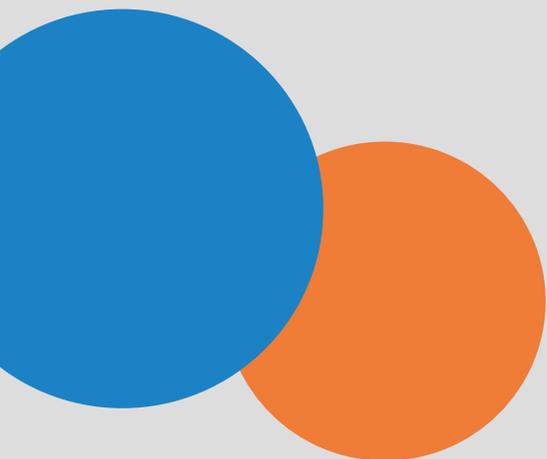




CADERNO 4

SELEÇÃO DE PARECERES JURÍDICOS

COVID-19: Licitações e contratos públicos



CADERNO 4

SELEÇÃO DE PARECERES JURÍDICOS COVID-19: Licitações e contratos públicos

**Trabalho elaborado pela equipe da
Consultoria Jurídica do IBAM**

Supervisão:

Marcus Alonso Ribeiro Neves

Coordenação:

Fabienne Oberlaender Gonini Novais

Consultores Jurídicos:

Affonso de Aragão Peixoto Fortuna

Ana Carolina Couri de Carvalho

Fabienne Oberlaender Gonini Novais

Gustavo da Costa Ferreira Moura dos Santos

Júlia Alexim Nunes da Silva

Maria Victoria Sá e Guimarães Barroso Magno

Equipe de apoio:

Ewerton Antunes

Maria Victória da Conceição Lobato

Gustavo Neffa Gobbi

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
Parecer IBAM nº 0571/2020	
LI – Licitação. Autonomia política e administrativa do município. Princípios constitucionais norteadores do ordenamento. Caso concreto apresentado.....	6
Parecer IBAM nº 0591/2020	
CC – Convênios / Contratos. Contratação de empresa para realização de evento em Município vizinho ao contratante. Celebração de contrato público para promoção de evento que gerará aglomeração de pessoas durante epidemia de coronavirus. Considerações.....	9
Parecer IBAM nº 0669/2020	
LI – Licitação. Compatibilização das formas de contratação da Administração durante vigência de decreto de estado de emergência na saúde pública do município.	16
Parecer IBAM nº 0683/2020	
PE – Poder Executivo. Dispensa de licitação por urgência. Regras legais. Comentários.	21
Parecer IBAM nº 0686/2020	
PE – Poder Executivo. Obtenção de bens de necessidade emergencial. Considerações sobre a requisição e a compra com dispensa de licitação.....	26
Parecer IBAM nº 0690/2020	
LI – Licitação. Atividades da Câmara Municipal. Pandemia do Novo coronavírus. Serviços terceirizados. Caso concreto e questionamentos.	30
Parecer IBAM nº 0737/2020	
PE – Poder Executivo. Desvinculação de recursos do FUNREBOM. Decretação do estado de calamidade pública pelo Município. Dispensa de licitação. Enfrentamento do Covid-19. Considerações.....	36
Parecer IBAM nº 0738/2020	
CC – Convênios / Contratos. Contratação de empresa privada para gestão, operacionalização e execução de serviços de saúde para enfrentamento da epidemia causada pelo novo coronavírus. Considerações.	40
Parecer IBAM nº 0749/2020	
CC – Convênios / Contratos. Serviço de limpeza pública. Demora na conclusão de procedimento licitatório regular. Contratação emergencial. Prorrogação do contrato emergencial. Inaplicabilidade da Lei Federal nº 13.979/2020. Considerações.	45

Parecer IBAM nº 0766/2020	
LI – Licitação. Aquisição de cestas básicas. Covid-19. ESPIN. Dispensa de licitação. Lei Federal nº 13.979/20. Considerações.	51
Parecer IBAM nº 0777/2020	
CC – Convênios / Contratos. Covid-19. Prorrogação excepcional de contratos com fulcro no artigo 57, §4º, da Lei nº 8.666/93. Considerações.	58
Parecer IBAM nº 0839/2020	
CC – Convênios / Contratos. Covid-19. Alteração de parcerias celebradas com organizações sociais na área de saúde. Aplicação do limite de 25% do total do valor do contrato previsto no artigo 65, §1º, da Lei nº 8.666/93.	62
Parecer IBAM nº 0842/2020	
CC – Convênios / Contratos, LI – Licitação. Aditamento qualitativo a contrato de transporte de alunos. Ato de gestão. Inviabilidade de promulgação de lei municipal para cancelar alterações contratuais não permitidas de acordo com a legislação geral de licitações e contratos. Comentários.	68
Parecer IBAM nº 0855/2020	
CC – Convênios / Contratos. Covid-19. Suspensão ou rescisão de parcerias celebradas com fulcro na Lei nº 13.019/2014. Considerações.	74
Parecer IBAM nº 0864/2020	
LI – Licitação. Pregão. Mercado de derivados de petróleo. Vedação a contratações antieconômicas e/ou lesivas ao interesse público. Considerações ao caso concreto..	79
Parecer IBAM nº 0917/2020	
CC – Convênios / Contratos. Covid-19. Contrato de concessão onerosa. Terminal Rodoviário de Passageiros impedido de funcionar em razão da emergência de saúde. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Considerações.	82
Parecer IBAM nº 0937/2020	
LI – Licitação. Preços registrados em ata e caso concreto apresentado.	86
Parecer IBAM nº 1005/2020	
LI – Licitação. Contratação direta. Lei federal nº 13.979/20, desdobramentos e considerações ao caso concreto.	90
Parecer IBAM nº 1017/2020	
LI – Licitação. Lei federal 13.979/20 e Medida Provisória nº 961/20. Questionamentos ao caso concreto.	94
Parecer IBAM nº 1141/2020	
CC – Convênios / Contratos. Emergência de saúde pública internacional causada pelo novo coronavírus (Covid-19). Revisão, suspensão ou rescisão de termo de colaboração firmado com entidade assistencial sem fins lucrativos, nos termos da Lei nº 13.019/2014. Considerações.	100

Parecer IBAM nº 1237/2020	
CC – Convênios / Contratos. Transporte Escolar. Alteração Contratual. Antecipação do pagamento. Lei de Licitações. Concessão de cestas básicas. Assistência Social. Considerações.....	107
Parecer IBAM nº 1240/2020	
CC – Convênios / Contratos, FM – Finanças Municipais. LC nº 173/2020. Contrato de prestação de serviços de natureza contínua. Considerações.	118
Parecer IBAM nº 1306/2020	
LI – Licitação. Regra sobre o uso de pregão eletrônico se utilizados recursos federais. Inaplicabilidade à Câmara Municipal.....	129
Parecer IBAM nº 1326/2020	
LI – Licitação. Contratação direta que exige cautelas. Considerações ao caso concreto.	133
Parecer IBAM nº 1328/2020	
LI – Licitação. MP 961/20. Limitador temporal e esclarecimentos.	140
Parecer IBAM nº 1381/2020	
LI – Licitação. MP nº 961/2020. Dispensa de Licitação. Ampliação dos valores. Limitador Temporal. Considerações.	143
Parecer IBAM nº 1388/2020	
CC – Convênios / Contratos, FM – Finanças Municipais. Entidade privada de saúde com a qual o Município firmou termo de colaboração. Aumento do vale alimentação aos empregados. Medida não albergada pelas vedações da LC nº 173/2020, tampouco pelo art. 73 da Lei nº 9.504/1997. Estando a entidade sob intervenção do Município e gestão do Secretário de Saúde, são vedadas quaisquer condutas tendentes a desequilibrar o pleito em favor de determinados candidatos, que possam configurar abuso de poder político ou econômico (art. 22 da LC nº 64/1990).....	146
Parecer IBAM nº 1682/2020	
LI – Licitação. Reforma do prédio. Considerações sobre a dispensa de licitação e uso do pregão.	153
Parecer IBAM nº 1683/2020	
LI – Licitação. Contrato administrativo e caso concreto.	156

APRESENTAÇÃO

Dando sequência à coletânea de pareceres relacionados às providências para enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus (Covid-19) pelos municípios, iniciada pelo primeiro caderno com a temática “Conceitos básicos e normas aplicáveis”, o segundo sobre a “Situação de emergência e direitos fundamentais”, o terceiro sobre “Servidores públicos e organização administrativa” e este quarto caderno, reúne pareceres que versam sobre “Licitações e contratos públicos”, os demais terão a seguinte temática:

- Caderno 5 - Serviços públicos;
- Caderno 6 - Tributação e Orçamento; e
- Caderno 7 - Eleições Municipais.

Mais uma vez, esclarecemos que o IBAM se coloca à disposição para atender todos os Municípios brasileiros a fim de dirimir dúvidas dos gestores locais no enfrentamento dos problemas relacionados à Pandemia. Orientações a respeito podem ser obtidas por meio de um de nossos canais de comunicação: e-mail: associado@ibam.org.br e WhatsApp: (21) 97584-7223.

Parecer IBAM nº 0571/2020

LI – Licitação. Autonomia política e administrativa do município. Princípios constitucionais norteadores do ordenamento. Caso concreto apresentado.

CONSULTA:

No município, neste final de semana (dias 13, 14 e 15 de março) aconteceria o "4º Mega Movimento", evento com práticas esportivas de várias modalidades. Ontem, dia 12 no final do dia, em reunião de urgência, com a equipe da saúde e o Secretário de Esporte que está organizando o evento, tomaram a decisão do cancelamento pelo fato de suspeita do NOVO CORONAVÍRUS no município. Foi divulgado no dia 12 a noite da não realização do evento (CANCELAMENTO). Acontece que o organizador do evento, com algumas argumentações, quer realizar uma modalidade de esporte (FUTEVÔLEI) em cidade vizinha. A dúvida é: "A finalização da licitação irá acontecer no final da tarde do dia 13; poderá o município pagar um evento que irá realizar em outro município? No jornal que será publicada a homologação da licitação, será o mesmo jornal que irá revogar as licitações pelo fato do mega movimento ter sido cancelado. Temos alguma legislação que dê um amparo para a modalidade de esporte ser realizada em outra cidade, com a licitação deste município?"

RESPOSTA:

De acordo com a Constituição, a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existências dignas. Com efeito, os princípios constitucionais que dão alicerce ao ordenamento jurídico pátrio seguem o vetor axiológico da proteção do direito à vida. Como corolário, a saúde constitui direito constitucional social fundamental, direito subjetivo público do cidadão e dever fundamental do Estado.

A Constituição (art. 196 e segs.) assegura a implementação de políticas públicas sociais e econômicas, voltadas a redução do risco de

doenças e de outros agravos, mediante acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Neste contexto, o conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas constitui o Sistema Único de Saúde, que é articulado esquema de ações executivas sincronizadas entre todas as esferas federativas, com esteio no art. 198 da Lei Fundamental.

A Organização Mundial de Saúde decretou estado de emergência na saúde pública internacional diante da referida epidemia viral. Nos estados da federação, diversas Portarias conjuntas determinaram cancelamento de eventos públicos para enfrentamento da emergência de saúde pública, diante da relevância que matéria assumiu e se projeta na coletividade.

No caso concreto do município consulente, representantes da pasta da saúde e Secretaria de Esporte organizadora do evento, tomaram a decisão conjunta pelo cancelamento do evento diante de suspeita do novo CORONAVÍRUS no município, tendo sido anunciado o cancelamento no último dia 12.

O Município é ente da Federação, dotado de autonomia política, administrativa e financeira (art. 18 da Constituição). Isto significa que, nos limites territoriais do município, o Poder Executivo e Legislativo (eleitos pela população local) traduzem, sejam em âmbito Executivo ou Legislativo, a busca pelo interesse público maior da coletividade.

No caso vertente, a decisão conjunta foi pelo cancelamento do evento, motivo pelo qual não vislumbramos viabilidade jurídica de prosseguimento do certame, que deve ser revogado por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, tal como autoriza o art. 49 da Lei de Licitações.

No caso, não cabe homologar o certame, mas sim revogá-lo, e uma vez revogada a licitação nada autoriza a contratação de empresa para organizar o evento e muito menos a destinação de recursos para sua realização ou mesmo qualquer outra ação de apoio ao mesmo, ainda que em município vizinho, por absoluta ausência de interesse público que justifique a medida. Com efeito, decerto é que a realização do evento em município circunvizinho atrairá moradores do município consulente colocando por terra a estratégia de evitar a propagação do vírus. Trata-se de esforço nacional coordenado pelo Ministério da Saúde que inclusive já emitiu

recomendação para cancelamento de grandes eventos, estando a decisão do Município alinhada com a recomendação do órgão de direção do Sistema Único de Saúde.

Assim, detectado o risco, o município não só não deve apoiar a realização do evento como também, no exercício de seu poder de polícia sanitária, deve proibir a sua realização, ainda que o evento não conte com recursos públicos, de modo que se há alvará de autorização este deve ser revogado, à exemplo do que já ocorreu em outros municípios

Em suma, diante do esforço nacional para conter o avanço do Novo Corona Vírus nada autoriza a destinação de recursos públicos para realização de grandes eventos, ao revés, o interesse público aqui aponta para a revogação de alvarás de funcionamento e não concessão de novos alvarás para realização de eventos públicos e privados que atraiam grande público até que a situação se normalize.

É o parecer, s.m.j.

Ana Carolina Couri de Carvalho
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 16 de março de 2020.

Parecer IBAM nº 0591/2020

CC – Convênios / Contratos.
Contratação de empresa para realização de evento em Município vizinho ao contratante. Celebração de contrato público para promoção de evento que gerará aglomeração de pessoas durante epidemia de coronavírus. Considerações.

CONSULTA:

Indaga-se sobre a legalidade de realização de contratação, mediante inexigibilidade de procedimento licitatório, para contratação de empresa que atuará em evento a ser realizado em Município vizinho ao consulente. Indaga-se, em especial, se a realização da despesa viola os princípios da Administração Pública e se servidores públicos que pratiquem atos referentes a realização da despesa e pagamento por ordem do Prefeito Municipal pode ser responsabilizados por eventuais danos ou infrações administrativas.

A consulta vem instruída com o termo de inexigibilidade de licitação e com parecer jurídico sobre a referida inexigibilidade.

RESPOSTA:

Inicialmente, cabe ressaltar que este Instituto já avaliou no Parecer nº 0571/2020 a pertinência da celebração de contrato público e destinação de recursos públicos para realização do evento objeto da consulta em Município vizinho ao contratante, analisando especialmente a pertinência de celebração de contratos para promoção de evento que gerará aglomeração de pessoas no momento em que a pandemia causada pelo novo coronavírus está em curso.

Concluiu-se no referido parecer que despesas com o supracitado

evento não deveriam ser realizadas, esclarecendo-se que:

O Município é ente da Federação, dotado de autonomia política, administrativa e financeira (art. 18 da Constituição). Isto significa que, nos limites territoriais do município, o Poder Executivo e Legislativo (eleitos pela população local) traduzem, sejam em âmbito Executivo ou Legislativo, a busca pelo interesse público maior da coletividade.

No caso vertente, a decisão conjunta foi pelo cancelamento do evento, motivo pelo qual não vislumbramos viabilidade jurídica de prosseguimento do certame, que deve ser revogado por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, tal como autoriza o art. 49 da Lei de Licitações.

No caso, não cabe homologar o certame, mas sim revogá-lo, e uma vez revogada a licitação nada autoriza a contratação de empresa para organizar o evento e muito menos a destinação de recursos para sua realização ou mesmo qualquer outra ação de apoio ao mesmo, ainda que em município vizinho, por absoluta ausência de interesse público que justifique a medida. Com efeito, decerto é que a realização do evento em município circunvizinho atrairá moradores do município consulente colocando por terra a estratégia de evitar a propagação do vírus. Trata-se de esforço nacional coordenado pelo Ministério da Saúde que inclusive já emitiu recomendação para cancelamento de grandes eventos, estando a decisão do Município alinhada com a recomendação do órgão de direção do Sistema Único de Saúde.

Assim, detectado o risco, o município não só não deve apoiar a realização do evento como também, no exercício de seu poder de polícia sanitária, deve proibir a sua realização, ainda que o evento não conte com recursos públicos, de modo que se há alvará de autorização este deve ser revogado, à exemplo do que já ocorreu em outros municípios

Em suma, diante do esforço nacional para conter o avanço do Novo Corona Vírus nada autoriza a destinação de recursos públicos para realização de grandes eventos, ao revés, o interesse

público aqui aponta para a revogação de alvarás de funcionamento e não concessão de novos alvarás para realização de eventos públicos e privados que atraiam grande público até que a situação se normalize.

A efetuação de contratação e de despesa pública que viole o interesse público, bem como que possa violar os princípios administrativos da moralidade e da eficiência, todos previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República, pode levar, a depender das circunstâncias do caso concreto, a futura responsabilização dos servidores públicos que atuarem na realização da despesa, ainda que estes tenham atuado sob orientação do Prefeito Municipal. Isso porque nenhum servidor público pode consciente, dolosa ou culposamente, agir em contrariedade aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Assim, os servidores podem eventualmente ser responsabilizados em âmbito administrativo se praticarem infração prevista na legislação local. Podem, além disso, ser responsabilizados por ato de improbidade administrativa, se constatada a existência de dolo ou culpa e eventual danos ao erário decorrente de gastos com evento que viola o interesse público a ser realizado em Município vizinho ao responsável pela despesa. Tudo isso, na forma dos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.249/1992 que determinam que:

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências,

bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XIX - frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XX- liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014, com a redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

XXI- liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita

observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Incluído pela Lei nº

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. (Incluído pela Lei nº 13.650, de 2018)".

Por todo o exposto, concluímos que não devem as autoridades públicas do Município consulente realizar despesa pública que contraria o interesse público para promover evento esportivo em outro Município. Concluímos também que, se demonstrada a existência de dolo ou culpa e de danos ao erário, os servidores públicos, responsáveis pela realização da

despesa ou do pagamento, podem eventualmente, a depender das circunstâncias do caso concreto, ser responsabilizados na forma da lei local ou por ato de improbidade administrativa, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992.

