

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Proc. de Termos Licitações e Contratos -

PARECER Nº: 0536/2017

PROCESSO:2017.02.003605

INTERESSADO: Secretaria de Saúde

ÓRGÃO DE ORIGEM: SECRETARIA DA SAÚDE

ASSUNTO: Consultiva Administrativa - Contratação Direta - Dispensa - Emergência

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONTRATAÇÃO DIRETA E LICITAÇÃO. DISPENSA EMERGENCIAL. ART. 24, IV, DA LEI FEDERAL n. 8.666/93. AFERIÇÃO POR PARTE DO ADMINISTRADOR. CONTORNOS JURÍDICOS.

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Saúde acerca da contratação direta (aquisição por dispensa emergencial – art. 24, V, da Lei Federal n. 8.666/93) de materiais médico-hospitalares para atender as necessidades da Rede Municipal de Saúde do Recife.

Em breve síntese – e nos termos do que já exposto nos autos –, alega a Secretaria consulente que a justificativa para a contratação emergencial advém do fato de que em 15.5.2017 a Gerência Geral de Assistência Farmacêutica solicitou a compra emergencial de materiais hospitalares em virtude do estoque insuficiente do Município. A partir de então, o trâmite da dispensa emergencial foi iniciado, com a expedição do termo de dispensa em 30.6.2017 e a publicação do mesmo em 1.7.2017 (depois retificado e publicado novamente em 6.7.2017 – vide fls. 116-120).

Ainda no ponto, é de ver-se, a partir dos autos, que foram realizados recentemente quatro certames licitatórios que restaram fracassados ou desertos em determinados itens que ora se pretende contratar de forma direta, a saber: Pregão 05/2017 (homologação em 20.4.2017 – fls. 134-135); Pregão 09/2017 (homologação em 2.6.2017 – fls. 160-161); Pregão 11/2017 (homologação em 11.7.2017 – fls. 177-178); Pregão 12/2017 (homologação em 13.6.2017 – fls. 210).

Assim, em que pese a realização de tais certames (e até a homologação de alguns itens), a Secretaria consulente informa que o trâmite de assinatura de Ata e fornecimento na forma da licitação (prazo de até 30 dias para entrega) aumentaria o lapso temporal sem cobertura (sem os devidos medicamentos na rede municipal). Para outros itens que

não tiveram sucesso nos certames o pleito de aquisição direta também é formulado.

O que se pleiteia, assim, é a análise da possibilidade da contratação emergencial.

É o relatório. Passo a opinar.

O delineamento jurídico da contratação direta pretendida é dado de forma objetiva pelo art. 24, IV, da Lei de Licitações, que estipula ser dispensável a licitação 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 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.

Extraí-se dos autos que foram realizadas cotações a fim de subsidiar pesquisa de preços de mercado. No caso, tal providência contribui para o que se diz “contratação procedimentalizada”, sendo certo afirmar que esse mecanismo subsidia uma contratação que seja condizente com os efetivos parâmetros mercadológicos vigentes e, portanto, não distante da realidade de consumo no que toca ao objeto contratado. Busca-se, pois, a contratação mais vantajosa, ainda que em termos de contratação direta (por dispensa de licitação).

Consta dos autos, ademais, a documentação das empresas que apresentaram os menores preços e o termo de dispensa de licitação com base no art. 24, IV, da Lei Federal n. 8.666/93. No ponto específico da possibilidade de contratação direta em casos tais, interessante é a lição de Joel de Menezes Niebuhr ao debater as diferenças entre emergência e calamidade pública, sobretudo para fins de enquadramento das situações fáticas àquilo que disposto no art. 24, IV, da Lei Federal n. 8.666/93:

O dispositivo em apreço autoriza a dispensa diante de duas situações: de emergência ou de calamidade pública. Note-se que se trata de um ou de outro. Muito embora a calamidade pública pressuponha situação de emergência, nem toda a emergência pressupõe a calamidade pública. Pode haver situação de emergência isolada, que atinge apenas um segmento da sociedade civil e que, por isso, não enseja a calamidade pública. *A título ilustrativo: a falta de medicamentos em **hospital** é situação que configura emergência, mas não chega a justificar a*

calamidade pública.

Para os fins de dispensa, o vocábulo emergência quer significar necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites ordinários de licitação pública, sob pena de perecimento do interesse público, consubstanciado pelo desatendimento de alguma demanda social ou pela solução de continuidade de atividade administrativa. Com o escopo de evitar tais gravames, autoriza-se a contratação direta, com dispensa de licitação pública.¹

Ainda quanto à contratação direta emergencial, adoto, como parâmetro, as condicionantes e orientações gerais para tais casos de contratação expostas no elucidativo Enunciado n. 20 da PGE/RJ, a saber:

Enunciado n. 20 – PGE/RJ

1. A emergência, a ensejar dispensa de licitação, é um conceito jurídico indeterminado a ser valorado pelo administrador diante das especificidades do caso concreto, observados, em especial, os princípios da razoabilidade, moralidade e eficiência.
2. A emergência decorrente da falta de planejamento, incúria ou desídia do agente público não exclui a incidência do art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, mas deve ser objeto de rigorosa apuração com vistas à identificação dos responsáveis e aplicação das sanções cabíveis.
3. A contratação direta (art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93) deve ser efetivada somente para a aquisição de bens e serviços estritamente necessários ao saneamento da situação emergencial, cabendo à autoridade administrativa iniciar imediatamente o procedimento licitatório, adotando as providências necessárias à regularização da contratação.
4. O prazo do contrato emergencial deve ser dimensionado considerando apenas o tempo necessário para sanar a situação de urgência, limitado este a 180 (cento e oitenta) dias.
5. Se a situação emergencial persistir ao final do contrato e ante a vedação da prorrogação, a solução é a formalização de nova contratação com base no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, desde que, justificadamente, não seja possível realizar uma licitação durante o período ou adotar as providências necessárias à regularização da contratação”.

