

PARECER JURÍDICO. LIC-PROJUR-SAL

PROCESSO ADM. Nº: 152005-0001.

DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº: 009/2020.

INTERESSADO(S): Secretaria Municipal de Saúde e Saneamento.

BASE LEGAL: Lei Federal n. 13.979/2020, com alterações da MP nº 926/2020; Decretos Estaduais nº 35.672 e 35.677; Decreto Municipal nº 101/2020; Lei Federal nº 8666/1993 e suas alterações; demais normas pertinentes.

EMENTA: DISPENSA DE LICITAÇÃO. ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA NO COMBATE AO CORONAVÍRUS. ARTIGO 4º DA LEI Nº 13.979/2020, ALTERADO PELA MP Nº 926/2020. CONTRATAÇÃO DIRETA. CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PARA AQUISIÇÃO EMERGENCIAL DE MEDICAMENTOS PARA SUBSIDIAR O TRATAMENTO AOS PACIENTES DIAGNOSTICADOS COM O COVID-19, DE INTERESSE DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE E SANEAMENTO. POSSIBILIDADE.

ASSUNTO: Contratação de Pessoa Jurídica para Aquisição emergencial de Medicamentos para subsidiar o tratamento aos pacientes diagnosticados com o COVID-19, de interesse da Secretaria Municipal de Saúde e Saneamento, nos termos da legislação vigente.

I. DO RELATÓRIO

Vem ao exame dessa Assessoria Jurídica, na forma do art. 38, VI e parágrafo único da Lei 8666/93, o presente processo administrativo, que visa à Contratação de Pessoa Jurídica para Aquisição emergencial de Medicamentos para subsidiar o tratamento aos pacientes diagnosticados com o COVID-19, com o intuito de subsidiar as ações e medidas de controle e prevenção do novo coronavírus (COVID-19).

II. DA CONTRATAÇÃO DIRETA: DISPENSA

No caso em questão, devido à grande necessidade em adquirir os medicamentos a contratação direta, foi o meio mais viável para atender melhor às necessidades da Administração.

Secretaria Municipal de Saúde e Saneamento, justificou nos autos a escolha da empresa que ofertou menor preço com base na análise das propostas de preços e documentos de habilitação exigidos no projeto básico, que garantiam maior vantajosidade de contratação para a Administração Pública.

III. FUNDAMENTAÇÃO

A. LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA DE MEDIDAS PARA ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA CARACTERIZADA COMO DE CALAMIDADE PÚBLICA DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19)

De acordo com as informações da Organização Mundial da Saúde - OMS, Agência Mundial Especializada em Saúde, fundada em 7 de abril de 1948 e subordinada à Organização das Nações Unidas-ONU:

“Os coronavírus (CoV) são uma grande família de vírus que causam doenças que vão desde o resfriado comum até doenças mais graves, como a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS-CoV) e a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS-CoV).

A doença do coronavírus (COVID-19) é uma nova cepa que foi descoberta em 2019 e não foi identificada anteriormente em humanos.

Os sinais comuns de infecção incluem sintomas respiratórios, febre, tosse, falta de ar e dificuldades respiratórias. Em casos mais graves, a infecção pode causar pneumonia, síndrome respiratória aguda grave, insuficiência renal e até mesmo morte.

As recomendações padrão para evitar a propagação da infecção incluem lavagem regular das mãos, cobertura da boca e do nariz ao tossir e espirrar, cozinhar completamente carne sinuosa e ovos. Evite contato próximo com qualquer pessoa que apareça com sintomas de doença respiratória, como tosse e espirro.”

Semelhante aos acontecimentos mundiais, foi identificada a circulação mais intensa do vírus no Brasil no início do mês de março, estando este se espalhando gradativamente por todas as regiões do país e já declarado pelo Ministério da Saúde como de transmissão comunitária ou sustentada em todo o território nacional.

Nesse sentido, em resposta a grave situação epidemiológica, foi editada a Lei Federal nº 13.979/2020, alterado pela Medida Provisória nº 926/2020, que “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.”

Na mesma esteira, o Decreto Estadual nº 35.677 de 21 de março de 2020, dispõe sobre as medidas de prevenção do contágio e de combate à propagação da transmissão da COVID-19 no Estado do Maranhão. Por sua vez, o Decreto Estadual nº 35.672 de 19 de março de 2020, declara estado de calamidade pública, em razão da grave crise de saúde pública decorrente da pandemia da Covid-19, outras doenças enfrentadas no Estado do Maranhão.