É o parecer, s.m.j.

Júlia Alexim Nunes da Silva
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 17 de março de 2020.

Parecer IBAM nº 0669/2020

LI – Licitação. Compatibilização das formas de contratação da Administração durante vigência de decreto de estado de emergência na saúde pública do município.

CONSULTA:

A Prefeitura consulente, diante de decreto de estado de emergência na saúde pública em razão da pandemia viral (Sars Cov 2) que estabelece medidas sanitárias e de prevenção, tais como isolamento, quarentena e requisição de bens e serviços, questiona como ficarão as licitações, uma vez que estas, em sua maioria, ocorrem de forma presencial.

RESPOSTA:

O Município é ente da Federação, dotado de autonomia política, administrativa e financeira (art. 18 da Constituição). Isto significa que, nos limites territoriais do município, o Poder Executivo e Legislativo (eleitos pela população local) traduzem, sejam em âmbito Executivo ou Legislativo, a busca pelo interesse público maior da coletividade.

Os princípios constitucionais que dão alicerce ao ordenamento jurídico pátrio seguem o vetor axiológico da proteção do direito à vida. Como corolário, a saúde constitui direito constitucional social fundamental, direito subjetivo público do cidadão e dever fundamental do Estado. A Constituição (art. 196 e segs) ainda assegura a implementação de políticas públicas sociais e econômicas, voltadas a redução do risco de doenças e de outros agravos, mediante acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

A Organização Mundial de Saúde decretou estado de emergência na saúde pública internacional diante da referida pandemia viral. De igual forma, no âmbito da União foi reconhecido estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de

saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Nos estados da federação e em muitos municípios, diversos atos normativos determinaram cancelamento de eventos públicos para enfrentamento da emergência de saúde pública, dentre outras medidas, diante da relevância que matéria assumiu e se projeta na coletividade.

A estratégia, portanto, é a de evitar a propagação do vírus.

Trata-se de esforço que apenas surtirá efeito, se for conjunto.

Como sabido, o poder público dispõe de alternativas para a contratações, desde a contratação direta emergencial, como utilização de ata de registro de preços (ou até mesmo a adesão, se cumpridos os requisitos legais), pregão presencial, além de atos de colaboração entre os poderes e unidades federadas.

Nesse sentido, o art. 24, IV da Lei de Licitações admite que a licitação seja dispensada 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.

Por outro prisma, vale lembrar que o pregão pode ser presencial ou eletrônico. Em ambos os casos, aplicar-se-á a Lei nº 10.520/02 e, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/93. Em relação ao pregão presencial também se aplica o Decreto nº 3.555/00 e, quanto ao pregão eletrônico, no âmbito da união, aplica-se o Decreto nº 5.450/05, de natureza regulamentar (art. 2º § 1º da Lei nº 10.520/02). Da Revista TCU nº 98 se extrai:

"o Decreto nº 3.555/00 continua sendo o Regulamento do Pregão, em nível federal. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão considerar quaisquer bens ou serviços como sendo comuns, desde que enquadráveis na definição do Parágrafo único do art. 1º. Poderão, ainda, em cada um dos decretos regulamentares próprios, criarem o mesmo ou outro rol de bens e serviços comuns."

O pregão eletrônico ocorre mediante sessão pública realizada com uso de programas tecnológicos e comunicação via internet. Diversos são os programas utilizados para a realização do pregão eletrônico, que é, atualmente, a principal ferramenta utilizada nas contratações do Governo Federal.

O Decreto nº 5.504/05 já prevê a compulsoriedade da utilização de pregão eletrônico para todas as Unidades Administrativas e entes privados que contratem com recursos provenientes da União através das transferências voluntárias. Note-se, entretanto, que está obrigatoriedade vincula apenas aqueles que estão subordinados ao Poder Executivo, tendo em vista que é da competência do Chefe do Executivo a promulgação de decretos (art. 84, IV da CF/88).

Conforme art. 2º §5º do Decreto nº 5.450/2005 (que regulamenta o pregão eletrônico, no âmbito da União): "A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação poderá ceder o uso do seu sistema eletrônico a órgão ou entidade dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante celebração de termo de adesão."

Quanto à necessidade de regulamentação da lei do pregão em âmbito municipal, temos que a Lei 10.520/2002 é autoaplicável quanto ao pregão presencial. Já o pregão eletrônico exige operacionalização pormenorizada, apesar de seus fundamentos se encontrarem na Lei nº 10.520/02. Neste sentido é a lição de Marçal Justen Filho (Pregão. 4ª ed. p. 13) e nos manifestamos nos pareceres 2184/2011, 0481/2012. Desta forma, é plenamente cabível a regulamentação jurídica, desde que não exceda os limites da legislação ordinária. A propósito, citamos o entendimento do Tribunal de Contas de Minas Gerais (Consulta 732.557):

"A Lei n. 10.520/02 poderá ser regulamentada no âmbito dos Municípios por meio de decreto, o qual estabelecerá procedimentos específicos e suplementará eventuais lacunas, mormente no que tange ao modo de operacionalização do pregão eletrônico, bem como adotar o rol de bens e serviços comuns existentes ou criar outro desde que condizentes com a aludida lei federal..."

Outrossim, o sistema de registro de preços encontra esteio no art. 15, II e § 3º, da Lei nº 8.666/1993. Na esfera federal, o assunto é tratado pelo Decreto nº 7.892/2013, que revogou os Decretos nº 3.931/2001 e Decreto nº

4.342/2002. O art. 3º do Decreto nº 7.892/2013 estabelece as hipóteses em que a Administração Pública Federal pode utilizar o SRP que ocorre quando: i) pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; ii) for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; iii) for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade; iv) quando pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Assim, durante o prazo de validade da ata de registro de preços, o particular tem o dever de fornecê-los dentro dos limites que estabelecidos.

Quanto à possibilidade de adesão à ata de registro de preços e seus pressupostos jurídicos no caso concreto, nos manifestamos no parecer IBAM 3327/19: "Adesão à ata de registro de preço. Possibilidades e Limites. Considerações", dentre outros. Em síntese, a adesão à ata de registro de preço apenas será possível se: i) existir norma local que autorize a prática; ii) a possibilidade de adesão à ata de registro de preço estiver expressamente prevista e regulada no edital; iii) as contratações, independentemente do número de vezes em que foi realizada a adesão, não excederem o limite de cem por cento dos quantitativos previstos no item convocatório; iv) a contratação for realizada no prazo legal de vigência da ata; v) a adesão deve ser vantajosa para o órgão público e atender ao interesse público.

Como não tivemos acesso às normas locais de regência da matéria, não podemos afirmar com certeza se todas essas exigências poderiam ser cumpridas.

Por fim, quanto à requisição administrativa prevista no decreto local, salientamos que o art. 22, III da CRFB atribui à União competência privativa para legislar sobre requisição civil e militar, motivo pelo qual a legislação sobre o instituto deve ser federal. De acordo com as lições de José dos Santos Carvalho Filho, o Decreto-Lei nº 4.812/42, com as subsequentes alterações introduzidas, além da Lei Delegada nº 4, de 26.09.62 (regulamentada pelo Decreto Federal nº 51.644-A/62 e Decreto-Lei nº 2/66 (intervenção no domínio econômico para bens e serviços necessários ao abastecimento da população) regem o poder de requisição civil e militar.



Portanto, tanto os órgãos do Executivo com autonomia, como a Câmara, poderão se valer de ato normativo secundário e de alternativas jurídicas válidas para dispor das suas aquisições neste período emergencial crítico, para que não se viole os preceitos do decreto ora publicado. Neste contexto, o decreto de emergência do município poderia autorizar a compra direta das contratações emergenciais com esteio art. 24, IV da Lei de Licitações e as contratações não emergenciais, que não forem postergadas, poderão ser objeto de pregão eletrônico, dentre outras alternativas ventiladas.

É o parecer, s.m.j.

Ana Carolina Couri de Carvalho
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 23 de março de 2020.

Parecer IBAM nº 0683/2020

PE – Poder Executivo.
Dispensa de licitação por
urgência. Regras legais.
Comentários.

CONSULTA:

Diz uma Prefeitura que foi decretada situação de emergência no Município, em anexo. Para formalizar as despesas que surgirão, indaga se pode fazer compras diretas das despesas (material de consumo ou serviço de terceiro) sem o devido processo de dispensa. Pode fazer uma justificativa no verso do documento de despesa, dizendo que aquele serviço ou produto foi aplicado de acordo com o decreto e a lei federal 13.979/2020? Pode fazer contratação de enfermeiros amparados nestes mesmos atos?

RESPOSTA:

A contratação de bens e serviços, sem licitação, nos casos de emergência, já consta da Lei nº 8.666/93:

"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".

Acerca da contratação emergencial, assim se posiciona Marçal Justen Filho:

"Todos os ramos do Direito contêm regras específicas a propósito de situações emergenciais. No Direito Público, é ainda maior a relevância do fenômeno. Trata-se de manifestação do instituto da 'necessidade'. Nele estão abrangidas todas essas situações de excepcionalidade, caracterizadas pela anormalidade. A necessidade (aí abrangida a emergência) retrata-se na existência de situação fática onde há potencial de dano caso sejam aplicadas as regras-padrão.

(...).

No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação a processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores." (In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 2001, pp. 238-9).

Já a Lei nº 13.979/2020, assim dispõe:

"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.

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." (NR)

Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se

tratar de bens e serviços comuns." (NR)

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterà: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - declaração do objeto; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

II - fundamentação simplificada da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

III - descrição resumida da solução apresentada; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

IV - requisitos da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

V - critérios de medição e pagamento; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

a) Portal de Compras do Governo Federal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

b) pesquisa publicada em mídia especializada; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

d) contratações similares de outros entes públicos; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VII - adequação orçamentária. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o

inciso VI do caput. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)".

O Município consulente baixou um abrangente e bem elaborado Decreto para enfrentar a crise do coronavírus, tratando do conjunto das questões, fazendo recomendações e estabelecendo regras para o funcionamento da Administração e, no caso da consulta, prevendo a possibilidade de realizar aquisições de bens e serviços sem licitação, obedecidas as normas federais, acima parcialmente transcritas.

Desse modo, o Município pode realizar aquisições de bens e serviços sem licitação, como prevê o Decreto Municipal, atendendo às regras impostas pela Lei, especialmente as do art. 4º-E, na medida do possível, não bastando uma justificativa no verso do documento de despesa, dizendo que aquele serviço ou produto foi adquirido de acordo com o Decreto e a Lei nº 13.979/2020. Nesse contexto, pode também contratar serviços de enfermagem, de pessoas físicas ou jurídicas. Cabe alertar que a

simplificação admitida legalmente não representa a entrega de carta branca para os administradores públicos, que podem vir a responder por eventuais afrontas às regras legais.

É o parecer, s.m.j.

Affonso de Aragão Peixoto Fortuna
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 24 de março de 2020.

Parecer IBAM nº 0686/2020

PE – Poder Executivo.
Obtenção de bens de
necessidade emergencial.
Considerações sobre a
requisição e a compra com
dispensa de licitação.

CONSULTA:

Indaga uma Prefeitura se caso a Administração Pública Municipal encontre dificuldades (tempo, dificuldade com cotações, prazos de entrega entre outros obstáculos) para realizar o procedimento de dispensa de licitação para a aquisição de bens de necessidade emergencial (EPs) para atender às unidades de saúde no combate ao coronavírus, o Ente Municipal pode utilizar o instituto da requisição administrativa? Qual é o procedimento que deve ser adotado pela Administração Pública para requisitar os bens citados no comércio local? Deve ser publicado decreto específico, no qual conste a relação de bens necessários?

Após a consumação da requisição, como deverá ser processada a justa indenização (pagamento)? É necessária a emissão de parecer jurídico previamente à consecução da requisição administrativa?

RESPOSTA:

A requisição administrativa é assim tratada na Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90:

"Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:(...)

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar

bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização".

Escora-se a intervenção, ainda, pelo disposto no Código Civil, que ao tratar da propriedade, dispõe no art. 1.228:

"§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente".

Como é de todo evidente, a requisição deve ser suficientemente fundamentada e deve garantir a justa indenização. Os procedimentos devem atender ao princípio da razoabilidade, como os que constam da Lei nº 13.979/2020, aplicável no caso da atual pandemia, que prevê:

"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.

(...)

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." (NR)

Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns." (NR)

(...)

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterà: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - declaração do objeto; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

II - fundamentação simplificada da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

III - descrição resumida da solução apresentada; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

IV - requisitos da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

V - critérios de medição e pagamento; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

a) Portal de Compras do Governo Federal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

b) pesquisa publicada em mídia especializada; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

d) contratações similares de outros entes públicos; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VII - adequação orçamentária. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)".

Alternativa menos drástica do que a requisição, o Município pode realizar compras de bens e serviços sem licitação, como prevê a Lei acima, atendendo às suas regras, sendo certo que a simplificação admitida legalmente não representa a entrega de carta branca aos administradores públicos, que podem vir a responder por eventuais afrontas às normas legais.

É o parecer, s.m.j.

Affonso de Aragão Peixoto Fortuna
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 24 de março de 2020.

Parecer IBAM nº 0690/2020

LI – Licitação. Atividades da Câmara Municipal. Pandemia do Novo coronavírus. Serviços terceirizados. Caso concreto e questionamentos.

CONSULTA:

A Câmara consulente, tendo em vista o Estado de Emergência decretado no Município, pelo prazo máximo de 180 dias, por meio do qual se permite adotar medidas para o fim de conter o avanço da pandemia de COVID-19 no âmbito da Administração Pública; considerando a necessidade de formalizar os procedimentos e regras para fins de prevenção à infecção do COVID-19 no âmbito do Poder Legislativo e, ao mesmo tempo, a necessidade de manter a prestação dos serviços, de modo a causar o mínimo de impacto à sociedade, resolvendo a Câmara pela realização do rodízio de servidores efetivos e comissionados, assim como, a redução de jornada e home office, formula uma série de indagações que, para melhor compreensão foram transcritos no corpo do parecer.

RESPOSTA:

O Poder Legislativo Municipal, representado pela Câmara Municipal dos Vereadores, é detentor do dever-poder de auto-organização. Conforme art. 51, IV, e art. 52, XIII, da CRFB/1988:

"Compete privativamente à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal: dispor sobre sua organização, funcionamento, política, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observando os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;"

Assim, a Câmara Municipal, no exercício de sua autonomia política, deverá pormenorizar no Regimento Interno as normas para seu

funcionamento, notadamente, sobre a realização das reuniões e sessões legislativas. Quanto ao princípio do paralelismo e às normas de reprodução obrigatória na Constituição Federal, nos reportamos ao AI no RE nº 505476/SP e ao Parecer IBAM nº 3138/2014, dentre outros.

Por sua vez, ao Executivo cabe precipuamente a função executiva, implementando políticas públicas e administrando a prestação de serviços públicos. Para tanto, também executa leis que são elaboradas pelo Legislativo e edita atos normativos, com base na Constituição Federal.

Note-se que o princípio da separação dos poderes ou funções estatais representa importante confirmação da necessidade de equilíbrio no exercício "dos poderes", como forma de evitar a concentração e abusos no seu exercício. Ensina José Joaquim Gomes Canotilho que "a divisão dos poderes/funções é um princípio estruturante, atuante em duas dimensões: a dimensão negativa- que manifesta-se no controle e limite do poder e a dimensão positiva- a justa e adequada ordenação das funções do Estado". (Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000).

Com efeito, no modelo de Civil Law adotado pelo nosso ordenamento jurídico, a noção de Direito está associada à produção de normas por representantes democraticamente eleitos, assegurada a legitimidade pela escolha dos representantes, conforme processo legislativo constitucionalmente vigente.

Portanto, todos os poderes devem estar subordinados ao Direito (neste sentido: Ritorno al Diritto, Paolo Grossi, Roma: Laterza, 2015). Não cabe ao Executivo, portanto, em hipótese alguma, obstaculizar o funcionamento do Poder Legislativo.

No caso em tela, como vem sendo amplamente noticiado, o novo coronavírus (Covid-19) vem se espalhando com muita facilidade por todo o mundo, inclusive no Brasil. Devido a isso, a Organização Mundial de Saúde, em 11/03/2020, decretou a pandemia desse novo coronavírus. Objetiva-se, com essa medida, emitir um alerta para que todos os países, sem exceção, adotem ações de modo a conter a disseminação do vírus e para cuidar dos pacientes adequadamente.

Por esta razão, a Câmara Federal, a partir de 23/03/2020, sequer terá reuniões presenciais e a votação será à distância, conforme comunicado institucional (<https://www.camara.leg.br/noticias/646031-plenario-analisa- hoje-projetos-sobre-coronavirus-e-tera-votacao-a-distancia-na-semana- que-vem/> : Acessado em 23/03/2020). A razão para esta medida é evitar que as pessoas circulem e possam transmitir o vírus, uma vez que podem nem saber que estão infectadas, já que o vírus demora em média cinco dias para se manifestar.

Nesta toada, a Câmara Municipal pode e deve adotar medidas drásticas para a contenção da disseminação do Covid-19 por suas dependências, mesmo porque trata-se de município localizado na região metropolitana de São Paulo, epicentro da pandemia no Brasil.

Nesse cenário, compete à Mesa Diretora estudar e avaliar alternativas que permitam a manutenção dos trabalhos legislativos neste momento delicado de enfrentamento da pandemia em que todos os esforços são demandados pelo Executivo e Legislativo de todas as esferas de governo e da sociedade como um todo. A propósito, cumpre registrar que os decretos na área da Saúde editados pelo Governo Federal, pelo Governo do Estado de São Paulo e até mesmo eventualmente pelo Poder Executivo local, não têm o condão de determinar o fechamento do Poder Legislativo. Tal providência é de todo repudiada por nosso sistema constitucional, uma vez que não é admitida nem mesmo nas situações de estado de defesa ou estado de sítio.

