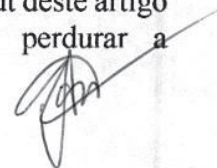
A Organização Mundial da Saúde reconheceu, no dia 11 de março de 2020, que o coronavírus, responsável pela doença catalogada como COVID-19, espalhou-se por diversas partes do mundo, a ponto de tal situação merecer ser caracterizada como uma pandemia. Sendo fato notório a crise sanitária atravessada pelo mundo. Estimam os pesquisadores que em cenário de ausência de intervenções, a COVID-19 resultará em 7 bilhões de infectados e 40 milhões de mortes globalmente neste ano de 2020.

Em vista disso, estratégias de mitigação com foco na proteção de idosos (60% de redução em contatos sociais) e no retardo do ritmo de transmissão/contágio (40% de redução em contatos sociais da população em geral) poderia reduzir pela metade as consequências, com 20 milhões de vidas salvas.

A fim de facilitar e assistir o enfrentamento ao surto do coronavírus no país e no mundo, o Estado brasileiro, dentre outras medidas previstas na Lei nº 13.979/2020, estabeleceu uma nova hipótese de dispensa de licitação para contratações voltadas ao enfrentamento da situação emergencial.

Assim fora redigido o art. 4º, caput, do referido diploma, in verbis:

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.

Compreendeu, portanto, o Legislador, que, para enfrentamento da nova crise de saúde pública que se anunciava, inconveniente seria submeter as contratações não apenas ao regime das licitações, mas ao próprio regime de dispensa de licitação previsto na Lei nº 8.666/93.

Com efeito, há muito os estudiosos e operadores da Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas denunciam a obsolescência de suas disposições. Em razão disso, entendeu-se por necessário o afastamento das disposições gerais, por serem exageradamente burocrática e não raro contraproducentes, mesmo ao regulamentar as contratações diretas.

Complementando-se, ainda, a simplificação iniciada pela promulgação da Lei nº 13.979/2020, o Executivo editou a Medida Provisória nº 926, de 06 de fevereiro de 2020, que veio a dar ainda mais liberdade ao Poder Público para as contratações que visam a obtenção de soluções ao combate da COVID-19.

Importante frisar 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. Nessa linha de raciocínio, 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.

A exigências de ordem material dizem respeito à configuração dos fatos geradores da dispensa prevista expressamente no art. 4º da Lei nº 13.979, de 2020. Já quanto aos elementos que caracterizam tais fatos geradores foram listados no art. 4º-B do mesmo diploma legal, que diz:

Art. 4º-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.

Assim, para a incidência da hipótese de contratação direta em estudo, é preciso que: a) vigore a emergência de combate ao coronavírus (temporal); b) haja necessidade de atendimento imediato para o enfrentamento do vírus; c) estejam em risco em decorrência do coronavírus pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares; e d) limitação da contratação ao necessário para o atendimento da emergência.

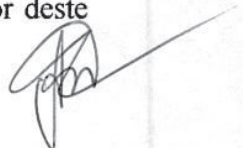
Da análise das regras acima citadas, verifica-se que a Lei nº 13.979, de 2020, não excetuou a aplicação do art. 26 do procedimento de contratação por dispensa de licitação para o enfrentamento da emergência em decorrência do coronavírus. Assim, também devem ser observadas as disposições do art. 26 da Lei Geral de Licitações, que assim preconiza:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço;
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Com isso, o procedimento de contratação por dispensa de licitação para o combate ao coronavírus deve ainda respeitar as seguintes etapas: a) ratificação do reconhecimento da dispensa pela autoridade superior, observados os requisitos materiais apontados no tópico anterior deste



parecer; b) publicação do ato de dispensa no órgão de imprensa oficial; c) razão da escolha do fornecedor; e d) a justificativa do preço contratado. Quanto aos demais requisitos previstos no art. 26 acima transcrito, entendemos que ou foram afastados pela Lei nº 13.979, de 2020, ou não se aplicam à hipótese de contratação ora analisada.

Quanto à publicação do ato de reconhecimento da dispensa, ressaltamos que a Lei nº 13.979, de 2020, impõe uma superpublicização da dispensa de licitação para combate ao coronavírus, pois, além da publicidade do art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, é exigida a disponibilização dessa espécie de contratação no sítio oficial do órgão contratante, devendo constar aí os elementos exigidos pelo § 3º do art. 8º da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 2011) e mais: a) o nome do contratado; b) o número de sua inscrição junto à Receita Federal do Brasil (CNPJ); c) o prazo contratual; d) o valor do contrato; e e) o processo de contratação ou aquisição (art. 4º, § 2º, da Lei nº 13.979, de 2020).

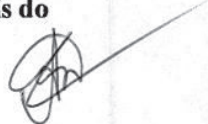
Sobre a justificativa do preço, importante mencionar que o § 3º do art. 4º-E da Lei nº 13.979, de 2020, desvincula o preço estimado do preço contratado, autorizando expressamente a Administração a contratar valores superiores ao estimado em decorrência das oscilações de mercado, tudo mediante justificativa nos autos.

Configura justificativa plausível, a que faz referência o parágrafo anterior, as oscilações constantes que tornam a própria pesquisa de preços duvidosa, situação na qual os valores de mercado podem mudar violentamente e rapidamente, o que tem ocorrido durante a Pandemia do COVID-19. Isso representa uma presunção de que, como os preços estão mudando com mais agilidade, a pesquisa de preços será defasada igualmente com maior rapidez, não se fazendo necessária uma nova pesquisa, podendo o poder público contratar pelo preço maior, verificando tratar-se de uma oscilação de mercado.

Ademais, cabe ao administrador público zelar pela aplicação adequada da legislação em conformidade com o momento excepcional vivido pela sociedade. Nesse sentido, destacam-se os arts. 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. **A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.**

Art. 22. **Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do**



**gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo,
sem prejuízo dos direitos dos administrados.**

Nesse diapasão, cabe à Administração atuar da melhor forma possível diante dos obstáculos e dificuldades reais provocados em razão da situação emergencial da disseminação do coronavírus (COVID-19), visando obter o aparato necessário para enfrentamento da referida situação. Dessa forma, configuram adequadas as medidas adotadas visando a redução da propagação do COVID-19.

Ex positis, essa Assessoria Jurídica opina de forma favorável ao prosseguimento do processo para contratação da empresa, via dispensa licitatória, fundada na Lei nº 13.979/2020, e alterações da Medida Provisória nº 926/2020.

Na oportunidade, reitera-se que se trata o presente parecer jurídico de liberdade de opinião do profissional, conforme o entendimento jurisprudencial mencionado no tópico inicial, assim como a desvinculação do profissional à opinião, cabendo ao gestor sua vinculação ou não, conforme sua conveniência e oportunidade, de forma que a análise técnica foi realizada pela solicitante da dispensa.

É o parecer, s.m.j.

Barra do Corda/MA, 16 de Outubro de 2020.



AURICÉLIA DE SOUSA DA SILVA

Portaria nº 012/2017

OAB/MA nº 19.138

Assessoria Jurídica