



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE IMBITUVA

ESTADO DO PARANÁ

000021

PARECER JURÍDICO

PROCESSO DISPENSA DE LICITAÇÃO N° xx/2020.
ORIGEM: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
INTERESSADO: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO.
ASSUNTO: DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE FONOAUDIÓLOGO 20 HORAS.

RELATÓRIO:

A Comissão Permanente de Licitação formulou consulta consubstanciada nas seguintes razões:

A Secretária de Saúde, Lisiane Moleta, enviou pedido ao Prefeito Municipal, solicitando dispensa de licitação para Contratação de 01 (um) fonoaudiólogo para atendimento aos pacientes que necessitam de estimulação fonoaudiológica, tendo em vista o afastamento da servidora estatutária Kamilla Siqueira Machado, devido a pandemia Covid-19, em razão de sua gestação e posterior licença maternidade e da inexistência de candidato pelo concurso público, conforme documento emitido pelo Departamento de Recursos Humanos.

Alega em apertada síntese, que necessita da contratação do referido profissional, mais no ofício não justifica de forma fundamentada a urgência-emergência, limitando-se apenas a informar que necessita da contratação e informar que segundo Departamento de Recursos Humanos não existe mais candidatos a serem chamados pelo concurso.

O Departamento de Recursos Humanos informa que o último concurso público realizado para o cargo de fonoaudiólogo – 40 horas, regido pelo Regime Estatutário foi em 20/05/2012. Informa ainda que a validade do presente concurso encerrou em 06/06/2014 e que o município não possui concurso público em vigência, com candidatos aprovados para o cargo de fonoaudiólogo, tanto no Regime Estatutário quanto no Regime CLT.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE IMBITUVA

ESTADO DO PARANÁ

000022

A referida informação, deixa bastante explícita a desídia no sentido de falta de comprometimento e planejamento na questão relacionada a contratação de fonoaudiólogos regidos pelo regime estatutário, que é o regime de contratação que dever ser utilizado pelo município. Não se pode alegar desconhecimento ou surpresa, uma vez que tinham conhecimento de que a validade do último concurso se encerrou há mais de 6 (seis) anos, permanecendo inerte até o presente momento, tentando agora alegar urgência-emergência para a contratação tendo em vista a licença maternidade de uma servidora.

Alega que necessita da contratação, mais não informa se o Departamento de Recursos Humanos já está trabalhando para realização de concurso público para preenchimento das vagas do cargo de fonoaudiólogo pelo regime estatutário, como também não informa a existência no quadro do município de mais profissionais da área que eventualmente poderiam substituir a servidora licenciada, especialmente da secretaria de educação, uma vez que em virtude do COVID-19 as aulas estão suspensas, e conseqüentemente os profissionais da área que atuam na educação possam estar menos atribulados, podendo assim serem remanejados pelo período necessário, uma vez que, a contratação por dispensa não pode em hipótese alguma ultrapassar 180 dias.

Anexa ao pedido, uma única proposta de prestação de serviços fonoaudiológicos com valor de R\$2.1020,70 (dois mil, cento e dois reais e setenta centavos) emitida pela fonoaudióloga Suzelaine Taize Stadler, não justificando também porque a escolha dessa profissional em específico e também o porque de não ter sido contatado com outros profissionais a fim de se buscar a proposta mais vantajosa para a administração, em respeito aos princípios da legalidade, transparência, impessoalidade, economicidade, dentre outros.

A contratação pelo poder público de fonoaudiólogos (atividade-fim e permanente) por meio de dispensa, não tem permissivo legal, salvo raríssimas exceções. Ao contrário, ofende dispositivos legais e constitucionais, bem como os princípios constitucionais da administração pública. Salvo casos de comprovada emergência causados por calamidade pública, surtos, epidemias, fatos que não poderiam ser previstos pelo ente público a tempo de se realizar um concurso público, ainda assim, se houvesse ocorrido alguns desses fatos, o caminho mais recomendado pelos Tribunais seria o da chamada pública para credenciamento.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE IMBITUVA

ESTADO DO PARANÁ

000023

Será sempre necessário que o administrador demonstre que apesar da realização de sucessivos concursos públicos, não se tem conseguido prover os cargos de fonoaudiólogo, esclarecendo de forma fática e previamente ter agido com eficiência administrativa e, conforme o caso, ter realizado concurso ou teste seletivo, evidenciando as razões do insucesso, o que há princípio não seria o caso já que o último concurso foi no ano de 2012.