Assim, podem e devem ser adotadas tantas medidas quantas forem necessárias para prevenção e contenção do vírus sem prejuízo aos trabalhos do Legislativo, que deve ser assegurado. Dentre as diversas ações possíveis de serem adotadas diante do atual quadro de emergência na saúde, pode a Câmara Municipal estabelecer a redução de jornada de seus servidores ou regime de Home Office para alguns ou mesmo para todos os servidores efetivos e comissionados, assim como determinar a abertura das dependências da Câmara em determinados dias ou mesmo o fechamento total, caso se demonstre necessário.

O que deve ser garantido, por sua relevância e fundamental importância para o próprio enfrentamento da crise, é o regular funcionamento das reuniões ordinárias e extraordinárias, podendo ser editado um ato para estabelecer os procedimentos a serem adotados para garantir o funcionamento virtual do Legislativo neste período.

Nesse sentido, ainda que a Câmara consulente não disponha dos mesmos recursos tecnológicos da Câmara Federal, podem ser adotados outros meios para possibilitar a realização de reuniões e votações à distância dado o menor número de parlamentares.

Com efeito, nada impede que as reuniões sejam realizadas de forma virtual, até mesmo por meio de smartphones, por meio de um dos inúmeros aplicativos de videoconferência disponíveis no mercado, gratuitos ou não, que contam com inúmeros recursos que vão desde chats, troca de arquivos até a gravação em nuvem e transmissão em tempo real para o público em geral. Assim, não necessita a Câmara Municipal de utilizar um aplicativo para registro dos votos como o fez a Câmara Federal, podendo, no caso, dado o menor quantitativo de parlamentares, contabilizar os votos virtuais verbalmente tal como geralmente ocorre nas reuniões presenciais da maioria das Câmaras Municipais.

Nesse cenário, compete à Mesa Diretora estudar e avaliar alternativas que permitam a realização de reuniões de forma virtual e editar um Ato estabelecendo os procedimentos a serem adotados para garantir o funcionamento virtual do Legislativo neste período em que todos os esforços são demandados para conter a epidemia, mormente do Poder Público e da sociedade como um todo.

Feito esse intróito, passamos ao enfrentamento das questões nos termos em que formuladas:

1- No que se refere aos serviços terceirizados contratados pela Câmara, como vigilância, limpeza e outros, é possível estender a eles a realização de rodízio e eventual jornada de trabalho reduzida?

Deve ser avaliado, a luz das medidas adotadas se efetivamente ainda persiste a necessidade destes serviços, na medida que a contratação e manutenção dos contratos exige interesse público que lhes dê suporte. Nesse sentido, podem ser adotadas várias medidas que vão desde a supressão de parcela do objeto contratado e respectivo valor (art. 65 e 78, XIII da Lei nº 8.666/93 ou até mesmo a suspensão total do serviço por prazo de até 120 dias (art. 78, XIV, da Lei nº 8.666/93). O que não é dado à Câmara é determinar a redução da jornada de trabalho e realização de rodízio entre os empregados da empresa contratada, visto que não há relação de subordinação entre estes e a Câmara. Ainda que a Câmara suprima parte

do objeto (por exemplo, determinando que a atividade de limpeza das dependências da Câmara ao invés de serem diárias passarão a ser em dias intercalados) não poderá estabelecer sistema de rodízio ou de redução de carga horária, podendo o empregador, no caso, a empresa contratada, realocar estes mesmos empregados para atender outros contratos que possuir, como por exemplo, a limpeza e vigilância de unidades de saúde que certamente precisarão se intensificar neste período.

2- Sendo afirmativa a resposta, é possível que a Câmara mantenha o contrato com as terceirizadas nos termos originalmente contratados?

Difícilmente poderá ser justificada a continuidade do contrato em todos os termos originalmente ajustados, visto que diante da redução parcial ou até mesmo total dos trabalhos presenciais no prédio da Câmara, certamente o objeto de um ou mais destes contratos, à exceção da segurança, deverão ser suprimidos ou mesmo ter a sua execução suspensa.

3- Ocorrendo a paralisação do transporte público, de quem é o ônus de garantir que os funcionários terceirizados, que prestam serviços à Edilidade, sejam transportados diariamente? Se a responsabilidade for da contratada, ela poderá exigir reajustes do preço contratual? Como equalizar tal situação de forma eficiente (Considerar que o transporte já está contemplado na planilha de custos)? e; 4- Se a responsabilidade pelo transporte for da Câmara, é lícita a contratação de um serviço dessa natureza? Deverá haver uma compensação no preço em razão do transporte já estar contemplado na planilha de custos?

A responsabilidade pela alocação da mão de obra é do contratado, não cabendo a Câmara disponibilizar transporte para os empregados da contratada. Eventual aumento de custos com transporte, caso se decida pela manutenção parcial das atividades presenciais no recinto da Câmara, se resolverá pelas vias normais após a devida comprovação de que a medida efetivamente impactou no equilíbrio econômico financeiro do contrato.

A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato encontra abrigo no art. 37, XXI da Constituição Federal. Quanto à supressão de objeto contratual, bem como quanto aos fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis / caso fortuito/ força maior/



fato do príncipe, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado recomendamos a leitura dos pareceres IBAM 0350/2015, 2286/2018, 0036/2017 E 2240/2017, dentre outros.

É o parecer, s.m.j.

Ana Carolina Couri de Carvalho
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 25 de março de 2020.

Parecer IBAM nº 0737/2020

PE – Poder Executivo.
Desvinculação de recursos do FUNREBOM. Decretação do estado de calamidade pública pelo Município. Dispensa de licitação. Enfrentamento do Covid-19. Considerações.

CONSULTA:

A Consulente, Prefeitura, solicita-nos parecer jurídico acerca do seguinte:

Até o exercício de 2018 o Município Mantinha o FUNREBOM - Fundo de Reequipamento do Corpo de Bombeiros com recursos provenientes da arrecadação da taxa de FUNREBOM junto com a cobrança do IPTU. Em 2019 o referido fundo foi extinto, porem o mesmo tinha saldos bancários na conta vinculada bem como esta conta ainda vêm recebendo alguns créditos face a cobrança de dívida ativa e executivos fiscais.

Tendo em vista o atual cenário com a COVID-19, poderá o Município se utilizar destes recursos para o enfrentamento do CORONAVÍRUS, uma vez que quando da extinção do fundo a utilização do saldo ficou omissa? Caso possível a sua utilização esta dependerá de Lei específica, ou basta a caracterização/ formalização do estado de emergência/calamidade pública?

Ainda, para decretação do estado de calamidade pública, há necessidade como requisito a oficialização pelos órgãos oficiais de casos confirmados de covid-19 no território do município? e, após o seu reconhecimento pela Assembléia Estadual, é necessário existir um pregão eletrônico (com prazo de abertura de 4 dias) frustrado para proceder com os processos de dispensa de licitação, como orienta o TCE/PR?

RESPOSTA:

Inicialmente, no tocante a arrecadação da taxa de FUNREBOM, cumpre esclarecer que o STF, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE nº 643.247), assentou tese no sentido de que:

A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim. (STF. RE nº 643.247. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicação: DJE nº 171, divulgado em 03/08/2017). (cf. Parecer IBAM nº 2705/2017, grifo nosso)

Logo, ao Município não cabe instituir exação fiscal ou destinar parte de seu orçamento para cobrir a manutenção do Corpo de Bombeiros Estadual, seja por que forma, instrumento ou alternativa for. Sobre o tema, nos manifestamos em diversos precedentes:

Corpo de bombeiros militares. Atribuições. Possibilidade de convênio do Estado com o Município, referente a atividades do corpo de bombeiros voluntários do Município. Impossibilidade de estabelecimento de taxa pelo Município e destinação dos valores apurados para a corporação estadual. (...) O Poder Público local pode colaborar com os corpos de bombeiros e com as polícias civil e militar, como, por exemplo, na cessão de bens e equipamentos, sob convênio, mas não pode assumir a obrigação de manter essas corporações, mesmo em parte, nem de fornecer materiais de uso contínuo, assim como não pode criar a taxa e o fundo a que se referem o convênio analisado. (Pareceres IBAM nºs 1685/2017 e 2705/2017)

Pois bem. Uma vez extinto, a destinação dos recursos do referido Fundo deveria ter sido indicada pela lei de extinção, havendo omissão, como apontado na consulta, a desvinculação dos recursos do FUNREBOM para o enfrentamento da situação de calamidade trazida pela pandemia do coronavírus (COVID-19) deverá ser feita através de lei específica.

No que se refere à necessidade de confirmação de Covid-19 no Município para só então se declarar estado de calamidade, fato é que desde

o dia 20/03/2020, pela Portaria nº 454 do Ministério da Saúde, foi declarado, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do novo coronavírus (Covid-19), ou seja, não é mais possível identificar a origem da contaminação de uma pessoa. Aliado a isso temos o fato de muitas pessoas serem assintomáticas e o número de testes para confirmação da doença ser insuficiente, razão pela qual o juízo acerca do estado da calamidade, neste caso, deve levar em conta outros elementos que não só a confirmação de pessoas infectadas no território municipal, como, por exemplo, a evolução da pandemia no respectivo Estado e nos municípios circunvizinhos, os aspectos sociais e demográficos da localidade, bem como os efeitos de medidas restritivas impostas por outros entes na economia local.

Vale destacar que neste mesmo dia 20/03/2020 o Senado Federal aprovou decreto legislativo que reconhece o estado de calamidade pública a nível federal, mas assim o fez "exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000". Em âmbito local, para fins do art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, é preciso que o estado de calamidade seja reconhecido pela Assembleia Legislativa do Estado membro correspectivo.

Importante destacar, ainda, que não é a decretação de estado de calamidade pública a nível local que autoriza a adoção das medidas preconizadas no artigo 3º da Lei 13.979/2020 para enfrentamento da pandemia do coronavírus pelos municípios, tais como isolamento, quarentena, dentre outras, dado que a lei exige que somente sejam determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde. Devem, ainda, ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública, tal como estabelece o §1º do art. 3º da referida lei.

Em relação ao último ponto da consulta, apesar de o pregão eletrônico ser a preferência por privilegiar a ampla competitividade, a redução de custos aos participantes, a impessoalidade, a transparência e a segurança dos certames, sobretudo no atual momento de isolamento social por ocasião da pandemia, este não é pré-requisito para proceder à dispensa de licitação.

De todo modo, a Lei nº 13.979/2020 (sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do Covid-19) estabelece no art. 4º-G que, "nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e

insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade".

Há flexibilidade também na dispensa de licitação (art. 4º, §§§1º, 2º, 3 da Lei 13.979/2020) para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento do coronavírus.

Ora, em se tratando de dispensa de licitação por emergência para contratação de bens e serviços para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do Covid-19 o que permite, senão determina a lei, é que o procedimento seja simplificado e o mais célere possível a fim de atender a situação de emergência. Assim, em se tratando de aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da pandemia não se faz necessária a decretação de emergência ou de calamidade pública pelo município, visto que nos termos em que estabelece o art. 4-B da Lei 13.979/2020, incluído pela Medida Provisória 926/2020, a situação de emergência, nestes casos, é presumida.

Por fim, lembramos que o IBAM elaborou e disponibilizou para *download* a Nota Explicativa "Coronavírus: Orientações para enfrentamento da pandemia pelos municípios", disponível em: <http://www.ibam.org.br/noticia/699> (última atualização em 26/03/2020).

Ante o exposto, concluímos a presente consulta na forma das razões exaradas.

É o parecer, s.m.j.

Fabienne Oberlaender Gonini Novais
Assessora Jurídica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 02 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0738/2020

CC – Convênios / Contratos.
Contratação de empresa privada para gestão, operacionalização e execução de serviços de saúde para enfrentamento da epidemia causada pelo novo coronavírus.
Considerações.

CONSULTA:

Indaga-se sobre a possibilidade de contratação de empresas privadas para gestão, operacionalização e execução de serviços de saúde, voltados para o enfrentamento da epidemia causada pelo novo coronavírus em unidades de saúde municipal e hospital de campanha, incluindo o fornecimento de mão de obra de profissionais de várias áreas como médicos, técnicos de enfermagem, auxiliar de enfermagem, pessoal de apoio técnico, psicólogos entre outros, dispensado o procedimento licitatório com amparo no artigo 4º da Lei Federal nº 13.979/2020.

RESPOSTA:

A Lei Federal nº 13.979/2020, que dispõe sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde causada pelo novo coronavírus, prevê hipótese nova e excepcional de dispensa de licitação para contratações temporárias que visem a atender a situação de emergência em seus artigos 4º a 4º-F.

Determina o artigo 4º, *caput* e parágrafos, do referido diploma legal 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.

(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.

§ 2º 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.

De acordo com esse dispositivo legal, é possível a celebração de contratos para fornecimento de bens e serviços que visem atender à situação de emergência em unidades de saúde e em hospital de campanha.

Cabe ressaltar, contudo, que o serviço de saúde é serviço essencial que deve ser prestado pela Administração Pública e não por particulares. Ou seja, podem ser contratadas empresas privadas para prestação de serviços específicos, mas não para a gestão e prestação completa do serviço de saúde.

Assim diz a Constituição da República:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (...)

Art. 199

(...)

§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste,

mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Em acréscimo, reza a Lei 8.080/90, que dispõe sobre a organização do SUS:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde - SUS poderá recorrer aos serviços oferecidos pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao comentar a regra constitucional que permite às instituições privadas participarem "de forma complementar" do SUS, entende que a norma

(...) afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o particular assumira a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, consultas, etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não a sua gestão operacional. (in *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas*, SP: Atlas, 1996, p. 109).

A necessidade de que o serviço de saúde seja prestado

diretamente pela Administração Pública e a obrigatoriedade de que a participação de serviços privados seja complementar não foram afastadas pela emergência de saúde causada pelo novo coronavírus ou pela Lei Federal nº 13.979/2020.

Cabe ressaltar também que a contratação deve ser de serviços, sendo descabida a contratação exclusiva de fornecimento de pessoal. Pessoal fornecido por empresas privadas, com efeito, não pode substituir servidores públicos e assumir atribuições típicas de servidores públicos, sob pena de violação ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público.

Caso o Município necessite contratar profissionais para atender à emergência de saúde pública, deve ser realizada a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade de interesse público, na forma do artigo 37, IX, da Constituição da República.

O artigo 37, XI, da Constituição da República dispõe que: "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público."

A contratação de pessoal por tempo determinado, portanto, só é possível se existir lei que regule a matéria como determina a Constituição.

Tendo em vista que compete aos Municípios, por sua autonomia político administrativa garantida pelos artigos 1º, 18, 29 e 30 da Constituição da República, dispor sobre seu regime de pessoal, essa lei deve ser local.

Assim, se houver ou for editada lei sobre o tema, a contratação temporária de pessoal para atender à emergência de saúde poderá ser feita nos termos do diploma legal municipal.

Por todo o exposto, concluímos que a contratação de empresa privada para prestação de serviços em unidades de saúde e hospital de campanha para atender à emergência de saúde causada pelo novo coronavírus pode ser direta com dispensa de licitação, na forma dos artigos 4º a 4º-F da Lei Federal nº 13.979/2020, desde que a contratação não implique a transferência do serviço como um todo para a empresa



privada, já que saúde é serviço essencial que deve ser diretamente prestado pela Administração Pública, e que a contratação não se resume ao fornecimento de mão de obra.

É o parecer, s.m.j.

Júlia Alexim Nunes da Silva
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 02 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0749/2020

CC – Convênios / Contratos.
Serviço de limpeza pública.
Demora na conclusão de
procedimento licitatório regular.
Contratação emergencial.
Prorrogação do contrato
emergencial. Inaplicabilidade da
Lei Federal nº 13.979/2020.
Considerações.

CONSULTA:

Relata o consulente que a Prefeitura Municipal instaurou procedimento licitatório na modalidade concorrência para contratação de empresa especializada para prestação de serviços de limpeza pública.

Esclarece ainda que, pelo grande porte e pelas especificidades técnicas e financeiras do objeto licitado e por inúmeras ocorrências externas supervenientes e imprevisíveis envolvendo os potenciais licitantes, ocorreu inesperado atraso na finalização da fase interna do certame, o que justificou a necessidade temporária da contratação emergencial, pelo prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, com base na autorização da dispensa licitatório prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/1993 c/c artigo 22, § 1º da LINDB.

Atualmente, a licitação se encontra na fase de análise dos documentos de habilitação das 14 (quatorze) empresas que participaram do certame. O prazo de 180 (cento e oitenta) dias do primeiro contrato emergencial, contudo, não foi suficiente para conclusão da licitação. Foi então realizada nova contratação emergencial agora por prazo de 60 (sessenta) dias.

Ocorre que, em virtude da superveniência de declaração de Calamidade Pública Estadual e Municipal em decorrência da pandemia causada pelo novo coronavírus, este prazo de 60 (sessenta) dias não será

suficiente para finalização do certame licitatório.

Diante destes fatos, indaga-se: sendo o serviço de limpeza pública serviço essencial, é possível prorrogar o novo contrato emergencial inicialmente firmado por 60 (sessenta) dias, por igual e sucessivo período de mais 60 (sessenta) dias com base no artigo 24, IV, da Lei Federal nº 8.666/1993 e artigo 4º, H, da Lei Federal nº 13.979/2020, ou deverá ser feito um novo contrato emergencial com base na nova hipótese de dispensa licitatória do artigo 4º da Lei Federal nº 13.979/2020?

RESPOSTA:

Inicialmente, cabe ressaltar que a regra vigente em nosso ordenamento jurídico é a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório.

As hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação são apenas aquelas elencadas expressamente em lei. A interpretação e aplicação desses dispositivos legais devem ser restritas, evitando-se, assim, a ampliação indevida pelo intérprete ou operador do Direito, das situações que permitem a celebração de contratos públicos sem o regular e prévio procedimento licitatório.

A Lei Federal nº 13.979/2020 prevê hipótese nova de dispensa de licitação para atendimento às situações excepcionais causadas pela emergência de saúde causada pelo novo coronavírus. Determinam os artigos 4º a 4º-B do referido diploma legal 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.

§ 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.

§ 2º 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.

§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.

Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o caput do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido.

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.