No que diz respeito ao objeto do presente parecer, o art. 4º da Lei n. 13.979/2020 estabeleceu hipótese excepcional e temporária de dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo 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. Deste modo, resta inconteste a urgência de orientação jurídica desta procuradoria quanto aos requisitos para regular contratação com fulcro na legislação pertinente.

Inicialmente, cabe ressaltar que o caput do art. 4º da Lei Federal nº 13.979/2020, alterado pela Medida Provisória nº 926/2020, estabelece que:

“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”.

É importante destacar que o art. 4º-F da Lei de Combate ao Coronavírus, trata da restrição de mercado, configurando-se não apenas nos casos de restrição de fornecedores do objeto no mercado, mas também nas situações em que a Administração tem dificuldades em encontrar no mercado empresas em condições de preencher os requisitos de habilitação.

Verifica-se que as circunstâncias para a contratação direta com esteio no artigo 4º da nova legislação federal são os mesmos discriminados no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, sendo um dos aspectos diferenciadores o requisito temporal da contratação. De fato, enquanto a contratação emergencial da Lei de Licitações e Contratos Administrativos limita-se ao prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, a dispensa de licitação pautada na Lei Federal nº 13.979/2020, embora temporária, perdurará enquanto presente a situação de emergência de saúde pública provocada pela COVID-19, podendo, portanto, ultrapassar aquele prazo.

Outro aspecto diferenciador da nossa legislação ordinária de contratação, é o estabelecido no art. 4-B da Lei Federal nº 13.979/2020, que foi introduzido pela Medida Provisória nº 926/2020, vejamos:

"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." (Grifo nosso).

Assim, para viabilizar a célere contratação direta do art. 4º da Lei Federal nº 13.979/2020, a exigência de comprovação de possibilidade concreta e efetiva de dano, bem como de que a demonstração de que a contratação direta é o meio adequado para evitar sua ocorrência, restaram-se presumidas. Portanto, de acordo com a nova legislação, as circunstâncias que se relacionem diretamente ao coronavírus deixaram de exigir concretude e demonstração, sendo, portanto, presumidas, desde que, é claro, efetivamente se relacionem com medidas de combate a pandemia.

Todavia, apesar da extrema flexibilização da norma em razão da situação de saúde em que se encontra o país, faz-se necessária a apresentação de justificativa que permita aferir a correlação das contratações com as medidas urgentes a serem tomadas no combate a disseminação da doença, devendo, portanto, restar demonstrado que a contratação pretendida visa evitar o comprometimento da saúde da população em razão do enfrentamento do coronavírus (COVID-19).

Oportunas são as lições de Marçal Justen Filho:

"A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes." (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. pg. 467) (Grifei).

Assim, além de justificativa adequada, alguns outros requisitos devem ser observados, **como a vedação do sigilo, devendo haver, sempre que possível, ampla publicidade e**

conhecimento ao público ao realizar determinada contratação, prioritariamente através da rede mundial de computadores (internet), mesmo que se trate de contratação direta.

Nesse sentido, impõe-se seja observado o §2º do art. 4º da Lei Federal nº 13.979/2020, o qual estabelece que *"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"*.

Ademais, imprescindível é a pesquisa de mercado, ainda que nestes casos ela possa se dar por estimativa de preços, como será esclarecido adiante. De fato, cumpre informar que embora se trate de contratação direta por dispensa de licitação, não está a Administração Pública eximida de justificar o preço pela contratação dos bens, serviços e insumos de saúde. Ao revés, em homenagem aos princípios da moralidade, publicidade e economicidade, a não realização de algumas etapas da licitação não elimina a preocupação com o gasto cuidadoso de recursos públicos, especialmente em razão do momento de crise e escassez, devendo este cerne nortear a ação do administrador.

Nesse sentido, oportunas as palavras de OLIVEIRA, em recente artigo sobre os reflexos do coronavírus no Direito Administrativo:

"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

[Handwritten Signature]

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).

No mais, oportuno frisar novamente que essa hipótese de contratação direta autoriza apenas a aquisição dos bens, serviços e insumos necessários ao atendimento da situação emergencial de calamidade pública para o enfrentamento da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), **devendo a Administração ficar adstrita aos requisitos constantes da Federal nº 13.979/2020, alterada pela MP nº 926 de 20.03.2020, bem como dos Decretos Estaduais Ns.º 35.672 e 35.677.**

B. DAS MINUTA DE CONTRATO

Em anexo a este Parecer seguem minutas-padrão de contratos a serem utilizadas nos casos de Contratação de Pessoa Jurídica para Aquisição emergencial de Medicamentos para subsidiar o tratamento aos pacientes diagnosticados com o COVID-19, as quais contemplam, salvo melhor juízo, todas as cláusulas necessárias mencionadas no art. 55 da Lei nº 8.666/93.