A regra do artigo 37 inciso II da Constituição Federal é clara no que se refere a investidura em cargo ou emprego público, em especial a atividade fim e cargo de natureza permanente e previsível como no caso de fonoaudiólogo, que somente pode ser provido por concurso público.

Em se tratando de investidura em cargos no serviço público, deve sempre prevalecer a regra geral do concurso público, sendo que a aplicação da lei de licitações deve ser de forma acessória.

Nos ensinamentos de Abrahão Elias Neto, em seu artigo Terceirização de mão-de-obra que se refere à substituição de servidores e empregados públicos, alguns aspectos sobre o assunto são elucidados, da seguinte forma:

Nosso entendimento é no sentido de que, sempre que a atividade terceirizada se referir a uma atividade típica do Estado (saúde, educação, assistência social, segurança pública), a terceirização estará caracterizada, independentemente de previsão de atribuições idênticas ou similares no plano de cargos e/ou empregos da entidade contratante.

Isto porque o Estado, em sua abstração, materializa suas atividades através da pessoa do servidor público. Quando deixa de prover tais necessidades através da admissão de pessoal, optando por terceirizá-las, na verdade, substitui a mão-de-obra própria de servidores públicos pela mão-de-obra de terceiros, quer sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Assim, independentemente de haver previsão no Plano de Cargos (Empregos) e Salários, no que concerne à correlação entre os objetos contratados e cargos e/ou empregos constantes de referido plano, entendemos que se as atribuições são próprias de servidores públicos, caracterizada estará a substituição de sua mão-de-obra sempre que houver opção pela contratação de terceiros.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE IMBITUVA

ESTADO DO PARANÁ

000024

Por outro lado, sempre que a atividade terceirizada coincidir com alguma atividade prevista no quadro, independentemente de ser típica do Estado ou não, a terceirização estará também caracterizada.

Quando, no entanto, as contratações pretendidas forem destinadas à execução de tarefas especiais, que fujam à rotina do órgão e que não se enquadrem dentre suas finalidades, afastada estará a possibilidade de restar caracterizada a terceirização em substituição a mão-de-obra.

Sendo, pois, um dever do Estado a realização de determinada atividade, é natural que, em primeira análise, seja satisfeita diretamente por ele, Estado, na pessoa de seus servidores públicos, instrumentos que são para materialização das respectivas ações estatais.

Se o Estado, em tais hipóteses, deixar de admitir servidores que possam efetuar tais serviços, delegando-os a terceiros, em nossa opinião caracterizada estará, de forma indubitosa, a terceirização em substituição à mão-de-obra própria de servidores públicos.

Não se pode também justificar a terceirização com a alegação de que as contratações visam não violar o artigo 22, parágrafo único da Lei Complementar 101/2000 ou seja, não pode realizar concurso público para contratar pois o limite de despesas com pessoal está ultrapassado, pois, promover a contratação terceirizada é cometer ofensa mais grave ao ordenamento jurídico.

O Art. 24 da Lei 8666/93, dispõe expressamente:

Artigo 24 - "É dispensável a licitação:

IV – 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 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".



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE IMBITUVA

ESTADO DO PARANÁ

000025

Destaca-se que o artigo 24 da Lei 8.666/93 é bem claro ao afirmar a dispensa de licitação para o caso de emergência ou calamidade, o que a princípio não está devidamente comprovado na documentação acosta.

Neste mesmo sentido o TCU já se pronunciou em eminente Decisão nº 347/1994 do Plenário, que é seguidamente invocada a propósito da aplicação do art. 24, inc. IV, da lei 8.666/03, no voto do **Min. CARLOS ÁTILA**, no sentido de que:

“além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado art. 24, IV, da mesma Lei:

a-1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não tenha se originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída á culpa ou dolo dos agentes públicos que tinham o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; a-2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar o risco de danos a bens ou à saúde ou a vida de pessoas; a-3) que o risco, além de concreta e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; a-4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado...”