Embora ainda não saibamos como os órgãos de controle irão interpretar esta norma recente e excepcional, entendemos que a norma é aplicável exclusivamente à contratação de bens e serviços voltados especificamente para atender a emergência de saúde e sanar necessidades de contratação que tenham surgido em razão da mencionada emergência de saúde.

De acordo com a consulta, o serviço que se pretende contratar é serviço de limpeza pública que o Município contrata regularmente. A consulta relata ainda que procedimento licitatório para contratação do serviço está

em curso e que sua conclusão sofreu inúmeros atrasos por motivos não relacionados com a Covid-19. A demora na conclusão do procedimento licitatório, ademais, já ensejou a celebração de dois contratos emergenciais. Diante desses fatos, verificamos que a necessidade da contratação já existe há algum tempo e que a situação de emergência não guarda relação com a pandemia provocada pelo novo coronavírus.

Essa contratação, portanto, não se enquadra na norma especial contida na Lei Federal nº 13.979/2020. Por esse mesmo motivo, o contrato não pode ser prorrogado com fundamento no artigo 4º-H da Lei Federal nº 13.979/2020, que também não se aplica a este caso concreto.

Para as contratações emergenciais necessárias por outros motivos que não a emergência de saúde decorrente da pandemia de Covid-19, deve ser aplicada a norma que rege as contratações emergenciais em geral, que é o artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93.

O artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93 determina que as contratações emergenciais podem durar até 180 dias. Cabe ao gestor público estabelecer o prazo do contrato emergencial, dentro do limite de 180 dias, avaliando quanto tempo será necessário para a solução da situação de emergência.

Nesse caso concreto, primeira contratação emergencial perdurou por 180 (cento e oitenta) dias. Nova contratação emergencial foi celebrada por mais 60 (sessenta) dias. Ainda assim, não foi possível concluir regular procedimento licitatório e regularizar a contratação do serviço, indicando que o prazo da segunda contratação emergencial pode ter sido dimensionado a menor.

A possibilidade de prorrogação de contratos emergenciais celebrados inicialmente por prazo inferior a 180 dias é matéria controversa. Esse Instituto vem entendendo que as prorrogações de contratações emergenciais são vedadas pelo artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93, mesmo quando o contrato foi celebrado por período menor do que 180 dias. Sendo assim, é inviável a prorrogação do contrato emergencial, sendo necessária a realização de nova contratação emergencial, caso a situação de emergência persista.

Nesse sentido, afirmou-se no Parecer do IBAM nº 3414/2017 que:

Em síntese, a utilização do inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993 como fundamento da contratação direta, as obras e/ou serviços contratados devem estar adstritos aos itens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e que possam ser concluídos 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. (Acórdão nº 2190/2011 - Plenário TCU). Assim, ainda que o contrato tenha sido firmado por 90 dias, não pode ser prorrogado por mais 90.

(...) esclarecemos que os contratos emergenciais, com base no artigo 24, IV da Lei nº 8.666/93 não podem ser prorrogados, sendo necessária a realização de nova contratação por emergência caso essa persista.

Na mesma linha, consignou-se no Parecer nº 0961/2009 do IBAM que:

Ante o exposto e respondendo, objetivamente a questão submetida a exame, esclarecemos que a prorrogação de contrato emergencial não se afigura possível, eis que não encontra abrigo na legislação de regência. Solução que se impõe é realizar nova contratação emergencial acaso restar indubiosamente caracterizada e justificada, em procedimento administrativo próprio, a ocorrência de urgência de atendimento à situação potencialmente danosa a pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos e particulares, nos exatos termos em que dispõe o inciso IV, do artigo 24, da Lei nº 8.666/93, observadas as demais considerações exaradas no presente pronunciamento.

Por fim, cabe ressaltar que os contratos emergenciais são medidas excepcionais que deveriam, em princípio, ser adotada para solucionar situações excepcionais que não precisem se estender por mais de 180 dias, dado que a regra em nosso ordenamento jurídico é a obrigatoriedade da licitação.

A celebração de diversos contratos emergenciais e a demora na conclusão de procedimentos licitatório regular, portanto, podem ser questionadas por órgãos de controle e até mesmo ensejar a

responsabilização dos agentes públicos que possam ter dado causa à demora na conclusão da licitação para contratação do serviço de limpeza pública, contribuindo para a situação de emergência.

Deve o gestor público então direcionar todos os seus esforços para a conclusão, o mais rápido possível, da licitação do serviço em curso e para regularização da contratação do serviço.

Por todo o exposto, concluímos que, neste caso concreto, a situação de emergência perdura no tempo e a necessidade de contratação não se destina ao enfrentamento da emergência de saúde, de modo que não pode ser realizada contratação direta com dispensa de licitação para prestação do serviço de limpeza pública no Município com fundamento no artigo 4º da Lei Federal nº 13.979/2020. É igualmente vedada a prorrogação do contrato emergencial celebrado pelo prazo de 60 (sessenta) dias. Uma vez que a situação de emergência persiste, deve ser realizada nova contratação emergencial pelo tempo necessário para a solução da situação de emergência, respeitado o prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias) previsto no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93. Deve, por fim, o gestor público cuidar para que seja concluído o quanto antes o procedimento licitatório em curso e, regularizada a contratação do serviço de limpeza pública municipal.

É o parecer, s.m.j.

Júlia Alexim Nunes da Silva
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 03 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0766/2020

LI – Licitação. Aquisição de cestas básicas. Covid-19. ESPIN. Dispensa de licitação. Lei Federal nº 13.979/20. Considerações.

CONSULTA:

A Consulente, Prefeitura, solicita-nos parecer jurídico acerca do seguinte:

Em decorrência da pandemia mundial de coronavírus foi editada a Lei Federal nº 13.979/20, a referida lei dispensa a licitação para aquisição de insumos para enfrentamento ao coronavírus.

Pergunta, o Município pode comprar cestas básicas por dispensa para distribuição para famílias de baixa renda em decorrência do isolamento social determinado pelo Governo Estadual e Municipal?

RESPOSTA:

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, no dia 30 de janeiro de 2020, que o surto viral causado pelo novo coronavírus (Covid-19) constitui emergência de saúde pública internacional. Na mesma data, foi promulgado em nosso país, pelo Decreto nº 10.212/2020, o Regulamento Sanitário Internacional aprovado pela OMS em 2005, recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 395/2009, que definiu Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPIN) como o evento extraordinário que constitui risco para a saúde pública de outros Estados devido à propagação internacional de doença, e que exige resposta internacional coordenada.

Nesta esteira, em 3 de fevereiro o Ministério da Saúde criou o

Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) por meio da Portaria MS nº 188/2020, mecanismo nacional de atuação coordenada da resposta à emergência e unidade federal responsável pela articulação com os gestores estaduais e municipais no dia 16 de março de 2020, foi criado pelo Decreto nº 10.277/2020 o Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid-19, e, no dia 24 de março de 2020, no âmbito do referido Comitê, foi criado mais um Centro de Coordenação de Operações pelo Decreto nº 10.289/2020, unidades administrativas corresponsáveis pela articulação da ação governamental para enfrentamento da pandemia.

À vista disso, imposta está a tarefa de prestar serviços de atendimento à saúde da população atribuída aos Municípios pela Constituição Federal (art. 30, VII, da CF).

Assim, em relação à proteção à saúde e à vigilância sanitária, o Município deve observar a sua competência administrativa exarada na Lei nº 8.080/1990 e atuar em consonância com o Estado-membro e a União, conforme as diretrizes dos arts. 196 e ss. da Constituição, notadamente seus arts. 6º, § 1º e os arts. 15 a 18.

Nesse passo, é de se observar que a ação interfederativa da União, Estados e Municípios deve ter em vista o disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispôs a respeito das medidas para enfrentamento do coronavírus, dentre as quais as medidas de quarentena e isolamento (art. 3º, I e II) definidas em seu art. 2º que, nos termos do §7º do art. 3º, são de competência do Ministério da Saúde e dos próprios gestores locais.

Deste modo, considerando o atual momento de exceção provocado pela pandemia do novo coronavírus (Covid-19), os Municípios brasileiros, atendendo ao exposto acima, vêm adotando, como medida de contenção da transmissão comunitária do vírus, o distanciamento social (por quarentena ou isolamento) como o "remédio" mais eficaz para o achatamento da curva ascendente de contágio, que se não for controlada levará ao colapso do já sobrecarregado sistema de saúde, especialmente porque os pacientes mais graves necessitam de respiradores, os quais não são amplamente oferecidos nas unidades de saúde tanto pública, como privada.

Contudo, o distanciamento social, como todo remédio, apresenta efeitos colaterais, pois com a redução da circulação de pessoas e a paralisação de vários serviços, traz como consequências demissões em

massa de muitos trabalhadores e retração da economia pela diminuição da circulação do dinheiro, sentida especialmente por aqueles que vivem do trabalho informal.

Assim, diante deste difícil cenário, é possível que o Município compre cestas básicas por dispensa e licitação, com fundamento na Lei nº 13.979/2020, para distribuição para famílias de baixa renda em decorrência do isolamento social determinado pelo Governo Estadual e Municipal, uma vez que, além de alimentos, estas cestas deverão incluir itens indispensáveis o material de higienização básico das mãos como sabão e/ou álcool em gel 70%, já que restou comprovado cientificamente que a capa lipídica, que protege o vírus, é removida por esses itens, evitando, assim, a sua transmissão (Conferir: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33852/271858/nota%20t%C3%A9cnica04-2020GVIMs-GGtes-anVisa/ab598660-3de4-4f14-8e6f-b9341c196b28>. Acesso em 03/04/2020).

A respeito, a Secretaria de Gestão do Ministério da Economia disponibilizou no Comprasnet, informações, dicas e modelos para tratar de compras e contratos públicos nesse momento de incertezas pandêmicas. O material pode ser acessado no seguinte endereço: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/gestorpublico/1271-orientacoes-emodelos-em-logistica-publica-no-combate-ao-covid-19>.

Esclarecemos, ainda, que, esse tipo de programa social, contudo, poderia esbarrar em vedação eleitoral, uma vez que o calendário das eleições municipais de 2020 ainda está sendo mantido pelo TSE.

Sobre este aspecto, segundo a Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97) são vedadas condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais.

Neste toar, vejamos o teor do § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997:

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. (grifos nossos)

Ao interpretar a vedação em comento, o Tribunal Superior Eleitoral assim se pronunciou.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AIME. ART. 73, § 10, DA LEI Nº 9.504/97. PROGRAMA SOCIAL. CESTAS BÁSICAS. AUTORIZAÇÃO EM LEI E EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA NO EXERCÍCIO ANTERIOR. AUMENTO DO BENEFÍCIO. CONDOTA VEDADA NÃO CONFIGURADA. 1. A continuação de programa social instituído e executado no ano anterior ao eleitoral não constitui conduta vedada, de acordo com a ressalva prevista no art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97. 2. Consta do acórdão recorrido que o "Programa de Reforço Alimentar à Família Carente" foi instituído e implementado no Município de Santa Cecília/SC em 2007, por meio da Lei Municipal nº 1.446, de 15 de março de 2007, de acordo com previsão em lei orçamentária de 2006. Em 19 de dezembro de 2007, a Lei Municipal nº 1.487 ampliou o referido programa social, aumentando o número de cestas básicas distribuídas de 500 (quinhentas) para 761 (setecentas e sessenta e uma). 3. No caso, a distribuição de cestas básicas em 2008 representou apenas a continuidade de política pública que já vinha sendo executada pelo município desde 2007. Além disso, o incremento do benefício (de 500 para 761 cestas básicas) não foi abusivo, razão pela qual não houve ofensa à norma do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97. 4. Agravo regimental desprovido. (Recurso Especial Eleitoral nº 999874789, Acórdão, Relator(a) Min. Aldir Passarinho Junior, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 55, Data 22/03/2011, Página 43. Confirmado no Recurso Especial Eleitoral nº 15297, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 07/10/2016, Página 61-62) (grifos nossos)

Conforme se observa dos julgados acima, não é qualquer dos atos citados na Lei que implica em descumprimento da regra eleitoral. Há que influenciar na disputa, a teor do disposto no *caput* do art. 73 da Lei das

Eleições. Em outras palavras, a conduta vedada deve ser de tal intensidade que possa comprometer a isonomia de chances entre os candidatos.

Os atos e ações do Poder Público, incapazes de desequilibrar a disputa eleitoral ou de influenciarem no resultado das eleições, não devem sofrer limitação, pois o bem jurídico protegido encontra-se salvaguardado. O Direito Eleitoral não possui o condão de impor injustificadas barreiras às atividades normalmente desenvolvidas pela Administração Pública, salvo aquelas inseridas na própria Constituição da República (art. 14, § 9º), sob pena de afrontar outros princípios constitucionais.

O que se quer dizer é que a Lei eleitoral não pretende impedir o funcionamento normal e rotineiro da Administração. Entretanto, programas novos, a concessão de favores não utilizados e quaisquer outras medidas que possam ter conotação eleitoral ou possam ser utilizadas para beneficiar candidatos, encontram-se vedados.

Assim se pronunciou o Ministro Caputo Bastos a respeito da necessidade de cautela na aplicação das condutas vedadas:

Conforme venho defendendo nesta Corte Superior, afirmo que a intervenção da Justiça Eleitoral há que se fazer com o devido cuidado no que concerne ao tema das condutas vedadas, a fim de não se impor, sem prudencial critério, severas restrições ao administrador público no exercício de suas funções. (TSE, Acórdão nº 24.989, rel. Min. Caputo Bastos, julgado em 31/05/2005)

Como se pode observar, o aumento dos valores repassados ou a realização de subvenções outras - que visam suplementar a ação do Poder Público nas áreas da assistência social, da saúde e da educação - só podem se submeter às proibições da legislação eleitoral se forem capazes de afetar a disputa entre candidatos. Devem, assim, ser apreciadas caso a caso.

O mesmo Tribunal decidiu, contudo:

(...). 3. Quanto à aventada violação ao art. 73, IV, da Lei nº 9.504/97, reconsidero a decisão monocrática apenas para conhecer do recurso especial no ponto. Contudo, para afastar, no caso concreto, a conclusão do e. Tribunal a quo no que se refere à

configuração da conduta vedada prevista no art. 73, IV, da Lei nº 9.504/97, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que encontra óbice nas Súmulas nos 7/STJ e 279/STF. Na espécie, o Regional verificou a "exata subsunção" (fl. 303) do fato à norma. Isso significa que, na ótica do e. TRE/PI, houve o uso promocional do programa social de distribuição gratuita de carteiras de motoristas em favor do Governador, candidato à reeleição. A partir da moldura fática do v. acórdão recorrido não há elementos suficientes para se chegar à conclusão diversa, sem que se esbarre no óbice da Súmula nº 7/STJ e Súmula nº 279/STF. 4. Desde o pleito de 2006, o comando do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97, introduzido pela Lei nº 11.300/2006, proíbe a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública, no ano em que se realizar eleição. Uma das exceções é o caso de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. Na hipótese dos autos, o programa social, embora autorizado em lei, não estava em execução orçamentária desde ano anterior (2005). A suspensão de sua execução deveria ser imediata, a partir da introdução do mencionado § 10 da Lei nº 9.504/97, o que não ocorreu na espécie. Precedente: RCED nº 698/TO, de minha relatoria, DJe de 12.8.2009. (...). (TSE - Recurso Especial Eleitoral nº 28.433, de 15.10.2009, Rel. Min. Felix Fischer) (grifos nossos)

De qualquer modo, a conduta vedada é aquela passível de interferir na disputa eleitoral. A respeito:

Recurso Especial. Conduta vedada (art. 73, IV, da Lei n.º 9.504/97). Não-caracterizada. Reexame. Impossibilidade. Verbetes n.ºs 279 e 7 das Súmulas do STF e STJ, respectivamente. Divergência jurisprudencial que não se evidencia. Para a configuração do inc. IV do art. 73 da Lei n.º 9.504/97, a conduta deve corresponder ao tipo definido previamente. O elemento é fazer ou permitir uso promocional de distribuição gratuita de bens e serviços para o candidato, quer dizer, é necessário que se utilize o programa social - bens ou serviços - para dele fazer promoção. Agravo Regimental conhecido, mas desprovido. (TSE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25.130, de 18.8.2005, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira)

Desta feita, em princípio, o programa de assistência social de distribuição de cestas básicas para pessoas carentes a princípio não será

alcançado pela proibição do §10, art. 73 da Lei Eleitoral, mesmo porque estamos atravessando uma situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional em que todos os esforços devem estar concentrados para o combate da epidemia do coronavírus e seus efeitos diretos e indiretos, todavia, é de todo recomendável que se dê ciência ao Ministério Público para fins de acompanhamento de sua execução orçamentária e financeira (parte final do § 10 do art. 73 da Lei Eleitoral).

De qualquer sorte, cabe dizer que a lei ou sua interpretação pelos tribunais não protege os que buscam violar os seus preceitos ou utilizar as decisões a favor de condutas contrárias à legalidade ou à moralidade. Nesse sentido, todo ato é passível de apreciação judicial, recebendo a decisão cabível em face das circunstâncias específicas em que foi praticado.

Por fim, lembramos que o IBAM elaborou e disponibilizou para *download* a Nota Explicativa "Coronavírus: Orientações para enfrentamento da pandemia pelos municípios", disponível em: <http://www.ibam.org.br/noticia/699> (última atualização em 26/03/2020).

É o parecer, s.m.j.

Fabienne Oberlaender Gonini Novais
Assessora Jurídica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 07 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0777/2020

CC – Convênios / Contratos.
Covid-19. Prorrogação
excepcional de contratos com
fulcro no artigo 57,
§4º, da Lei nº 8.666/93.
Considerações.

CONSULTA:

Relata o consulente que contratos celebrados pela Câmara Municipal terão seus prazos de 60 (sessenta) meses encerrados em julho deste ano. Relata também que os pregões da Câmara Municipal são realizados na forma presencial e que, por esse motivo, não podem ser realizados sem acarretar aglomeração de pessoas, o que contraria as orientações do Ministério da Saúde e da Organização Mundial de Saúde acerca do combate à epidemia provocada pelo novo coronavírus.

