PARECER JURÍDICO

PROCESSO DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº /2020.
ORIGEM: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
INTERESSADO: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO.
ASSUNTO: DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE UM TÉCNICO EM ENFERMAGEM.

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 emergencial de um técnico em enfermagem 40 horas semanais pelo período de três meses. O ofício inaugural declina a cotação de mercado em um valor total máximo de R$7.023,78 (sete mil, vinte e três reais e setenta e oito centavos).

O Departamento de Contabilidade, declina a existência de previsão de recursos orçamentários para assegurar o pagamento das obrigações, estará cumprido a obrigação **definida no art. 7º, § 2º, inc. III da Lei de Licitações, bem como o estabelecido no art. 167, inc. I** e **II** da Constituição Federal.

Alega em apertada síntese, que necessita da contratação para a reposição da servidora Lais Neves Stomski, que estava lotada no Pronto Atendimento e pediu exoneração, não podendo ficar sem um profissional, necessitando da reposição urgente em razão da pandemia.

Anexa ao pedido, um única proposta de prestação de serviços de técnico em enfermagem no valor mensal de R$2.341,26(dois mil, trezentos e quarenta e um reais e vinte e seis centavos), emitida pela Técnica Crislaine de Freitas, não justificando o porque da escolha dessa profissional em específico, deixando também de justificar o porque de não ter pego propostas de 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.

Instrui o pedido com informação do Departamento de Recursos Humanos de que o último concurso que o Município realizou para o Cargo de Técnico de Enfermagem foi em 22/05/2016 e que a validade do referido concurso expirou em 24/06/2020. No mesmo documento o Departamento informa que devido a Pandemia, o município realizou Teste Seletivo Simplificado em 09/06/2020 para diversos cargos na área da saúde, dentre eles para o Cargo de Técnico em Enfermagem, com a abertura de 04 (quatro) vagas, sendo que todos os candidatos aprovados já foram convocados, não havendo mais nenhum em lista de espera.

A contratação pelo poder público de técnicos de enfermagem (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.

Será sempre necessário que o administrador demonstre que apesar da realização de sucessivos concursos públicos, não se tem conseguido prover os cargos de técnico de enfermagem, 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, salvo melhor juízo, está comprovado, já que o último concurso expirou em 24/06/2020 e que em 09/06/2020 foi realizado teste seletivo para o cargo de Técnico em Enfermagem e as quatro vagas ofertadas foram preenchidas.

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 técnico de enfermagem, 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.

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 induvidosa, 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.

Apenas a título de ilustração, vejamos primeiro o que dispõe a lei 8.666/93 sobre a dispensa prevista no seu artigo 24 inciso IV, uma vez que deve ser também aplicada mesmo que de forma subsidiária.

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".

Destaca-se que o artigo 24 da Lei 8.666/93 é taxativo ao afirmar a dispensa de licitação para o casos de emergência ou calamidade.

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 n°. 8.666/93, *in verbis*:

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 ou 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 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)

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*).

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 menos, minorar as consequências lesivas à coletividade.

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.

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".**

Como é de conhecimento mundial, o ano de 2020 teve início com a notícia da descoberta de um novo vírus causador de doença pulmonar grave, que passou a ser conhecido como o Novo Coronavírus (Covid-19).

Tudo isso, somado ao quase pânico mundial provocado por essa pandêmica peste, influenciou também no âmbito do direito, ensejando consequências jurídicas.

Nesse cenário, uma das importantes questões envolve as contratações públicas, tendo em vista a necessidade de os governos agirem com rapidez para atender os anseios da população.

Para tal, veio à tona a Lei Federal nº 13.979/2020 alterada pela Lei 14.035/2020, que, conforme preceitua a sua ementa, dispõe sobre as providências para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Novo Coronavírus.

O diploma, logo no §1º do art. 1º, aponta a sua diretriz: proteger a coletividade, resguardando-a da pandemia, diante da emergência, definindo regras e situações vinculadas ao enfrentamento da crise de saúde pública.

