

PARECER JURÍDICO COSEMS/MG Nº 01/2020

(“A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal.” – Marçal Justen Filho)

A ilustre coordenadora técnica do COSEMS/MG, Dra. Paola Motta, solicita manifestação jurídica deste consultor acerca do tema abaixo:

“ Em nossos planos municipais de Contingência frente a COVID 19 estamos recomendando a todos que uma ação a ser desenvolvida é a entrega de Kits de higiene a partir da estratificação de risco, bem como a compra e entrega de máscaras comunitárias para os próximos 2 meses como forma de impedir a transmissão comunitária, além de manter o afastamento entre pessoas.

Como é ano eleitoral, gostaria que formulassem um parecer sobre a legalidade desta aquisição e entrega dos Kits e máscaras visto que certamente são ações novas.”

A consulta aponta dos cenários, a saber: i-) o estado de calamidade pública – COVID 19 e, ii-) ano eleitoral.

A consulta não traz, todavia, em qual dos cenários reside seu cerne. Não obstante, abordar-se-á ambas as situações.

O reconhecimento do quadro de pandemia, pelos melhores ensinamentos jurisprudenciais, sobrepõe-se a quaisquer outros cenários e normativos, no exato sentido de que o Estado, em situações tais, deve buscar proteger seus cidadãos, mitigando riscos.

A existência de calendário político eleitoral para o ano em curso, como mencionado anteriormente, está relegado ao segundo plano visto que a obrigação primeira da Administração Pública, presentemente, é derrotar o inimigo COVID -19 e nesse mister, todas, absolutamente todas as suas ações estarem voltadas para a saúde pública e nessa seara, todas as aquisições destinadas àquela área para o enfretamento do inimigo poderão ser processadas não pelo modelo clássico das licitações, mas sim, pela licitação dispensável.

Ainda que o pleito eleitoral de 2020 venha a se realizar, ainda assim, as normas de referido pleito não sobreporão àquelas referentes a manutenção do estado de calamidade pública e, nesse mister, todas as aquisições da saúde pública, poderão ser realizadas pelo instituto da dispensa de licitação.

É cediço que pelos termos do Decreto Legislativo nº 06, do Congresso Nacional, datado de 20 de março do ano em curso, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República decretou o estado de calamidade pública em todo o território nacional, situação essa a vigorar até o dia 31 de dezembro de 2020.

Entretanto, o Estado não dorme e, nesse sentido, deverá dar vazão às suas finalidades, residindo, dentre elas, o objeto desta consulta que é a aquisição e entrega de Kits de higiene, face à COVID 19.

Em síntese apertada, este o cenário da presente consulta.

Tudo visto e examinado, passo a opinar.

01-) O ilustre professor Miguel Reale, na célebre obra “ *Estrutura Tridimensional do Direito*” ensinou que o direito se assenta em três premissas, a saber: *fato, valor e norma*.

A sociedade, heterogênea, para fazer valer sua convivência de forma harmônica e pacífica, pratica fatos diuturnos e os valoriza no aspecto social. Se referidos fatos sociais são relevantes a ponto de serem valorados, isto é, fatos que podem influir de forma significativa naquela harmonia social pretendida, desequilibrando-a, estes fatos serão valorados e, resultando desta valoração, a constatação de suas potenciais ações desequilibradoras, a sociedade, através do Parlamento, as normatiza.

02-) Assim será, também, quando da análise das normas aplicáveis ao Direito Público, ao Direito Administrativo. Regra geral constitucional determina que todas as aquisições a serem efetivadas pela Administração Pública devam ser precedidas, obrigatoriamente, observando-se o competente procedimento licitatório e com sua realização, o cumprimento dos preceitos básicos aplicáveis à administração pública quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

03-) Entretanto, o legislador constitucional consignou a possibilidade de exceção a observância daquela regra em caráter excepcional e, dentre as exceções, aquela intitulada como sendo *calamidade pública*. Eis, portanto, a Estrutura Tridimensional do Direito preconizada pelo saudoso Professor Miguel Reale e aplicada à presente consulta.