Diante desses fatos, indaga-se:

I - É possível a prorrogação dos referidos contratos, pelo prazo de 90 dias, com fulcro no artigo 57, §4º, da Lei 8.666/93?

II - Em caso positivo, qual seria o formato do ajuste?

A consulta foi instruída com solicitação para prorrogação dos contratos formulada pela Secretaria Financeira da Câmara Municipal.

RESPOSTA:

A regra geral é que os contratos administrativos tenham o prazo de duração dos créditos orçamentários, que é de um ano. A prorrogação do contrato por período mais longo só pode ocorrer nas hipóteses previstas em lei.

O artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93 determina que, nos serviços

executados de forma contínua, o contrato pode ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos, respeitado o limite de 60 (sessenta) meses, se os preços e condições forem mais vantajosos para a Administração Pública. Já o § 4º do artigo 57 do referido diploma autoriza a prorrogação do contrato por até doze meses, em caráter excepcional e mediante autorização da autoridade superior.

Vejamos o que determina o artigo 57, *caput*, inciso II e § 4º, da Lei nº 8.666/93:

Art. 57 - A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrito à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I- aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório.

II - a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses.

(...)

§ 4º - Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do *caput* deste artigo poderá ser prorrogado em até doze meses.

A prorrogação do contrato até o limite de 60 (sessenta) meses é possível, desde que sejam atendidas algumas exigências que decorrem da lei. Sobre tais exigências, esclareceu-se, resumidamente, no parecer nº 0826/2018 do IBAM que:

Grosso modo, além de tratar-se das hipóteses objetivamente previstas na lei, exige-se simultaneamente que: (i); 1- exista previsão no ato convocatório e no contrato; 2- seja realizada antes do término contrato; 3- não resulte em valor global superior ao adotado como critério de escolha da modalidade licitatória; 4- existam

recursos orçamentários para cobrir as despesas; 5- não altere o objeto do contrato e 6- os preços e as condições da prorrogação sejam mais vantajosas para a Administração (princípio da economicidade), devendo a vantajosidade desta prorrogação estar devidamente justificada nos autos do processo administrativos, e que se coadunem com preços de mercado.

Já a prorrogação prevista no §4º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93 só é possível quando, além de atendidas todas as demais exigências para as prorrogações em geral, existirem circunstâncias excepcionais e imprevisíveis que impeçam a contratação regular do serviço por meio da realização de procedimento licitatório, já que a medida é, como indica a lei, excepcional.

Nesse sentido, entendeu 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 429/10, que:

utilize a faculdade prevista no § 4º do art. 57 da Lei nº 8.666/93 somente em caráter excepcional ou imprevisível, para atender fato estranho à vontade das partes, abstendo-se de realizá-la apenas com a justificativa de preços mais vantajosos à Administração.

Nesse caso concreto, relata o consultante que alguns contratos terão seu prazo máximo de vigência de 60 (sessenta meses) encerrado em julho e que, por conta da epidemia causada pelo novo coronavírus, os procedimentos licitatórios, que seriam realizados na modalidade pregão presencial, não poderão ocorrer, dado que provocarão aglomeração de pessoas.

A epidemia provocada pelo novo coronavírus é, de fato, ocorrência excepcional e imprevisível que pode justificar medidas extraordinárias, tais como a prorrogação do contrato nos termos do artigo 57, §4º, da Lei nº 8.666/93.

Assim, apenas se ficar demonstrado no ato de prorrogação do contrato que a causa da não conclusão dos procedimentos licitatórios foi a pandemia e nenhuma outra causa previsível, é que a prorrogação excepcional do contrato será possível. Caso contrário, a prorrogação poderá ser questionada por órgãos de controle, e os gestores que deram causa à demora na conclusão do procedimento licitatório regular pra contratação do serviço podem ser responsabilizados.

Por todo exposto, concluímos que a prorrogação excepcional de contratos que envolvem a prestação de serviços continuados já vigente por 60 (sessenta) meses, nos termos do artigo 57, §4º, é, em tese possível, desde que seja inteiramente inviável concluir os regulares procedimentos licitatórios e se atendidos os seguintes requisitos: i) que fique amplamente demonstrado em ato fundamentado que a prorrogação excepcional foi necessária em razão de situação imprevisível e incontornável de emergência de saúde em decorrência da epidemia provocada pelo novo coronavírus e não por outros motivos; ii) que exista cláusula no instrumento contratual autorizando a prorrogação do contrato; iii) que os preços e condições sejam vantajosos para a Administração Pública; iv) que seja realizada antes do termo final do contrato. Atendidos esses requisitos, a prorrogação dependerá ainda de autorização da autoridade superior, neste caso, o Presidente da Câmara Municipal, e deverá ser concretizada por meio de termo aditivo aos contratos administrativos ainda vigentes.

É o parecer, s.m.j.

Júlia Alexim Nunes da Silva
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 08 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0839/2020

CC – Convênios / Contratos. Covid-19. Alteração de parcerias celebradas com organizações sociais na área de saúde. Aplicação do limite de 25% do total do valor do contrato previsto no artigo 65, §1º, da Lei nº 8.666/93.

CONSULTA:

Indaga o consulente se o limite de 25% do total do valor do contrato aplica-se aos contratos celebrados no modelo de organizações sociais na área da saúde, considerando-se, em especial, a emergência de saúde decorrente da pandemia de Covid-19.

RESPOSTA:

Existem diversas formas de a Administração Pública estabelecer parcerias com a iniciativa privada no âmbito dos serviços de saúde. Podem ser celebrados convênios ou contratos, na forma da Lei nº 8.666/93, bem como podem ser celebradas parcerias com organizações da sociedade civil, na forma da Lei nº 13.019/2014.

A consulta não esclarece exatamente que espécie de parceria foi celebrada fazendo referência apenas "ao modelo de organizações sociais". Supomos, então, que a consulta se refira a parceria celebrada com organização social, na forma da Lei nº 13.019/2014. Ressaltamos também que não tivemos acesso a detalhes sobre a parceria celebrada ou sobre a alteração que se pretende efetuar, razão pela qual faremos apenas algumas reflexões genéricas.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que, qualquer que seja a modalidade de parceria estabelecida entre a Administração Pública e a entidade privada, seja com ou sem fins lucrativos, é de se considerar que o serviço público de saúde é serviço essencial que deve ser prestado pelo

Poder Público e não por particulares.

Assim diz a Constituição da República:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

(...)

Art. 199 (...)

§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Em acréscimo, reza a Lei 8.080/90, que dispõe sobre a organização do SUS:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde - SUS poderá recorrer aos serviços oferecidos pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde.

Maria Sylvia Zanella de Pietro, ao comentar a regra constitucional que permite às instituições privadas participarem "de forma complementar" do SUS, entende que a norma

(...) afasta a possibilidade de que o contrato tenha por objeto o próprio serviço de saúde, como um todo, de tal modo que o

particular assuma a gestão de determinado serviço. Não pode, por exemplo, o Poder Público transferir a uma instituição privada toda a administração e execução das atividades de saúde prestadas por um hospital público ou por um centro de saúde; o que pode o Poder Público é contratar instituições privadas para prestar atividades-meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnico-especializados, como os inerentes aos hemocentros, consultas, etc.; nesses casos, estará transferindo apenas a execução material de determinadas atividades ligadas ao serviço de saúde, mas não a sua gestão operacional. (in *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas*, SP: Atlas, 1996, p. 109).

A necessidade de que o serviço de saúde seja prestado diretamente pela Administração Pública e a obrigatoriedade de que a participação de serviços privados seja complementar não foram afastadas pela emergência de saúde causada pelo novo coronavírus.

Dessa forma, o objeto do termo de parceria celebrado entre o Poder Público e a organização social não pode implicar a prestação do serviço pelo ente privado. Eventual alteração e ampliação do objeto da parceria também não pode ser de tal porte que tenha por consequência a prestação do serviço público de saúde por instituição privada.

É possível, contudo, alterar o plano de trabalho estabelecido como parte da parceria entre a Administração e a organização social, na forma do artigo 57 da Lei nº 13.019/2014, que determina que:

Art. 57. O plano de trabalho da parceria poderá ser revisto para alteração de valores ou de metas, mediante termo aditivo ou por apostila ao plano de trabalho original.

A alteração, ressalte-se, deve ser aprovada pelo gestor a quem compete fiscalizar a execução da parceria, nos termos do artigo 61, I, da Lei nº 13.019/2014.

Nesse sentido, nos manifestamos no Parecer do IBAM nº 0253/2019:

Na forma da Lei nº 13.019/16, o plano de trabalho da

parceria poderá ser revisto, mediante termo aditivo ou por apostila ao plano de trabalho original (art. 57 da Lei 13.019/2014), mediante autorização do gestor que tem o dever legal (art. 61) de acompanhar e fiscalizar a execução da parceria.

O artigo 57 da Lei nº 13.019/2014 não estabelece limites para a alteração do plano de trabalho, ou seja, não estabelece limites para alteração do objeto e do valor da parceria celebrada entre o ente público e a organização social. Além disso, o artigo 84 da Lei nº 13.019/2014 afasta, em princípio, a aplicação da Lei nº 8.666/93 a estas parcerias.

Todo e qualquer contrato, convênio ou parceria celebrada pelo Poder Público, todavia, deve respeitar os princípios que regem a Administração Pública, em especial, os princípios da moralidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência administrativa, todos previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República.

Não se deve, em princípio, admitir que, no silêncio da lei, os termos da parceria firmada entre a Administração Pública e a entidade sem fins lucrativos sejam alterados de forma arbitrária e ilimitada, violando os princípios que regem a Administração Pública.

Sendo assim, em situações normais, que não envolviam emergência de saúde como a que vivemos atualmente, esse Instituto já se posicionou no sentido de que é razoável entender que, na falta de disposição legal específica, deve ser aplicado às parcerias celebradas com entidades sem fins lucrativos, inclusive organizações sociais, o limite de 25% do valor inicialmente estipulado, previsto no artigo 65, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Sobre essa questão específica, esclareceu-se no já citado Parecer do IBAM nº 0253/2019 que:

Qualquer contrapartida por parte do poder público deve constar de devido planejamento e atender o interesse público da coletividade. Na Lei de Licitações (art. 65, §1º) há teto para alterações quantitativas e/ou qualitativas nos contratos. O art. 84 da Lei nº 13.019/2014 afasta, como regra, a aplicação dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993. Não obstante, qualquer contrato administrativo deve respeito aos princípios reitores da administração pública proba. A Advocacia Geral da União (Parecer nº 13/2013, Processo nº 00407.001856/2013-52) manifestou-se que nos convênios

celebrados com entidade privada sem fins lucrativos selecionada mediante regular chamamento público o patamar de 25% poderia, se for o caso, ser aplicado como limite. (Grifos no original.)

Na atualidade, porém, vivemos situação excepcional de emergência de saúde e calamidade pública provocada pela pandemia de Covid-19.

Com intuito de atender a esta emergência de saúde, foi editada a Lei nº 13.979/2020. O referido diploma legal admite, em seu artigo 4º e seguintes, a realização de contratações emergenciais com dispensa de licitação para contratação de serviços e insumos destinados a atender à situação de emergência.

O artigo 4º-I da Lei nº 13.979/2020, especificamente, estabelece que, nos contratos celebrados por meio dos procedimentos previstos neste mesmo diploma legal, o contratado pode ter que aceitar alterações de até 50% de alteração do valor e objeto do contrato.

O artigo 4º-I da Lei nº 13.979/2020 é norma especial aplicável, em princípio, aos contratos celebrados nos termos da Lei nº 13.979/2020. Ocorre que a Lei nº 13.019/2014 não prevê qualquer limite a alteração do objeto e valor das parcerias celebradas com entidades sem fins lucrativos. Além disso, a aplicação da Lei nº 8.666/93 às parcerias celebradas sob a égide da Lei nº 13.019/2014 é excepcional e subsidiária. Por esses motivos, é razoável entender que, para atender a situação de emergência de saúde provocada pelo novo coronavírus, o objeto e valor das parcerias celebradas com organizações sociais com fundamento na Lei nº 13.019/2014 possam ser excepcionalmente alterados até o limite de 50% do valor total inicialmente acordado e tão somente pelo período em que perdurar a situação de emergência na saúde, tendo-se por parâmetro o disposto no artigo 4º-I da Lei nº 13.979/2020, já que este é o limite que o legislador elegeu como adequado para atender à emergência de saúde.

Para alteração do objeto e valores inicialmente acordados e, sobretudo, para alteração que extrapole 25% do valor total da parceria, deve o gestor público motivar o ato, demonstrando que: i) a alteração da parceria está diretamente relacionada com necessidades excepcionais e imprevisíveis relacionadas com a emergência de saúde provocada pelo novo coronavírus; ii) a alteração é vantajosa para a Administração Pública e o

atende ao interesse público, comprovando, inclusive, que é essa alteração da parceria já existente é mais vantajosa que a celebração de novos contratos emergenciais com outros parceiros privados; iii) que superada a situação de emergência na saúde o objeto contratado e os valores retornem imediatamente à situação anterior.

Ressaltamos, ademais, que a alteração - até o limite de 50% do valor inicial do contrato - deve ser promovida por meio de acordo entre as partes e não imposta ao particular. Isso porque a parceria objeto da consulta não foi inicialmente celebrada com fundamento na Lei nº 13.979/2020 e a Administração não pode, pelo princípio da proteção da confiança, aplicar posteriormente ao particular norma imperativa que não existia no momento da celebração da parceria.

Por todo o exposto, concluímos que, tendo em vista a atual situação de emergência de saúde e calamidade pública provocada pela pandemia de Covid-19, as parcerias celebradas entre a Administração Pública e organizações sociais na área de saúde podem ser alteradas com fundamento o artigo 57 da Lei nº 13.019/2014. Concluímos também que essa alteração pode se dar até o limite de 50% do valor total inicial da parceria, adotando-se como parâmetro o limite previsto no artigo 4º-I da Lei nº 13.979/2020 e não o limite de 25% previsto no artigo 65, §1º, da Lei nº 8.666/93. Para tanto, é necessário que exista acordo entre as partes, que a alteração seja temporária e pelo tempo que perdurar a situação de emergência na saúde e que o gestor público motive seu ato, demonstrando a necessidade da alteração da parceria e a vantajosidade desta alteração para a Administração Pública e para toda a coletividade.

É o parecer, s.m.j.

Júlia Alexim Nunes da Silva
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 20 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0842/2020

CC – Convênios / Contratos, LI – Licitação. Aditamento qualitativo a contrato de transporte de alunos. Ato de gestão. Inviabilidade de promulgação de lei municipal para cancelar alterações contratuais não permitidas de acordo com a legislação geral de licitações e contratos. Comentários.

CONSULTA:

A Câmara Municipal informa que a Prefeitura Municipal enviou Projeto de Lei à Câmara para alterar a finalidade das contratações provenientes do Pregão Presencial nº 114/2019 e Concorrência Pública nº 001/2019 que tratam respectivamente da concessão à pessoa jurídica para o transporte escolar coletivo e da contratação de prestação de serviços de apoio de educação infantil nos estabelecimentos de ensino do município em virtude da necessidade dos problemas de saúde pública pelo enfrentamento da pandemia decorrente do Coronavírus SARS- COV-2. Relata, ainda, que ficariam resguardados os direitos dos contratados a não aderirem a renegociação.

Aduz o consulente que a alteração da finalidade dos serviços de transporte coletivo de alunos ocorreria em razão da suspensão das aulas, para o transporte de caráter auxiliar em ações de suporte administrativo, de assistência social e de monitoramento escolar à distância, em decorrência ao combate da pandemia classificada como coronavírus covid 19, pelo prazo de 90 (noventa) dias, sendo possível a prorrogação em caso de persistência da pandemia.

Indaga-se:

- 1) Trata-se de um contrato administrativo proveniente de licitação

do Poder Executivo o qual deve ser avaliado no âmbito do Poder Executivo para estudo de uma possível aditivo?

2) O Poder Legislativo tem competência para aprovar projeto de lei de cunho plenamente administrativo?

3) É possível a alteração da finalidade de uma licitação sem que se realize nova licitação?

A consulta vem documentada.

RESPOSTA:

Preliminarmente, cabe observar que embora se tenha aludido a dois contratos, um que decorreu do Pregão Presencial nº 114/2019 e outro da Concorrência Pública nº 001/2019, no anexo apenas foi trazido um contrato cujo objeto é a execução de transporte escolar. Fica prejudicada, no entanto, a análise quanto ao outro contrato, do qual não foi dado a conhecer o seu objeto.

De qualquer forma, cabe pontuar que os contratos administrativos, de acordo com a Lei Geral de Licitações são quaisquer ajustes firmados entre as entidades da Administração Pública, Direta ou Indireta, e particulares, com vistas a estabelecer um acordo de vontades, para a estipulação de obrigações recíprocas.

Regulam-se os contratos pelas respectivas cláusulas, pelas normas da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), pelos preceitos de direito público e na omissão destes dispositivos, quando for o caso, pelos princípios da teoria geral dos contratos e pelas disposições de direito privado.

Assim, após a finalização do procedimento licitatório ou sua regular dispensa ou inexigibilidade, a Administração Pública adotará as providências necessárias à assinatura do contrato nos termos definidos pelo edital e seus anexos e pela proposta vencedora. Por meio da definição das condições de execução do objeto com a estipulação dos deveres e obrigações recíprocos, há a definição do escopo do contrato, o que lhe conferirá individualidade, permitindo assim ao administrador executar as políticas públicas por meio de um planejamento responsável da despesa pública, com a implementação

de suas ações de governo.

A definição do escopo contratual, em suma, é o que permite ao gestor público o planejamento da despesa para atendimento das necessidades da população atendidas pela consecução do objeto.

A realização de uma contratação da Administração Pública, então, possui necessariamente um escopo de execução delimitado por meio da documentação do edital de licitação e do contrato que tenham sido firmados, sendo essencial neste momento, tecer alguns comentários sobre o conceito de escopo.