Em cumprimento às ilações do referido Enunciado – que bem resumem a situação

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 248.

e condicionantes da contratação presente –, é de se ponderar:

1) vislumbro indicada a situação de emergência pelo gestor. A falta de medicamentos é, longe de dúvidas, capaz de causar notória emergência. Frise-se, ademais, que o órgão jurídico não tem competência para se imiscuir em tal caracterização, devendo levar em consideração a situação apresentada pelo órgão consultente, em sua natureza técnica e fática, com a devida presunção de veracidade / legitimidade atinente à atuação administrativa;

2) necessário verificar, no caso, se houve ou não a ausência de planejamento a ensejar a situação de emergência ora debatida. No ponto, tal verificação parte do fato de um processo licitatório não conclusivo (deserto / fracassado) para os itens que se pretende contratar diretamente. De toda forma, deve a Secretaria consultente, ao lado de dar sequência à contratação direta, apurar eventual responsabilização ocorrida na espécie;

3) a aquisição pela via direta somente pode se dar para o quantitativo minimamente necessário para afastamento da emergência, restando as demais contratações para momento oportuno e pela devida forma (licitação), trazendo solução definitiva para a questão (contratação). Na espécie, resta claro que as solicitações de fornecimento oriundas do contrato emergencial deverão ser restritas ao período sem cobertura contratual efetiva (contrato advindo de processo licitatório);

4) na mesma linha exposta acima, o dimensionamento quantitativo e temporal da contratação deve seguir os ditames da norma do art. 24, IV, da Lei de Licitações. Somente poderá ser alvo de fornecimento, pelo prazo de 180 dias, aquilo que indispensável para o afastamento da situação de emergência (desabastecimento);

5) a realização da licitação para a aquisição efetiva dos medicamentos busca justamente espantar eventual descontinuidade e nova emergência, regularizando-se a necessidade administrativa com a devida contratação formal.

No aspecto formal, importa salientar que, via de regra, as contratações diretas por dispensa – inclusive a do art. 24, IV – 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, nos termos do art. 26 da mesma Lei –

o que já foi feito.² Demais disso, o mesmo dispositivo impõe as seguintes regras para tais contratações diretas:

Lei n. 8.666/93 – Art. 26, 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.

Nesse contexto, a incidência de situação emergencial que justifique a dispensa restou devidamente evidenciada (art. 26, § único, I), principalmente em função da necessária continuidade da política de saúde do Município, que não pode prescindir dos medicamentos em questão; a razão da escolha do fornecedor ou executante (art. 26, § único, II), conforme consta dos autos do processo de dispensa, se dá em razão do menor preço em pesquisa realizada com possíveis fornecedores (o que já evidencia, também, a justificativa de preço a que alude o art. 26, § único III); por fim, não há que se falar, no caso, de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (art. 26, § único, IV). No que toca à necessária orçamentação para subsidiar a contratação, consta dos autos o respectivo bloqueio orçamentário (fls. 99-101).

Ante o que apresentado, vislumbro a possibilidade da contratação direta, com fulcro no art. 24, IV da Lei 8.666/93 e nos termos da fundamentação que acompanha esse parecer (condicionantes devidamente expostas), salientando a necessidade de atuação administrativa com o fito de realização de certame licitatório para a contratação da íntegra do objeto conforme a efetiva necessidade dos serviços de saúde do Município.

Ressalto, ao final, que a presente manifestação configura atividade meramente consultiva, que não vincula a Administração Pública, sobretudo ante ao não compartilhamento de poder decisório entre órgão técnico-jurídico e político. Reitero, ademais, a necessidade de aferição, pela própria Secretaria Consultante, das causas da indevida atuação (causas da demora na contratação definitiva, com apuração de responsabilidades eventualmente existentes).

² Vide fls. 116-120.

Ante a consulta formulada – e nos termos da fundamentação que acompanha o presente parecer –, saliento a possibilidade de enquadramento da situação havida, em tese, ao que disposto no art. 24, IV, da Lei Federal n. 8.666/, com a viabilidade da consequente contratação direta pretendida e com o devido respeito às condicionantes explicitadas. Alerta-se, ao final – e mais uma vez –, que os fornecimentos decorrentes da contratação emergencial devem se ater ao estritamente necessário para afastamento da emergência, restando as demais contratações para momento oportuno pela devida forma (licitação) e trazendo solução definitiva para a questão (contratação).

Nestes termos, é o parecer que submeto à consideração superior.

Recife, 28 de agosto de 2017

Bruno Santos Cunha
Procurador do Município do Recife
Matrícula 87.476-8 - OAB/PE 1.033-B