04-) Consoante prescreve o art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

*§10. No ano em que se realizar eleição, **fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência** ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa*

Portanto, a partir do texto legal, apenas três contextos poderiam afastar a vedação: 1) caso de calamidade pública; 2) caso de estado de emergência; e 3) caso de medidas envolvidas em programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior ao relativo ao pleito.

Então entende-se que no que tange às situações de calamidade pública e estado de emergência, não há dúvida que afasta-se a referida vedação.

Outro ponto são as vedações expressas no art.73, VI, vejamos:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

*VI - **nos três meses que antecedem o pleito:***

*a) **realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios**, sob pena de nulidade de pleno direito, **ressalvados** os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, **e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;***

*b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, **autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;***

*c) **fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;***

Portanto são três hipóteses que não haverá vedações: 1) transferências de recursos da União aos Estados e Municípios destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública; 2) publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta decorrentes a caso de grave e urgente necessidade pública sendo assim reconhecida pela Justiça Eleitoral; 3) Justiça Eleitoral definir como matéria urgente, relevante e característica das funções de governo será permitido pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito.

Estas vedações eleitorais referem-se a três meses antes do pleito eleitoral, a partir da data de 04 de julho de 2020, e se neste período as medidas restritivas de contenção ao vírus persistirem é importante a verificação das ressalvas apresentadas.

Por estas razões os gestores e agentes políticos locais devem se cercar de todas as formalidades necessárias para que os atos municipais realizados estejam devidamente identificados como relacionadas às ações de enfrentamento do Coronavírus, observando a Lei eleitoral e reunir evidências de que a ação adotada é o meio mais adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado.

05-) O Professor JUSTEN FILHO, Marçal, na obra intitulada *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. RT. 16ª ed. 2014. Págs. 404 e 415, leciona:

*“[...] Observe-se que o conceito de emergência não é meramente “fático”. Ou seja, **emergência não é simplesmente uma situação fática anormal**. A emergência é um conceito relacional entre a situação fática anormal e a realização de certos valores. Somente se pode entender o conceito de emergência quando compreendemos a natureza teleológica das regras jurídicas. **O direito (público, especialmente) é posto para assegurar a realização de certos fins (valores)**. Quando se **constrói a norma jurídica**, considera-se uma certa situação fática e **se elegem certas condutas como obrigatórias, proibidas ou facultadas**. Presume-se que, através dessa disciplina, atingir-se-á a satisfação de certos valores. **Essa é a regra para a situação de normalidade**. **A emergência consiste em ocorrência fática que produz modificação na situação visualizada pelo legislador como padrão**. **A ocorrência anômala (emergência) conduzirá ao sacrifício de certos valores se for mantida a disciplina jurídica estabelecida como regra geral**. **A situação emergencial põe em risco a satisfação dos valores buscados pela própria norma ou pelo ordenamento em seu todo**.[...]” (grifamos)*

*“[...] Em todos os casos, a emergência significará a **impossibilidade** de aguardar o **decurso do prazo normal da licitação**. Mas o risco de*

*consumação de danos irreparáveis nunca apresentará dimensão temporal idêntica. Em certas hipóteses, a Administração disporá de alguns dias para promover a contratação. **Em outros casos, a contratação deverão ocorrer no prazo de horas (senão minutos).**”[...] (grifamos)*

06-) O Tribunal de Contas da União, Acórdão 4.458/2011, 2ª C. rel. Min. Aroldo Cedraz, acerca do tema, decidiu:

*“ [...]7. No caso em tela, a situação emergencial legitimaria a contratação direta com fundamento no art. 24. IV, da Lei 8.666/1993, **desde que constasse nos autos do processo administrativo demonstração**, com base em fatos, de que a situação que justifica a contratação direta qualifica-se como emergência ou calamidade pública, estando caracterizada urgência de atendimento de situação que poderia ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.[...]” (grifamos)*

07-) De consignar-se, conforme assinalado pela Corte de Contas acima mencionada, a necessidade de abertura de competente processo administrativo que pavimente a dispensa de licitação emergencial. Como sabido, os atos administrativos são, todos, absolutamente formais, utilizando-se para tanto, o registro escrito. Ressalva, entretanto, para aquelas aquisições caracterizadas como sendo despesas miúdas de pronto pagamento.