O entendimento do que seja o escopo de um contrato vincula-se necessariamente à compreensão das suas finalidades de atuação, dos resultados esperados com a execução do ajuste e das técnicas adotadas para a consecução do objeto. Em sua etapa inicial se dá o detalhamento das fases de execução do contrato, com a descrição das características do serviço e o trabalho necessário para realizá-lo. Muito embora tais comentários pareçam redundantes, é essencial ter em mente que a definição do escopo é primordial para explicitar a percepção do que as partes esperam da execução do objeto contratual e o que o prestador de serviços, ou executor das obras precisa projetar, executar e entregar. Somente após a delimitação do escopo contratual, todos os fatores, especialmente os prazos e os custos, ficam expostos e definidos, com vistas a não conferir margem a interpretações ambíguas.

Neste toar, o interesse da Administração pode ser resguardado com a alteração do contrato com o objetivo de adequá-lo a uma nova necessidade que, se não superveniente, mas que decorre da falha na formatação do objeto contratado, sem, no entanto, que se desfigure o escopo do contrato.

A Lei nº 8.666/1993 em seu art. 65, parágrafo primeiro regula as modificações unilaterais dos contratos firmados pela Administração Pública. Trata-se de hipótese em que a contratada fica obrigada a "*aceitar nas mesmas condições contratuais, os acréscimos e supressões que se fizerem nas obras, serviços, ou compras, até o limite de 25% do valor inicial do contrato (devidamente atualizado) e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos*".

Assim sendo, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia. Não é outra a lição de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos, 2002, p. 550):

"A melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada. Os contratos de longo prazo ou de grande especialização técnica são mais suscetíveis a essa modalidade de alteração. (...) A lei não estabelece limites qualitativos para essa modalidade de modificação contratual. Não se pode presumir, no entanto, existir liberalidade ilimitada. Não se caracteriza a hipótese quando a modificação tiver tamanha dimensão que altere radicalmente o objeto contratado. Não se alude a uma modificação quantitativa, mas a alteração qualitativa. No entanto, a modificação unilateral introduzida pela Administração não pode transfigurar o objeto licitado em outro, qualitativamente distinto".

No caso da consulta, não se postula alteração do objeto do contrato por se tratar de necessidade de adequação técnica em razão de sua grande especialização, mas de uma verdadeira ampliação do escopo que é transporte escolar.

Com efeito, o transporte de alunos não se confunde com ações de suporte administrativo, de assistência social e de monitoramento escolar à distância. Com efeito, os veículos que são utilizados em transporte de pessoas e, em particular, de escolares, devem se adequar a diversas normas destinadas a assegurar a segurança dos estudantes, que não se aplicam ao transporte de objetos, por exemplo. Assim, essa alteração qualitativa não se mostra viável, até mesmo porque outros potenciais competidores que poderiam prestar o serviço de transporte de objetos podem estar sendo preteridos. Assim, não se pode aproveitar a licitação já realizada para transporte de alunos a fim de aditar o contrato.

Ademais, a realização de licitações, e a assinatura e aditamento de contratos de prestação de serviços pelo Poder Executivo é ato de gestão inserto na reserva da administração (art. 84, IV, da CRFB), não podendo ser objeto de lei que fixe parâmetros concretos para delimitação do objeto ou sua eventual ampliação. O que se busca com o projeto de lei é, na verdade,

a chancela legal da Câmara Municipal para um aditivo contratual não admissível conforme a Lei nº 8.666/1993, tampouco pelos preceitos de direito público.

Na verdade, apesar de se reconhecer que pode ser delicada a situação dos transportadores de escolares, a medida pretendida frustra o caráter competitivo da licitação e viola os princípios da moralidade e da impessoalidade. Não se pode olvidar que do mesmo modo que os transportadores de escolares estão enfrentando os efeitos econômicos da crise, também potenciais transportadores de material escolar a quem não foi dada nem mesmo a opção de participar do processo licitatório também os enfrentam.

Assim é que se afigura ilegal o aditamento qualitativo pretendido, sendo obrigatório, nesse caso, a realização de nova contratação nos moldes da Lei nº 8.666/1993. É possível, ainda, a fim de simplificar o processo de contratação emergencial de serviços, a dispensa de licitação prevista na Lei nº 13.979/2020, no art. 4º e ss., desde que o serviços perdure apenas durante o estado de calamidade ou emergência, devendo a contratação ser 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 12.527/2011, 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.

Deverá a medida ser devidamente motivada, ainda, nos termos do art. 4ª-A da Lei nº 13.979. No caso da consulta, como o transporte de material escolar dar-se-á justamente para atendimento à uma necessidade decorrente da pandemia, o atendimento a esses requisitos está amparado por presunção que, no entanto, é apenas relativa, e não absoluta. De qualquer modo, rememore-se que mesmo diante de uma dispensa de licitação, deve a administração pública resguardar o atendimento aos princípios da impessoalidade e da moralidade, de modo que a contratação deve ser precedida, ao menos, de pesquisa de preços devidamente documentada na fundamentação.

Em vista do exposto, conclui-se objetivamente:

1) Trata-se de um contrato administrativo proveniente de licitação do Poder Executivo o qual deve ser avaliado no âmbito do Poder Executivo para estudo de um possível aditivo?

A realização de licitações bem como a assinatura de contratos e aditamentos que daí decorram pela Prefeitura Municipal são atos de gestão que se inserem na reserva da administração, não sendo possível a edição de leis de efeitos concretos passadas na Câmara Municipal destinadas a cancelar providências que não sejam permitidas pelas normas gerais de licitação e contratos. Ainda que não nos tenha sido fornecido o conteúdo do contrato decorrente da Concorrência Pública nº 001/2019, não é a lei instrumento adequado para dispor sobre sua eventual alteração, caso possível.

2) O Poder Legislativo tem competência para aprovar projeto de lei de cunho plenamente administrativo?

Não, porque como afirmado, a assinatura e aditamento de contratos administrativos celebrados pelo Poder Executivo são atos de gestão que prescindem de autorização legislativa ou regras concretas que fizerem seu escopo e parâmetros de aditamento.

3) É possível a alteração da finalidade de uma licitação sem que se realize nova licitação?

O aditamento qualitativo em contratos administrativos tem aplicabilidade restrita que não se enquadra ao caso trazido à consulta, em que se pretende alterar a finalidade de transporte de alunos para ações de suporte administrativo, de assistência social e de monitoramento escolar à distância, podendo, no entanto, a nova contratação ser realizada emergencialmente por dispensa, conforme arts. 4º e ss. da Lei nº 13.979/2020, observados os princípios da impessoalidade e da moralidade, e a necessária economicidade da contratação.

É o parecer, s.m.j.

Gustavo da Costa Ferreira M. dos Santos
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 20 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0855/2020

CC – Convênios / Contratos.
Covid-19. Suspensão ou
rescisão de parcerias
celebradas com fulcro na Lei nº
13.019/2014. Considerações.

CONSULTA:

Indaga-se sobre a possibilidade de suspensão ou rescisão de parcerias celebradas pelo Poder Público com organizações da sociedade civil com fulcro na Lei nº 13.019/2014 motivadas pela emergência de saúde causada pela pandemia de Covid-19.

Questiona-se, especificamente: i) qual seria o fundamento legal para eventual suspensão ou rescisão das parcerias, considerando-se, em especial, a inaplicabilidade da Lei nº 8.666/93 e ii) que consequências poderiam advir da suspensão ou rescisão das parcerias por ato da Administração Pública.

RESPOSTA:

A emergência de saúde provocada pela pandemia de Covid-19 gerou uma série de situações e desafios inéditos para os gestores públicos. Consequência deste ineditismo é a inexistência de normas na legislação vigente que contenham soluções para questões concretas surgidas durante a emergência de saúde. Esses diplomas legais não foram formulados tendo em vista o cenário atual.

Para atender às situações excepcionais criadas pela emergência de saúde, foi editada a Lei 13.979/2020. A referida lei, porém, contém disposições sobre contratações emergenciais para atender à situação de calamidade pública, mas não altera o regime legal que rege os contratos e convênios já celebrados e vigentes.

É verdade que o artigo 78, XIV, da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de suspensão de contratos administrativos em caso de

calamidade pública. A aplicação deste dispositivo às parcerias regidas pela Lei nº 13.019/2014 encontra alguns obstáculos.

O primeiro, já apontado na consulta, é o fato de que o artigo 84 da Lei nº 13.019/2014 determina que: "não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993".

O segundo é o artigo 48 da Lei nº 13.019/2020 que enumera as hipóteses em que a Administração Pública pode unilateralmente interromper o repasse de recursos nos seguintes termos:

Art. 48. As parcelas dos recursos transferidos no âmbito da parceria serão liberadas em estrita conformidade com o respectivo cronograma de desembolso, exceto nos casos a seguir, nos quais ficarão retidas até o saneamento das impropriedades:

I - Quando houver evidências de irregularidade na aplicação de parcela anteriormente recebida;

II - quando constatado desvio de finalidade na aplicação dos recursos ou o inadimplemento da organização da sociedade civil em relação a obrigações estabelecidas no termo de colaboração ou de fomento;

III - quando a organização da sociedade civil deixar de adotar sem justificativa suficiente as medidas saneadoras apontadas pela administração pública ou pelos órgãos de controle interno ou externo.

Não há, no dispositivo legal destacado, previsão no sentido de que o Poder Público possa, unilateralmente, suspender as transferências de recursos para o parceiro privado.

O terceiro obstáculo a ser considerado pelo gestor é o fato de que estas entidades, muitas vezes, prestam serviços de relevante utilidade pública, de modo que a suspensão ou rescisão de parcerias pode violar interesses de toda a coletividade.

Diante disso, se o que se pretende é modificar o plano de trabalho e forma da execução da parceria, suspendendo os trabalhos e repasse de valores durante a emergência de saúde, deve a Administração Pública privilegiar a negociação e o acordo com seus parceiros privados, evitando, desse modo, a imposição de decisões unilaterais sem respaldo legal e

minimizando prejuízos neste momento de calamidade.

O artigo 57 da Lei nº 13.019/2014 autoriza a alteração do plano de trabalho das parcerias, com a revisão de valores ou metas, determinando que:

Art. 57. O plano de trabalho da parceria poderá ser revisto para alteração de valores ou de metas, mediante termo aditivo ou por apostila ao plano de trabalho original.

Dessa forma, se existir acordo entre as partes, o plano de trabalho pode ser revisado e as metas e datas de repasses de recursos pelo Poder Público alteradas para período posterior à emergência de saúde causada pelo novo coronavírus.

Caso nenhum acordo seja possível, o Poder Público tem sempre a prerrogativa de unilateralmente rescindir a parceria. Essa rescisão, porém, também não pode ocorrer de imediato.

As parcerias são formalizadas mediante termos de colaboração que devem, obrigatoriamente, conter cláusulas que regulamentem a rescisão da parceria, as condições para a rescisão, as sanções aplicáveis às partes em caso de rescisão e um prazo, não menor do que 60 (sessenta) dias, para que a parte que pretende rescindir a parceria publique essa pretensão. Tudo isso, na forma do artigo 42, XVI, da Lei nº 13.019/2014, *in verbis*:

Art. 42 Art. 42. As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, que terá como cláusulas essenciais:

(...)

XVI - a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias;

A rescisão da parceria, portanto, poderá ser realizada por ato da Administração Pública ou por acordo entre as partes, devendo ser

respeitados, porém, os prazos e condições previstos no termo de colaboração.

Caso a rescisão seja provocada pelo ente público, este estará sujeito às sanções previstas no termo de colaboração, se houver tal previsão.

Na hipótese de suspensão ou rescisão da parceria pela Administração Pública, sem que haja acordo entre as partes, a consequência possível é que o ente público seja responsabilizado por eventuais danos causados à organização da sociedade civil.

Nessa linha, já entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que é possível a rescisão da parceria pelo Poder Público, respeitado o disposto no termo de colaboração, ressalvado o dever de indenizar eventuais prejuízos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, PARA DETERMINAR QUE OS RÉUS CUMPRAM O TERMO DE COLABORAÇÃO FIRMADO COM A ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL DOS HOMENS DO AMANHÃ, PARA A MANUTENÇÃO DA CASA ABRIGO BETEL, DESTINADA AO ATENDIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM DEFICIÊNCIAS, DEVENDO ARCAR COM O PAGAMENTO DAS VERBAS EM ATRASO, REFERENTES AO PERÍODO DE MAIO A DEZEMBRO DE 2016, NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS, SOB PENA DE ARRESTO DAS QUANTIAS. IRRESIGNAÇÃO. LEI Nº 13.019/14, QUE ESTABELECE O REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO E RECÍPROCO, MEDIANTE A EXECUÇÃO DE ATIVIDADES OU DE PROJETOS PREVIAMENTE ESTABELECIDOS EM PLANOS DE TRABALHO, CUJO ART. 42, XVI, ESTABELECE, COMO CLÁUSULA ESSENCIAL, A PREVISÃO DE FACULDADE DOS PARTÍCIPES RESCINDIREM O INSTRUMENTO A QUALQUER TEMPO. CLÁUSULA VIGÉSIMA, DO TERMO DE COLABORAÇÃO EM COMENTO, QUE POR SEU TURNO PREVÊ A SUA EXTINÇÃO ANTES DO PRAZO DE VIGÊNCIA, POR DENÚNCIA, RESSALVADO O DEVER DE INDENIZAR OS PREJUÍZOS EVENTUALMENTE CAUSADOS, QUE DEVERÃO SER

AVALIADOS E QUANTIFICADOS. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA OU SANÇÃO POR DESCUMPRIMENTO QUE, APARENTEMENTE, OBSTARIA A PRETENDIDA DETERMINAÇÃO DE REPASSE, O QUE SE DEPREENDE EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA PLEITEADA EM 1º GRAU, CONSISTENTES NA PROBABILIDADE DO DIREITO E NO PERIGO DE DANO, A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 300, DO CPC/15, NÃO EVIDENCIADOS DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-RJ - AI: 00072915620178190000 RIO DE JANEIRO DUQUE DE CAXIAS VARA INF JUV IDO, Relator: MAURO DICKSTEIN, Data de Julgamento: 20/06/2017, DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/06/2017) (Grifos nossos.)

Por todo o exposto, concluímos que a suspensão temporária da parceria celebrada pelo Poder Público com organização da sociedade civil, na forma da Lei nº 13.019/2014, é possível se existir acordo entre as partes, nos termos do artigo 57 da Lei nº 13.019/2014. Caso não haja acordo entre as partes, não há dispositivo legal que autorize a suspensão temporária da execução da parceria por ato unilateral da Administração Pública. A rescisão da parceria é possível na forma estabelecida no termo de colaboração, conforme artigo 42, XVI, da Lei nº 13.019/2014. Caso a Administração Pública determine unilateralmente a suspensão ou a rescisão da parceria, as consequências daí decorrentes podem ser a aplicação ao ente público de sanções previstas no termo de colaboração e sua condenação em ação judicial a indenizar prejuízos eventualmente causados à organização da sociedade civil.

É o parecer, s.m.j.

Júlia Alexim Nunes da Silva
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0864/2020

LI – Licitação. Pregão. Mercado de derivados de petróleo. Vedação a contratações antieconômicas e/ou lesivas ao interesse público. Considerações ao caso concreto.

CONSULTA:

A Câmara narra que, ao abrir certame licitatório na modalidade Pregão Presencial, calculou, há cerca de um mês, o preço médio dos combustíveis e publicou esse valor no Edital de Licitação. Ocorre que, com a pandemia de COVID-19, o preço dos mesmos diminuiu consideravelmente e, portanto, subsiste a seguinte dúvida: "no dia da sessão, com os preços atualizados em mãos, o Pregoeiro poderá negociar valor bem abaixo da média publicada em edital? E se a empresa apresentar valor dentro da média publicada, mas não aceitar os novos preços, poderá o Pregoeiro deixar de adjudicar?"

RESPOSTA:

Conforme Lei Geral do Pregão (art. 3º da Lei nº. 10.520/2002) e art. 9º do Decreto federal nº 3.555/2000, o Pregoeiro é responsável pela fase externa do Pregão, que se inicia com a publicação da abertura do certame até a adjudicação do objeto.

O pregoeiro e equipe de apoio exercem funções análogas às da comissão de licitação. A função precípua da comissão de Licitação é a de receber, examinar e julgar os documentos e etapas referentes ao certame e ao cadastramento, com responsabilidade pelos atos praticados. Citamos os seguintes precedentes do TCU: Acórdão 135/2005 Plenário; Acórdão TCU nº 687/2007; Acórdão TCU nº 2.389/2006, Plenário.

Ao pregoeiro cabe a decisão, devidamente motivada, sobre a aceitabilidade da proposta. O art. 4º, VIII da Lei n. 10520/02 permite, no curso da sessão do pregão, a formulação de novos lances verbais e sucessivos.

Outrossim, o art. 4º, XVII da Lei n. 10520/02 permite a negociação direta com o proponente para que seja obtido preço melhor.

É notório que o mercado de combustíveis e derivados de petróleo está sujeito a constantes variações, pois atrelado a flutuação do preço do petróleo e ao mercado internacional, além da forma de controle de preços pelo governo brasileiro. E, como sabido, são vedadas e lesivas ao interesse público contratações antieconômicas. Sobre o tema, nos manifestamos:

"O preço a ser aceito é aquele compatível com o praticado no mercado. (...) o preço da gasolina tem sofrido alterações diárias e varia nos estados da federação e em cada posto de combustível. O fato não justifica a oferta e a aceitação de preço superior ao praticado no mercado (...) a contratada pode solicitar reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, quantas vezes houver rompimento desse equilíbrio. Parecer IBAM 1627/2018)."

No Decreto federal nº 7.892/2013 é expresso que:

"art. 17. Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea d do inciso II do caput do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 18. Quando o preço registrado tornar-se superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão gerenciador convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado."

Rememoramos, ainda, que a lei nº 8.666/93 aplica-se subsidiariamente ao pregão. A contratada deve aceitar, nas mesmas condições do contrato, acréscimos ou supressões que se façam necessárias nos serviços, até o limite legal de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato. Neste contexto, a variação do valor contratual para fazer face ao preço médio das tabelas de preço de combustíveis da ANP, por exemplo, nos termos previstos no próprio contrato, não caracterizariam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento. Sobre o tema nos manifestamos no parecer IBAM 2833/2018:

"Variação do preço dos derivados de petróleo.
Indagações diversas."