IV. PAGAMENTO ANTECIPADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O regramento de Direito Financeiro aplicável à administração pública (Lei 4.320/64) é estanque e bem inflexível. A Lei 4.320/64 encerra em si as chamadas fases da despesa pública, podendo ser sintetizada na fórmula: Empenho (Art. 58) – Liquidação (art. 63) – Pagamento (Art. 65), nessa sequência pré-ordenada. Por força de lei, Art. 62, o pagamento só pode ser realizado após a sua liquidação, verbis:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação. Essa é a regra. A antecipação ou o adiantamento é a excepcionalidade.

Como dito as exceções são poucas, só sendo aceita de forma excepcional: Art. 65. O pagamento da despesa será efetuado por tesouraria ou pagadoria regularmente instituídos por estabelecimentos bancários credenciados e, em casos excepcionais, por meio de adiantamento. Temos 2 situações explícitas na LNL: - Art. 40, XIV, “d” da LNL descontos, por eventuais antecipações de pagamentos e - Art. 40, XIII da LNL, para adiantamentos nos casos de obras, nas parcelas relativas à mobilização de canteiros. Especificamente na Lei 4.320/64, como exceção, temos o Regime de Adiantamento: Art. 68. O regime de adiantamento é aplicável aos casos de despesas expressamente definidos em lei e consiste na entrega de numerário a servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria para o fim de realizar despesas, que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação. Como visto, nos termos da lei (Art. 65), a

excepcionalidade da situação permite a aplicação da exceção. Insofismável que estamos diante de uma situação caracterizada e documentada como excepcional a exigir medidas extremas já que os efeitos da pandemia têm consequências sanitárias coletivas e incalculáveis, ainda, dado o seu ineditismo.

Uma vez estabelecido o preço atual de mercado, dos ventiladores pulmonares, se o gestor realizar a antecipação de 50% no pedido e, ao final, pagar os outros 50% com a efetiva entrega dos bens, sem qualquer alteração do preço, estaremos diante do adimplemento integral da obrigação do fornecedor e do comprador, in casu, o Município, sem qualquer ação lesiva ao erário. Não se trata de discutir a prevalência do princípio da legalidade ou da preservação da vida, mas sim da coexistência de tais premissas, sendo certo que uma vez observadas as condições do parágrafo antecedente restam preservadas ambas as bases nas quais deve repousar o Estado Brasileiro.

A Lei nº 13.979/20 não dispõe sobre o pagamento antecipado. No entanto, em virtude do atual momento de pandemia, com reflexos diretos e não contornáveis no mercado, as relações comerciais não estão na sua normalidade, podendo ocorrer a necessidade de pagamento antecipado. Assim, conforme já se manifestou o TCU (Acórdão nº3614/2013-Plenário), a antecipação é possível, excepcionalmente, desde que haja demonstração do interesse público a justificá-lo, previsão no ato convocatório e o contratado preste garantias idôneas.

É importante mencionar que apesar dos preços dos equipamentos orçados pelas empresas estarem acima do valor de mercado, infelizmente estamos vivenciando uma “guerra” por equipamentos hospitalares, haja vista a explosão do número de casos de contaminação pelo covid19. No Estado do Maranhão, conforme o boletim diário, em 05/05/2020, 87% dos leitos já estão ocupados, no âmbito nacional, o Brasil já conta com 600 mortes diárias e os números estão aumentando diariamente.

Deste modo, não restam alternativas para aquisição dos referidos produtos, apesar da somatória dos esforços, os fabricantes não possuem produtos suficiente para o atendimento da demanda em questão, isso explica-se pelo preço ofertado para os materiais.

V. CONCLUSÃO

Uma vez consideradas as exposições descritas e se abstendo da apreciação dos aspectos inerentes à conveniência e oportunidade mencionados acima, opina-se pela formalização do processo de contratação direta, nos termos do artigo 4º, da Lei Federal nº 13.979, alterado pela MP nº 926/2020.

À consideração superior.

Santo Antônio dos Lopes/MA, 22 de maio de 2020.

[assinatura]
WILLIJANNY TEIXEIRA SOARES DA SILVA - OAB/MA nº 12.505
Assessora Jurídica- Portaria nº 008/2018-GP/PMSAL

Encaminhe-se o presente Parecer Jurídico a quem possa interessar.

De Acordo e Aprovado

Em 22 / 05 / 2020

[assinatura]
SÂMARA CARVALHO SOUZA DIAS - OAB/MA nº 5.582
Diretora do Departamento Jurídico
Portaria Nº 024/2017-GP