08-) Nesse particular, a formatação do competente processo administrativo, no exemplar ensinamento do ilustre Prof. FURTADO, Lucas Rocha na obra intitulada *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Ed. Fórum. 7ª ed. BH. 2017, págs. 152/154, deve observar:

“[...] A fim de melhor definir hipóteses em que estará o administrador legitimado a utilizar o permissivo do art. 24. IV, da Lei nº 8.666/93, entendemos que deverão estar presentes os seguintes requisitos:

- a) Situação emergencial ou calamitosa que não possa ser imputada à desídia do administrador;*
- b) Urgência de atendimento; e,*
- c) Risco da ocorrência de sérios danos a pessoas ou bens.”[...]*

*“[...] Verificados esses requisitos, **deverá** a Administração **fundamentar** a dispensa de licitação, com base no art. 24, IV, da Lei nº8.666/93, **demonstrando** a existência das seguintes condições:*

- a) Que se trata de caso de emergência ou de calamidade pública no sentido de que a situação adversa existente não possa ser considerada decorrente da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis;*
- b) Que há urgência, concreta e efetiva, de se dar atendimento a situação de risco, a pessoas ou bens, derivada do estado de emergência ou de calamidade pública;*
- c) Que é elevada a potencialidade de prejuízo ou dano, iminente a sua ocorrência e especialmente gravoso os resultados esperados;*
- d) Que a efetivação imediata de determinadas obras, serviços ou compras, nas especificações e quantitativos adotados, mediante contratação com terceiro, é a providência adequada e suficiente para afastar a situação de risco detectada.”! [...]*

09-) Importante destacar também, que além da decretação do estado de calamidade, devem ser observadas, nas aquisições para a finalidade pretendida, a LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, especialmente:

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.*

10-) De outro giro, não se enquadrando as aquisições e entregas de Kits de higiene sob o manto da calamidade pública, não obstante ser ano eleitoral, tenho que referida pretensão deverá observar o fluxo normal de qualquer aquisição, vale dizer: i-) confecção do Termo de Referência; ii-) elaboração do edital de licitação; iii-) realização do processo licitatório; iv-) julgamento de propostas; v-) celebração de contrato; vi-) execução e recebimento do objeto contratual.

Importante destacar, novamente, como dito alhures, que o Estado não dorme. Suas ações, portanto, são perenes e nesse sentido, não se aplicando as excepcionalidades previstas em lei, todas as suas necessidades deverão, pelos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, serem precedidas com a realização dos competentes procedimentos licitatórios.

Por todo o exposto e respondendo a consulta formulada, temos que:

a-) O calendário eleitoral para o pleito do exercício de 2020 convive com álea extraordinária e excepcional – COVID 19 – que impõe a todos, indistintamente, mudanças profundas no *status quo*. Neste cenário, as normas da saúde pública impactam, decisivamente, naquelas normas outras, especialmente as destinadas a regular o pleito de outubro de 2020.

Cogita-se, inclusive, da possibilidade de adiamento do pleito eleitoral face às razões gravosas aqui mencionadas.

b-) Nesse cenário, a aquisição e entrega de Kits e máscaras, ainda que fosse considerada *ação nova*, subsume à pandemia declarada pela Organização Mundial de Saúde – OMS e reconhecida pela República Federativa do Brasil, podendo referido procedimento ser praticado através da dispensa de licitação, aos moldes do disposto pelo art. 24, IV da Lei nº 8.666/1993 e alterações.

c-) Se entendimento administrativo comportar a aquisição dos kits e máscaras pelo procedimento licitatório/administrativo clássico, a administração pública deverá seguir o *pari passu* aplicável à espécie.

É o Parecer.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 08 de abril de 2020.

Marcelo Almeida Fonseca Azevedo
Advogado – OAB/MG 45.408

Cristiane Aparecida Costa Tavares
Advogada – OAB/MG 106.161