No caso do pregoeiro, o TCU recomendou no Processo TC nº 021.129/2013-4 e do Acórdão nº 1955/2014 - Plenário, que diante de indícios de anormalidades no certame, suspenda o pregão e encaminhe a questão para avaliação da autoridade superior, para que se examine a possibilidade de revogar ou anular o certame e/ou de instaurar processo administrativo para apurar a conduta das licitantes.

Sobre o tema, nos manifestamos:

"Poderes do pregoeiro. Considerações. 1311/19."

Com efeito, o atributo da autotutela administrativa permite à Administração (art. 49 da Lei nº 8.666/93) revogar ou anular seus atos, respectivamente, por motivos de conveniência ou de ilegalidade. O pregoeiro pode suspender o certame e remeter à autoridade superior competente.

Por fim, a autoridade superior pode, a qualquer momento, solicitar aos órgãos da Administração que emitam pareceres técnicos ou jurídicos para esclarecimento de questões relacionadas à licitação.

Ante o exposto, em resposta aos questionamentos formulados, concluímos que o pregoeiro não poderá firmar contratação antieconômica e/ou lesiva ao interesse público. Na ausência de novos lances ou de negociação direta com proponente, em prol de melhores preços, diante do manifesto desequilíbrio econômico financeiro do futuro contrato, o pregoeiro deverá suspender o pregão e encaminhá-lo à autoridade superior competente para a anulação do mesmo.

É o parecer, s.m.j.

Ana Carolina Couri de Carvalho
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 24 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0917/2020

CC – Convênios / Contratos.
Covid-19. Contrato de concessão onerosa. Terminal Rodoviário de Passageiros impedido de funcionar em razão da emergência de saúde. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Considerações.

CONSULTA:

Relata o consulente que foi celebrado contrato de concessão onerosa com empresa privada para gerenciamento e administração de Terminal Rodoviário de Passageiros. Nos termos do contrato, a empresa concessionária realiza o pagamento mensal de R\$ 10.554,00 (dez mil quinhentos e cinquenta e quatro reais) ao Poder Público. Em razão da pandemia provocada pelo novo coronavírus e de decreto que impede o funcionamento do terminal de passageiros, a concessionária requereu a suspensão dos pagamentos até a retomada das atividades do Terminal Rodoviária e restauração do equilíbrio econômico financeiro do contrato. Indaga o consulente, então, se é possível que o Município determine a suspensão dos pagamentos devidos pela concessionária e que fundamentos legais, jurisprudenciais ou doutrinários amparam a medida.

RESPOSTA:

Os contratos de concessão estão sujeitos ao regime jurídico dos contratos administrativos. Assim é, direito do concessionário a manutenção, ao longo de toda a execução do contrato, de seu equilíbrio econômico-financeiro.

Com relação ao equilíbrio econômico financeiro dos contratos, afirma Hely Lopes Meirelles:

"Equilíbrio financeiro: o equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira,

do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento. Assim, ao usar do seu direito de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, a Administração não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro. Trata-se de doutrina universalmente consagrada, hoje extensiva a todos os contratos administrativos." (2001, p. 197).

Também na concessão de uso onerosa há o direito à manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, como bem demonstra a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

"APELANTE: MUNICÍPIO DE MARINGÁ REC. ADESIVO: REGINA STELA FARIA APELADOS: OS MESMOS RELATOR: DES. ABRAHAM LINCOLN CALIXTO APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. REEXAME NECESSÁRIO RECEPCIONADO DE OFÍCIO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO CUMULADA COM DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONCESSÃO DE USO ONEROSA. INSTALAÇÃO DE LOJA NO PISO SUPERIOR DA ESTAÇÃO RODOVIÁRIA DE MARINGÁ. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. MODIFICAÇÕES SUBSTANCIAIS NO PROJETO SEM ANUÊNCIA DO COMERCIANTE. DANOS À CONTRATADA. QUEBRA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO. EXTINÇÃO DO CONTRATO COM A IMPOSIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APRECIÇÃO EQUITATIVA. VERBA BEM FIXADA. MANUTENÇÃO - A despeito de ser conferido ao Poder Público a possibilidade de alterar unilateralmente o contrato administrativo, poder este que decorre de cláusula exorbitante, as mudanças não podem ser substanciais, a ponto de violar direito do contratado. Verificando-se que a quebra da paridade foi acentuada, a ponto de ferir a boa fé e inviabilizar a atividade produtiva do concessionário, impõe-se declarar a extinção do contrato e o dever de indenizar. RECURSO ADESIVO. LUCROS CESSANTES.

FUNDAMENTO PARA EMBASÁ-LOS. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DESPESAS PARA A EXECUÇÃO DO PROJETO ARQUITETÔNICO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUTORA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS PROBATÓRIO QUE LHE COMPETIA. EXEGESE DO ARTIGO 333, INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELO DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. REEXAME CONHECIDO DE OFÍCIO. SENTENÇA MANTIDA." (TJ-PR - AC: 6145277 PR 0614527-7, Relator: Abraham Lincoln Calixto, Data de Julgamento: 09/03/2010, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 360).

A possibilidade de alteração dos valores do contrato para restabelecer seu equilíbrio econômico financeiro está expressamente prevista no artigo 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93, que também é aplicável subsidiariamente aos contratos de concessão e dispõe que:

"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes: (...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual."

A emergência de saúde causada pela pandemia de Covid-19 é fato superveniente e imprevisível que, por limitar a circulação de pessoas e reduzir ou até mesmo impedir inteiramente o funcionamento de terminal rodoviário, abala o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Assim, pode a Administração Pública, se houver acordo entre as partes, com fundamento no artigo 65, II, "d", da Lei nº 8.666/93, alterar os



termos do contrato de concessão, estabelecendo que, enquanto o Terminal Rodoviário de Passageiros não puder funcionar em razão da emergência de saúde provocada pelo novo coronavírus, os pagamentos mensais feitos pela concessionária ao Poder Público não serão devidos.

É o parecer, s.m.j.

Júlia Alexim Nunes da Silva
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0937/2020

LI – Licitação. Preços registrados em ata e caso concreto apresentado.

CONSULTA:

A Prefeitura questiona se ata de registro de preços assinada em 19 de fevereiro pode sofrer reequilíbrio econômico financeiro em 29 abril. Esclarece que os preços foram coletados em dezembro de 2019.

RESPOSTA:

A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato encontra abrigo constitucional no mesmo dispositivo que impõe o dever geral de licitar. Expressamente, o texto do art. 37, XXI da CRFB assegura o direito à manutenção "das condições efetivas da proposta".

Na legislação ordinária, por sua vez, o art. 65 da Lei nº 8.666/1993 dispõe da alteração dos contratos administrativos "para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contrato e a retribuição da administração para a justa remuneração [...] objetivando a manutenção do equilíbrio econômico- financeiro inicial do contrato" (art. 65, d', II).

O equilíbrio econômico-financeiro requer relação balanceada entre o valor da proposta aceita (a qual abarca custos e remuneração do particular) e à corresponde contrapartida a ser paga pela Administração.

Existem basicamente 2 mecanismos para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato: o reajuste (critério ordinário) e a revisão contratual (critério extraordinário).

O reajuste contratual é cláusula obrigatória dos contratos superiores a um ano (art. 40, XI da Lei nº 8.666/1993). O contrato deve ser

expresso quanto ao índice a ser utilizado e a data do reajuste. A revisão fundamenta-se na Teoria da imprevisão. Trata-se de risco econômico extraordinário e extracontratual. Exige comprovação por parte do contratado do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação por fato superveniente à celebração do contrato. Na forma do art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993, as seguintes situações podem representar álea extraordinária e extracontratual: fatos imprevisíveis; fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis; caso fortuito, força maior ou fato do príncipe.

Como notório, a Organização Mundial de Saúde decretou estado de emergência na saúde pública internacional diante da pandemia viral (Sars Cov 2). No âmbito da União foi reconhecido estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Nos estados da federação e em nos municípios, ocorreram diversas medidas de distanciamento social, cancelamento de eventos, etc.

Trata-se de evento externo às relações contratuais firmadas e de natureza extraordinária e, portanto, não se trata de reajuste cuja periodicidade mínima seria anual (TCU, Plenário, Grupo I - Classe V - Plenário, TC 006.970/2014-1 Data: 24/9/2014 - Ordinária).

Com efeito, um dos fatores econômicos da pandemia global é a variação cambial. Como noticiado ao público, dia após dia, a cotação do dólar tem aumentado o que, inevitavelmente reflete nos contratos cujos objetos sejam serviços, insumos ou bens importados e orçados com base no valor do dólar ou do euro, por exemplo. Assim, se a média dos preços foi colhida no final do ano passado e a proposta considerou determinado valor para o dólar, provavelmente está restará bem onerosa para a contratada.

No SRP, após a realização da ata, o Poder Público conta com catálogo de fornecedores aptos a contratar nas condições especificadas, no prazo de validade da ata, que não pode ser superior a um ano (art. 15, §3º, III da Lei nº 8.666/1993).

Em âmbito federal, o Decreto nº 7.892/2013 é expresso que:

"art. 17. Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados,

cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea d do inciso II do caput do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

art. 18. Quando o preço registrado tornar-se superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão gerenciador convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado."

Desconhecemos pormenores do objeto da ata celebrada, mas de uma maneira geral, certos segmentos como mercado de combustíveis e derivados de petróleo já estão sujeitos a constantes variações, pois atrelado a flutuação do preço do petróleo e ao mercado internacional. E, como sabido, são vedadas e lesivas ao interesse público contratações antieconômicas. Sobre o tema, nos manifestamos:

"O preço a ser aceito é aquele compatível com o praticado no mercado. (...) o preço da gasolina tem sofrido alterações diárias e varia nos estados da federação e em cada posto de combustível. O fato não justifica a oferta e a aceitação de preço superior ao praticado no mercado (...) a contratada pode solicitar reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, quantas vezes houver rompimento desse equilíbrio. Parecer IBAM 1627/2018)."

Por outro lado, como dito anteriormente, outros bens e insumos sofrem grande pressão em virtude da cotação do dólar que disparou nas últimas semanas. A variação cambial no equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo pode ser enquadrada como um fato imprevisível (teoria da imprevisão) ou previsível de consequências incalculáveis.

Manifestou-se o Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 1.431/2017, no sentido de que não é qualquer variação cambial que impacta no equilíbrio econômico-financeiro, mas àquela inesperada, que rompa severamente a equação econômico-financeira, impacte no custo global do contrato e seja comprovada "de forma incontestável." No mesmo sentido: TCU, 1ª Câmara, Acórdão n. 4.125/2019.

Tratam-se de fatos imprevisíveis ou cujas consequências são incalculáveis ao "gestor médio" quando da vinculação contratual. De igual sorte, a variação cambial abrupta e desproporcional ocorrida no país em

razão do novo coronavírus não é normal, previsível ou sequer de consequências calculáveis.

Portanto, uma vez comprovados tais pressupostos, admite-se que o particular requeira a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão desta inesperada e brusca variação cambial ocorrida em razão desta pandemia viral.

Ante o exposto, concluímos que diante do atual cenário mundial e sua repercussão econômica, preços registrados em ata assinada em 19 de fevereiro de 2020 podem sofrer reequilíbrio econômico financeiro em abril de 2020, desde que o desequilíbrio superveniente seja comprovado de forma incontestável.

É o parecer, s.m.j.

Ana Carolina Couri de Carvalho
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 05 de maio de 2020.

Parecer IBAM nº 1005/2020

LI – Licitação. Contratação direta. Lei federal nº 13.979/20, desdobramentos e considerações ao caso concreto.

CONSULTA:

A Câmara questiona: "As alterações temporárias previstas na MP 961 (limites de dispensa de licitação) são aplicadas somente para equipamentos, materiais e insumos ligados ao enfrentamento a Covid-19, tais como respiradores, máscaras, roupas de proteção, ou poderá ser aplicada a compra de qualquer tipo de material e/ou serviços?"

RESPOSTA:

A Organização Mundial de Saúde decretou estado de emergência na saúde pública internacional diante do cenário de pandemia viral (Sars Cov2). No âmbito da União foi reconhecido estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020) e de igual forma em estados e municípios.

A evidente crise na saúde pública, a condição de vulnerabilidade socioeconômica dos cidadãos e os reflexos das medidas de isolamento social na economia, impõem medidas ágeis de enfrentamento pelo Poder Público, em prol do interesse primário da coletividade.

Nos termos da Lei federal 13.979/20, a dispensa emergencial de licitação (art. 4º da Lei 13.979/2020, alterado pela MP 926/2020) aplica-se à aquisição de bens, serviços, insumos para o enfrentamento da pandemia, presumidas as situações de emergência, a necessidade de pronto atendimento, risco à segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens. Regulamentando o art. 4º da Lei 13.979/2020, o decreto federal 10.282/20 (art. 3º, § 1º) exemplifica as atividades essenciais, indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Note-se que, com fundamento parecido, o art. 24, IV da Lei de Licitações admite que a licitação seja dispensada nos casos de emergência ou de calamidade pública, mas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos.

O Tribunal de Contas de Santa Catarina publicou em 07.04.20:

"a contratação direta para atender emergência ou calamidade pública, seja ela baseada na Lei Federal n. 13.979/2020, na Lei Geral de Licitações (artigo 24, inciso IV, da Lei n. 8.666/1993) ou em regramentos específicos editados para atendimento das necessidades durante a pandemia, requer a demonstração da pertinência da contratação à situação concreta (adequação do objeto). Além das hipóteses de dispensa de licitação citadas, existem outros procedimentos que podem auxiliar os gestores no atendimento das questões que exigem providências mais ágeis, como a adoção do pregão com prazos reduzidos, previsto na Lei Federal n. 13.979/2020 ou a adesão a atas de registro de preços de outros órgãos.

Salienta-se que cada caso deve ser analisado de acordo com suas peculiaridades, sendo que deve ser adotada a alternativa mais adequada ao atendimento da necessidade pública em questão. /.../ Excepcionalmente, tanto a dispensa de licitação com fundamento na Lei federal n. 13.979/2020 quanto a prevista no artigo 24, IV, da Lei Federal n. 8.666/1993, também podem ser utilizadas quando, mesmo havendo contrato vigente, não for possível o fornecimento ou a prestação de serviços. Nessa hipótese, além dos demais elementos citados, a impossibilidade de fornecimento na forma prevista no contrato em vigor deve ser devidamente justificada e comprovada no processo de dispensa de licitação. Cabe ressaltar que essa flexibilização atenua o rigorismo formal inerente às contratações públicas, possibilitando que o gestor atenda determinada necessidade de forma rápida e efetiva, e é aplicável apenas a bens, obras e serviços que tenham relação direta com a situação emergencial. (Fonte: http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/coronavirus_perguntas_e_respostas.pdf, acessado em 05.05.20, g.n.)."

Assim, os contratos oriundos da aplicação da Lei Federal n. 13.979/2020 terão prazo de duração de até seis meses e poderão

ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.

Especificamente a aquisições do art. 4º, caput, se a movimentação for realizada por meio de Cartão de Pagamento do Governo, ficam estabelecidos os seguintes limites (art. 6º-A) para a concessão de suprimento de fundos e por item de despesa:

"I - na execução de serviços de engenharia, o valor estabelecido no art. 23, I, a' da Lei nº 8.666/93;

II - nas compras em geral e outros serviços, o valor estabelecido art. 23, II, a' da Lei nº 8.666/93. "

Por sua vez, a MP 961/20 (DOU: 07.05.20), conforme sua literalidade, aplica-se aos atos e contratos firmados durante a vigência do estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (art. 2º, caput), independentemente de prazos e prorrogações (art. 2º, § Un).

A medida objetiva facilitar as contratações públicas, com a adaptação de tais contratações a realidade inédita, com drásticos impactos na sociedade e na economia.

A MP autoriza o pagamento antecipado em licitações durante o estado de calamidade pública, desde que satisfeitas algumas condições. Atualmente, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União admite a antecipação do pagamento em situações excepcionais (vide acórdãos 4143/2016 - 1ª C., 1565/2015 - Plenário, 3614/2013 - Plenário e 1341/2010 Plenário do TCU). A antecipação deverá estar prevista no edital ou no ato adjudicatório. O órgão licitante poderá exigir a devolução integral do valor antecipado se o contrato não for cumprido.

A medida provisória também altera os limites para dispensa de licitação. Os novos valores são até R\$ 100 mil para obras e serviços de engenharia e até R\$ 50 mil para compras e outros serviços.

A MP 961/20 faz algo semelhante ao Decreto 9.412/2018, mas possui vigência temporária, aplica-se durante o período do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Diferentemente da MP 926/2020, a MP 961/20 não se restringe às contratações decorrentes diretamente do combate à Covid. Confira:

"MP 961/2020, art. 2º, caput:

"O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos atos realizados durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Parágrafo único. O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos contratos firmados no período de que trata o caput independentemente do seu prazo ou do prazo de suas prorrogações."

Trata-se de norma cujo o limitador é temporal (até o fim do estado de calamidade pública declarado), diante dos graves impactos na economia e na sociedade, mas não quanto ao objeto em si da contratação realizada neste período.

Portanto, da sua interpretação literal e finalística, a MP 961/20 poderá ser aplicada às contratações realizadas durante a vigência do período de calamidade pública fixada no Decreto Legislativo nº 6/2020, independente do fato da contratação estar ou não relacionada ao combate da pandemia decorrente da COVID-19. Assim, até o momento, aplica-se até 31 de dezembro de 2020.

Em suma, concluímos que os limites de dispensa da MP 961/20 (norma de vigência temporária) não estão direcionados apenas aos gestores de saúde; seu objetivo é o de facilitar as contratações públicas durante período de calamidade pública reconhecido, diante desta realidade inédita enfrentada, com drásticos impactos na sociedade e na economia.

É o parecer, s.m.j.

Ana Carolina Couri de Carvalho
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 13 de maio de 2020.

Parecer IBAM nº 1017/2020

LI – Licitação. Lei federal 13.979/20 e Medida Provisória nº 961/20. Questionamentos ao caso concreto.