Além de outras medidas, a Lei nº 13.979/2020, possibilitou uma nova hipótese de dispensa de licitação tão somente para o período de combate ao vírus.

As disposições da Lei nº 13.979/2020, alterada pela Lei 14.035/2020 não afastam o regime de contratação da Lei nº 8.666/1993, mas instituem condições de exceção em função do momento excepcional;

Alguns artigos da Lei 13.979 a seguir tratam da dispensa licitatória ou tem conexão com as contratações dela oriundas:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.

§1° 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.

§2° Todas as aquisições ou contratações realizadas com base nesta Lei serão disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3° do art. 8° da Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011, com 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, além das seguintes informações:

Art. 4°-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 à segurança de pessoas, obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares; e

IV – limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Aqui no artigo 4° B, estão inseridas as condições mínimas e essenciais para que se fundamente e justifique a dispensa, todas especiais, mais, em especial o inciso IV, limitando de forma clara que a contratação será somente para parcela necessária ao atendimento daquela situação de emergência específica, não podendo de forma alguma a contratação ou aquisição, atingir outra parcela ou outro setor.

Ressalta-se que, assim como com qualquer despesa pública, devem ser obedecidos os princípios administrativos pertinentes, em especial, o do interesse público e da razoabilidade.

Outro requisito facilitado pela referida Lei, é em relação ao termo de referência, o qual, poderá ser apresentado de forma simplificada, respeitando as disposições do artigo 4°. Vejamos:

Art. 4°-E Nas aquisições ou contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§1° O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado referidos no caput deste artigo conterá:

I – declaração do objeto;

II – fundamentação simplificada da contratação;

III – descrição resumida da solução apresentada;

IV – requisitos da contratação;

V – critérios de medição e pagamento;

VI – estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, 1 (um) dos seguintes parâmetros:

a) Portal de Compras do Governo Federal;

b) pesquisa publicada em mídia especializada;

c) sites especializados ou de domínio amplo;

d) contratações similares de outros entes públicos; ou

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e

VII – adequação orçamentária.

Pois bem, mesmo com intuito de facilitar simplificando o Termo de Referência o Legislador não deixou de prever que o mesmo deve conter requisitos mínimos como declaração do objeto a ser adquirido, fundamentação, mesmo que simplificada, descrição, requisitos, critérios e principalmente as estimativas de preços obtidos como referência para a aquisição, obtidos por meio de no mínimo um dos parâmetros descritos no inciso VI do §1° do artigo 4°-E, para que possa ser dado sequencia no certame e autorizada a contratação, sempre é claro acompanhada da previsão orçamentária para pagamento.

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 n° 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 18, § 1°).

Importante frisar 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.

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** de que a regra geral é que toda contratação de atividade fim para o serviço público deve ser precedida de Concurso Público, porém, em razão da pandemia, do Decreto de Calamidade Pública, da situação de urgência-emergência e da necessidade urgente da contratação de um profissional técnico em enfermagem, pode haver a dispensa de licitação com base na Lei 13.979/2020 com as alterações da Lei 14.035/2020 e também a dispensa com base no artigo 24, inciso IV da Lei 8.666/1993, 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, poderá determinar a contratação, condicionada a existência de dotação orçamentária, que seja precedida de 03 (três) orçamentos, que os valores não ultrapassem os valores máximos pagos aos

servidores públicos do mesmo cargo, respectivo registro no órgão de classe, controle do jornada e, desde que atendidos os requisitos previstos no artigo **4º § 1º e** 2º, **4º-B, E §1º, H e I da Lei 13.979/2020, da observação dos procedimentos previstos no artigo 26 da Lei 8.666/1993 e na Recomendação Administrativa recebida do Ministério Público Estadual através do ofício 368/2020.(doc. anexo)**

È o Parecer. s.m.j.

Imbituva, 11 de setembro de 2020.

Giovani Claudio Andrade
Advogado
OAB/PR 31.836