Extrai-se da dicção legal que, quando houver situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, é possível a dispensa da licitação. Assevere-se que a emergência capaz de justificar a situação de dispensa da licitação deve estar respaldada em situação real decorrente de fato imprevisível ou, embora previsível, que não possa ser evitado. Isso porque a lei pressupõe uma situação fática de incontornável urgência, a demandar imediata intervenção do gestor, na estrita medida do necessário para atender a excepcionalidade verificada.

Conforme já comentado, dentre as hipóteses de dispensa de licitação, encontra-se a situação emergencial, prevista no inciso IV do artigo 24, da Lei nº. 8.666/93, *in verbis*:



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE IMBITUVA

ESTADO DO PARANÁ

000026

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV – 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.

Para Amaral (2001), essa hipótese não é de dispensabilidade de licitação, mas sim de dever jurídico de contratar sem licitação, uma vez que a situação emergencial exige providências rápidas, não podendo aguardar um procedimento lento e burocrático.

Entretanto, esse dispositivo tem sido, com alguma frequência, mal interpretado ou utilizado de forma desvirtuada pelos agentes públicos em geral, devido ao fato de que, na prática, vem-se desprezando um ou alguns dos requisitos ou utilizando-se de uma exegese ampliadora dos seus limites.

A jurisprudência, outrora admitindo amplamente a caracterização da emergência, vem restringindo cada vez mais a sua amplitude de tal modo que, na atualidade, o balizamento sobre a sua utilização está bastante definido.

O aludido inciso refere-se a duas situações que dão ensejo à dispensa de licitação: a emergência e a calamidade pública. Discorrendo sobre o assunto, Meirelles esclarece:

[...] A *emergência* caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar o minorar suas consequências lesivas à coletividade. (...) *Calamidade pública* é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladas e outros eventos físicos flagelantes que



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE IMBITUVA

ESTADO DO PARANÁ

000027

afetem profundamente a segurança ou a saúde pública, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral [...]. (MEIRELLES, 2007: 281, *grifo do autor*).

A calamidade pública, pois, é um caso especial de emergência, provocada por fatores anormais e adversos que afetam gravemente a comunidade, privando-a do atendimento de suas necessidades básicas. Deve ser reconhecida e declarada pelo poder público, através de decreto do Executivo, delimitando a área flagelada e determinando tanto as medidas a serem tomadas como as autoridades incumbidas de tal papel, para que fiquem habilitadas a realizar obras, serviços e compras com dispensa de licitação. (MEIRELLES, 2007)

Manifestando-se sobre a matéria, Fernandes (2000, p. 313) ensina que

[...] para melhor explicitação do assunto, seria conveniente distinguir caso de emergência da situação de emergência, empregando o primeiro termo para a avaliação restrita a órgão ou entidade, e o segundo para o que o Decreto referido entende como a circunstância que deve ser formalizada por um ato administrativo – portaria ministerial. [...]

Ademais, segundo o magistério de Meirelles,

[...] a emergência há de ser reconhecida e declarada em *cada caso*, a fim de justificar a dispensa da licitação para obra, serviços, compras ou alienações relacionadas com a anormalidade que a Administração visa corrigir, ou com o prejuízo a ser evitado. Nisto se distingue dos casos de *guerra*, *grave perturbação da ordem* ou *calamidade pública* em que a anormalidade ou risco é *generalizado*, autorizando a dispensa de licitação em toda a área atingida pelo evento. (MEIRELLES, 1998: 94, *grifo do autor*).

Superada essa distinção, vamos nos ater aos aspectos relacionados à “emergência”.

Como se vê, para que a hipótese de emergência possibilite a dispensa de licitação, não basta que o gestor público entenda dessa forma. Necessário se faz a comprovação da situação emergencial, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. A dispensa por emergência tem lugar quando a situação que a justifica exige da Administração Pública providências rápidas e eficazes para debelar ou, pelo



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE IMBITUVA

ESTADO DO PARANÁ

000028

menos, minorar as consequências lesivas à coletividade. Nesse sentido, ensina Antônio Carlos Cintra do Amaral:

A emergência é, a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou, ainda, provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência. (AMARAL, 2001:4).

Diga-se, por oportuno, que, para que haja licitude em tal contratação direta, é mister a plena demonstração da potencialidade do dano e da eficácia da contratação para eliminar esse risco. O gestor deve demonstrar que a contratação direta é o caminho adequado e efetivo para aniquilar tal risco, além de observar, no que couber, os procedimentos previstos no art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993.

Quanto à emergência que lastreará a dispensa de licitação, o Tribunal de Contas da União – TCU já fixou seu entendimento no sentido de que se deve realizar o procedimento licitatório com a antecedência necessária, de modo a evitar situações em que o atraso do seu início seja a causa para a situação de dispensa (pela emergência), prevista no inciso IV do art. 24, nº 8.666, de 1993. Tais razões foram consubstanciadas, entre outros, nos Acórdãos nºs 347/1994 e 1599/2011, ambos emitidos pelo Plenário da aludida Corte de Contas.

Assim, quanto à contratação com fulcro na situação de emergência, a E. Corte de Contas Federal possui o entendimento de que “é incabível a aplicação do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93 a situações de emergência resultantes da falta de planejamento, incúria ou inércia administrativa é incabível a aplicação do inciso”.

Ressalte-se, por fim, que por ser uma terceirização de uma atividade-fim do Estado, referidas despesas deverão ser computadas como gastos de pessoal, em consonância com a Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 18, § 1º).



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE IMBITUVA

ESTADO DO PARANÁ

000029

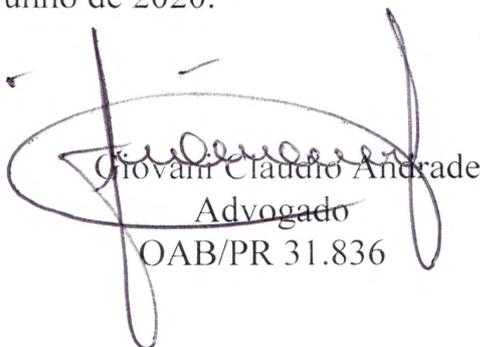
Contudo o que já exposto, após minuciosa análise das justificativas e dos documentos apresentados e na melhor doutrina e jurisprudência sobre a matéria, essa assessoria, manifesta-se em caráter **opinativo** no sentido de que toda contratação para o serviço público para atividade fim deva ser precedida de Concurso Público, uma vez que o argumento de urgência não pode ser a regra e sim a exceção.

Importante ressaltar que caso a contratação não esteja diretamente ligada ao combate ao COVID-19, também estará em desacordo com o que preceitua o artigo 8ª da Lei Complementar 173/2020, de 27 de maio de 2020.

Todavia, na teoria as coisas parecem mais simples, mais na prática, no dia a dia, a prestação de serviços na área de saúde é bastante complexa e na maioria das vezes a demanda é maior que a oferta. O parecer é **OPINATIVO**, e o que efetivamente precisa ser analisado de forma minuciosa é se está presente a situação de urgência-emergência o que, salvo melhor juízo, entendo que não possui condições de definir com o que consta nos autos, razão pela qual, havendo interesse por parte da Administração e se Vossa Excelência juntamente com a Secretária de Saúde entenderem que os critérios de conveniência, necessidade e urgência-emergência estão presentes, pode determinar a contratação, condicionado ainda a existência de dotação orçamentária, que seja precedida de 03 (três) orçamentos, que os valores contratados não ultrapassem os valores máximos pagos aos servidores públicos, que o prazo máximo não ultrapasse 180 (cento e oitenta) dias, o respectivo registro no Conselho, controle de jornada e demais exigências necessárias que sejam pertinentes e de interesse da Secretaria solicitante.

È o Parecer. s.m.j.

Imbituva, 29 de junho de 2020.


Giovanni Claudio Andrade
Advogado
OAB/PR 31.836