CONSULTA:

A Prefeitura, considerando a redação do art. 1º, I, a' e b' da Medida Provisória nº 961/20, que autoriza pagamentos antecipados nas licitações e contratos, amplia limites de dispensa e o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6/20, quanto à contratação direta por dispensa, formula questionamentos que foram transcritos no parecer para facilitar a compreensão da matéria.

RESPOSTA:

A Organização Mundial de Saúde decretou estado de emergência na saúde pública internacional diante do cenário de pandemia viral (Sars Cov2). No âmbito da União foi reconhecido estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020) e de igual forma em estados e municípios. A evidente crise na saúde pública, a condição de vulnerabilidade socioeconômica dos cidadãos e os reflexos das medidas de isolamento social na economia, impõem medidas ágeis de enfrentamento pelo Poder Público, em prol do interesse primário da coletividade.

A MP 961/20 (DOU: 07.05.20), conforme sua literalidade, aplica-se aos atos e contratos firmados durante a vigência do estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (art. 2º, caput), independentemente de prazos e prorrogações (art. 2º, § Un). A medida objetiva facilitar as contratações públicas, com a adaptação de tais contratações a realidade inédita, com drásticos impactos na sociedade e na economia.

A MP autoriza o pagamento antecipado em licitações durante o

estado de calamidade pública, desde que satisfeitas algumas condições. Atualmente, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União admite a antecipação do pagamento em situações excepcionais (vide acórdãos 4143/2016 - 1ª C., 1565/2015 - Plenário, 3614/2013 - Plenário e 1341/2010 Plenário do TCU).

A antecipação deverá estar prevista no edital ou no ato adjudicatório. O órgão licitante poderá exigir a devolução integral do valor antecipado se o contrato não for cumprido.

A medida provisória também altera os limites para dispensa de licitação dos contratos celebrados neste período. Os novos valores são até R\$ 100 mil para obras e serviços de engenharia e até R\$ 50 mil para compras e outros serviços.

A Lei nº 8.666/1993 estabelece os valores das modalidades licitatórias cuja última atualização ocorreu em 1998 pela Lei Federal nº 9.648, portanto, valores estes defasados pelos efeitos inflacionários. O decreto federal nº 9.412/2018 (citado na Consulta) é manifestação do poder regulamentar da União e ocorre com respaldo no art. 84, IV da Constituição. O referido decreto, publicado em 18 de junho de 2018 e em vigor 30 dias após, atualiza expressamente os valores das modalidades de licitação do art. 23 da Lei nº 8.666/93, com base no art. 120 da Lei nº 8.666/1993. Conquanto o decreto não tenha sido expresso, como pressuposto lógico, esta alteração de valores repercute nos limites da contratação direta, tendo em vista a vinculação dos percentuais aos patamares dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93 e a necessidade de interpretação sistemática da lei. Sobre o tema, nos manifestamos em precedentes.

Note-se que a MP faz algo semelhante ao Decreto 9.412/2018, mas possui vigência temporária, aplica-se durante o período do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

a) Se os limites majorados por esta Medida Provisória somente devem ser considerados para situações que envolvem atividades diretas ao combate do coronavírus, por exemplo, compra de EPIs hospitalares, ou se abrange de uma forma geral, independentemente do combate à pandemia.

Diferentemente da MP 926/2020, a MP 961/20 não se restringe às

contratações decorrentes diretamente do combate à Covid. Confira:

"MP 961/2020, art. 2º, *caput*:

O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos atos realizados durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Parágrafo único. O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos contratos firmados no período de que trata o *caput* independentemente do seu prazo ou do prazo de suas prorrogações."

Trata-se de norma cujo o limitador é temporal (até o fim do estado de calamidade pública declarado), diante dos graves impactos na economia e na sociedade, mas não quanto ao objeto em si da contratação realizada neste período.

Portanto, da sua interpretação literal e finalística, a MP 961/20 (de vigência temporária) poderá ser aplicada às contratações realizadas durante o período de calamidade pública fixada no Decreto Legislativo nº 6/2020.

b) Quanto ao art. 4º da lei federal 13.979/20 em vigor, tais bens e serviços para enfrentamento direto da pandemia ficam sujeitos ao limite para dispensa licitatória imposto pela Medida Provisória ou sem limites, mas com as condicionantes da referida Lei 13.979/20?

O art. 4º da lei 13.979/20 trata de dispensa por emergência, em similaridade ao previsto no art. 24, VI da Lei nº 8.666/93. Não se trata de dispensa cujo o fundamento é o valor. Nos termos da Lei federal 13.979/20, a dispensa emergencial de licitação (art. 4º da Lei 13.979/2020, alterado pela MP 926/2020) aplica-se à aquisição de bens, serviços, insumos para o enfrentamento da pandemia, presumidas as situações de emergência, a necessidade de pronto atendimento, risco à segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens.

Note-se que, com fundamento parecido, o art. 24, IV da Lei de Licitações admite que a licitação seja dispensada nos casos de emergência ou de calamidade pública, mas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos. Já os contratos oriundos da aplicação da

Lei Federal n. 13.979/2020 terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública. Regulamentando o art. 4º da Lei 13.979/2020, o decreto federal 10.282/2020 (art. 3º, § 1º) exemplifica as atividades essenciais, indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Em suma, o regramento estabelecido pela Lei 13.979/20 é totalmente distinto e não se confunde com aquele instituído pela MP 961/2020.

c) a redação abrange também a Administração Pública Indireta, por exemplo, as Autarquias e Fundações Públicas municipais? Caso positivo, tais valores devem ser considerados em dobro para estas entidades, considerando a redação legal prevista no §1º do Art. 24 da Lei Federal nº 8.666/93: "§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas".

O termo "Administração Pública" abrange tanto a administração direta como a indireta. No entanto, quanto às estatais (Lei 13.303/16), estas já têm este mesmo patamar de dispensa, tal como previsto excepcionalmente na MP 961/20, dispõe de regime de licitação especial que seguem regras equivalentes ao setor privado, inclusive quanto aos pagamentos.

A Lei nº 9.648/1998, que alterou a Lei de licitações, trouxe benefício para autarquias e fundações qualificadas como agências executivas estabelecendo o dobro dos valores de dispensa para tais entidades. Em âmbito federal temos os decretos 2.487 e 2.488/98. O art. 24, § 1º da Lei de Licitações encerra uma exceção ao dever geral de licitar e não comporta interpretação ampla, excluindo, portanto, sua aplicação de entidades que não sejam qualificadas como agências executivas.

O substrato constitucional das denominadas agências executivas ampara-se no art. 37, § 8º da Constituição que, em prol da eficiência administrativa, permite ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades da administração por contrato, o qual fixe

metas de desempenho. Além disso, é necessário lei que disponha sobre controles e critérios de avaliação de desempenho, deveres, responsabilidade dos dirigentes; prazo de duração do contrato, entre outros temas. Quanto às agências executivas, Maria Sylvania Zanella Di Pietro esclarece:

"Trata-se de entidade preexistente (autarquia ou fundação governamental) que, uma vez preenchidos os requisitos legais, recebe a qualificação de agência executiva, podendo perdê-la, se deixar de atender aos mesmos requisitos. Essas entidades estão disciplinadas pelos Decretos Federais nºs 2.487/98 e 2.488/98 (...) De acordo com o art. 1º, §1º do Decreto nº 2.487 a qualificação de autarquia ou fundação como agência executiva poderá ser conferida mediante iniciativa do Ministério supervisor, com anuência do Ministério da Administração Federal, que verificará o cumprimento, pela candidata à qualificação dos seguintes requisitos: (a) ter celebrado contrato de gestão com o respectivo ministério supervisor; (b) ter plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento. (...) A última observação é no sentido de que os dois decretos que se referem a agência executiva somente se aplicam à esfera federal. Se Estados e Municípios quiserem adotar medida semelhante, deverão baixar suas próprias normas, observando o disposto no art. 37, §8 da Constituição." (Direito Administrativo, Ed. Atlas, 20ª Edição, p. 432 e 433, g.n.)

Sobre o tema, nos manifestamos no parecer IBAM 1019/18:

"além de lei municipal versando sobre as matérias do art. 37, § 8º da Constituição, haveria necessidade de firmar contrato de gestão e reconhecimento, como agência executiva, por decreto do chefe do Executivo. Os requisitos para enquadramento, bem como para sua necessária manutenção e comprovação, devem constar de decreto regulamentador do próprio município que pode se inspirar no regramento editado pela União, observando aos preceitos do art. 37, § 8º da Constituição. Respondendo objetivamente ao indagado, a aplicação da dobra do percentual de dispensa, tal como vem dito na consulta, resta de todo inviável

e sujeita a glosa pelos órgãos de controle."

Em conclusão ao último questionamento, a dobra legal referida, só aplica-se às entidades, devidamente qualificadas na forma do ordenamento jurídico, como Agências Executivas.

É o parecer, s.m.j.

Ana Carolina Couri de Carvalho
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 14 de maio de 2020.

Parecer IBAM nº 1141/2020

CC – Convênios / Contratos.
Emergência de saúde pública internacional causada pelo novo coronavírus (Covid-19).
Revisão, suspensão ou rescisão de termo de colaboração firmado com entidade assistencial sem fins lucrativos, nos termos da Lei nº 13.019/2014. Considerações.

CONSULTA:

A Prefeitura Municipal relata que o Município firmou termo de colaboração com entidade que presta atendimento assistencial educacional e na área da saúde.

Informa, também, que devido à pandemia do novo coronavírus, a associação está com as atividades suspensas, de modo que não está recebendo os alunos.

Indaga o consulente se o Município deve continuar a realizar os repasses previstos no referido acordo.

A consulta vem documentada.

RESPOSTA:

A emergência de saúde provocada pela pandemia de Covid-19 gerou uma série de situações e desafios inéditos para os gestores públicos. Consequência deste ineditismo é a inexistência de normas na legislação vigente que contenham soluções para questões concretas surgidas durante a emergência de saúde. Esses diplomas legais não foram formulados tendo em vista o cenário atual.

Para atender às situações excepcionais criadas pela emergência de saúde, foi editada a Lei 13.979/2020. A referida lei, porém, contém disposições sobre contratações emergenciais para atender à situação de calamidade pública, mas não altera o regime legal que rege os contratos e convênios já celebrados e vigentes.

É importante observar que a realização de despesa pública deve observância à regramento específico, notadamente quanto ao disposto na Lei nº 4.320/1964, recepcionada pela Constituição com *status* de lei complementar (art. 165, § 9º). Os arts. 62 e 63, §2º, da Lei nº 4.320/64 determinam que o pagamento só pode ocorrer após a liquidação da despesa que tenha por base contrato, ajuste ou acordo.

Portanto, como a entidade em referência não está realizando as atividades previstas no termo de colaboração, mostra-se inviável a continuidade do repasse de pagamentos com base no vigente termo de colaboração e seu respectivo plano de trabalho. Com efeito, a despesa não poderá ser empenhada, uma vez que o termo de colaboração em que se baseia exige que a entidade realize certas atividades que, no momento, estão cessadas.

Cabe ressaltar, ainda, que a Lei nº 13.019/2014 exige o monitoramento e a avaliação do cumprimento do objeto da parceria, conforme dispõe seu art. 58. Portanto, observa-se que o efetivo cumprimento do plano de trabalho é condição *sine qua non* para o repasse de recursos no âmbito do termo de colaboração, inviabilizando-se em caso de interrupção total das atividades.

A melhor solução, aparentemente, é a modificação do plano de trabalho e forma da execução da parceria, devendo a Administração Pública privilegiar a negociação e o acordo com a entidade, evitando, desse modo, a imposição de decisões unilaterais sem respaldo legal e minimizando prejuízos neste momento de calamidade.

Nesse caso, poderia ser realizada alteração do plano de trabalho para que, no decurso da pandemia, a entidade parceira execute atividades na área da educação e saúde que possam ser realizadas com respeito às medidas de distanciamento social. Os valores também poderiam ser revisados. Com efeito, o artigo 57 da Lei nº 13.019/2014 autoriza a alteração do plano de trabalho das parcerias, com a revisão de valores ou metas,

determinando que:

Art. 57. O plano de trabalho da parceria poderá ser revisto para alteração de valores ou de metas, mediante termo aditivo ou por apostila ao plano de trabalho original.

Dessa forma, se existir acordo entre as partes, o plano de trabalho pode ser revisado e as metas e datas de repasses de recursos pelo Poder Público alteradas para período posterior à emergência de saúde causada pelo novo coronavírus, ou mesmo continuarem no decurso da pandemia com as adaptações necessárias.

Cabe verificar que a entidade certamente tem profissionais contratados para realizar as atividades previstas no plano de trabalho, e a mera interrupção dos repasses pode causar significativos danos sociais e financeiros, prejudicando até mesmo a sua existência.

A via da repactuação na forma do art. 57 da Lei nº 13.019/2014 é, com efeito, solução bastante promissora. Pertinente que, nas tratativas da renegociação, a associação abra sua planilha de custos, para que se verifique as medidas necessárias para preservar postos de trabalho e a própria entidade. Poderá ser avaliada, na repactuação do plano de trabalho, se haverá menos gastos com energia, água, transporte dos contratados, redução de remuneração dos contratados com redução de jornada, etc.

Pertinente ressaltar que, caso não haja qualquer renegociação, mantendo-se os repasses sem qualquer modificação do plano de trabalho, a entidade não terá como prestar contas posteriormente, o que representará riscos para os gestores públicos e privados antes os órgãos de controle. Não é viável, assim, que os repasses continuem ocorrendo sem qualquer atividade realizada pela entidade parceira e sem qualquer ação no sentido de alterar o plano de trabalho.

É verdade, por outro lado, que o artigo 78, XIV, da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de suspensão de contratos administrativos em caso de calamidade pública. Contudo, há alguns obstáculos para a aplicação deste dispositivo às parcerias regidas pela Lei nº 13.019/2014, como é o caso do termo de colaboração com a entidade sem fins lucrativos em referência.

O primeiro obstáculo é o fato de que o artigo 84 da Lei nº 13.019/2014 determina que: "não se aplica às parcerias regidas por esta Lei

o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993".

O segundo obstáculo é o artigo 48 da Lei nº 13.019/2020 que enumera as hipóteses em que a Administração Pública pode unilateralmente interromper o repasse de recursos nos seguintes termos:

Art. 48. As parcelas dos recursos transferidos no âmbito da parceria serão liberadas em estrita conformidade com o respectivo cronograma de desembolso, exceto nos casos a seguir, nos quais ficarão retidas até o saneamento das impropriedades:

I - quando houver evidências de irregularidade na aplicação de parcela anteriormente recebida;

II - quando constatado desvio de finalidade na aplicação dos recursos ou o inadimplemento da organização da sociedade civil em relação a obrigações estabelecidas no termo de colaboração ou de fomento;

III - quando a organização da sociedade civil deixar de adotar sem justificativa suficiente as medidas saneadoras apontadas pela administração pública ou pelos órgãos de controle interno ou externo.

Portanto, não há, no dispositivo legal destacado, previsão no sentido de que o Poder Público possa, unilateralmente, suspender as transferências de recursos para o parceiro privado.

O terceiro obstáculo a ser considerado pelo gestor é o fato de que estas entidades, muitas vezes, prestam serviços de relevante utilidade pública, de modo que a suspensão ou rescisão de parcerias pode violar interesses de toda a coletividade.

Caso nenhum acordo seja possível, em último caso, terá o Município a prerrogativa de rescindir unilateralmente a parceria. Essa rescisão, porém, também não pode ocorrer de imediato.

Isso porque as parcerias são formalizadas mediante termos de colaboração que devem, obrigatoriamente, conter cláusulas que regulamentem a rescisão, as condições para tanto, as sanções aplicáveis às

partes nessa hipótese e um prazo, não menor do que 60 (sessenta) dias, para que a parte que pretende rescindir a parceria publicize essa pretensão, o que, aliás, está previsto expressamente no documento do termo de colaboração. Tudo isso, na forma do artigo 42, XVI, da Lei nº 13.019/2014, *in verbis*:

Art. 42 Art. 42. As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração, de termo de fomento ou de acordo de cooperação, conforme o caso, que terá como cláusulas essenciais:

(...)

XVI - a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias;

A rescisão da parceria, portanto, poderá ser realizada por ato da Administração Pública ou por acordo entre as partes, devendo ser respeitados, porém, os prazos e condições previstos no termo de colaboração. Caso a rescisão seja provocada pelo ente público, este estará sujeito às sanções previstas no termo de colaboração, se houver tal previsão.

Na hipótese de suspensão ou rescisão da parceria pela Administração Pública, sem que haja acordo entre as partes, a consequência possível é que o ente público seja responsabilizado por eventuais danos causados à organização da sociedade civil. Nessa linha, já entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que é possível a rescisão da parceria pelo Poder Público, respeitado o disposto no termo de colaboração, ressalvado o dever de indenizar eventuais prejuízos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, PARA DETERMINAR QUE OS RÉUS CUMPRAM O TERMO DE COLABORAÇÃO FIRMADO COM A ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL DOS HOMENS DO AMANHÃ, PARA A MANUTENÇÃO DA CASA ABRIGO BETEL, DESTINADA AO ATENDIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES COM DEFICIÊNCIAS, DEVENDO ARCAR COM O PAGAMENTO DAS VERBAS EM ATRASO, REFERENTES

AO PERÍODO DE MAIO A DEZEMBRO DE 2016, NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS, SOB PENA DE ARRESTO DAS QUANTIAS. IRRESIGNAÇÃO. LEI Nº 13.019/14, QUE ESTABELECE O REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO E RECÍPROCO, MEDIANTE A EXECUÇÃO DE ATIVIDADES OU DE PROJETOS PREVIAMENTE ESTABELECIDOS EM PLANOS DE TRABALHO, CUJO ART. 42, XVI, ESTABELECE, COMO CLÁUSULA ESSENCIAL, A PREVISÃO DE FACULDADE DOS PARTÍCIPES RESCINDIREM O INSTRUMENTO A QUALQUER TEMPO. CLÁUSULA VIGÉSIMA, DO TERMO DE COLABORAÇÃO EM COMENTO, QUE POR SEU TURNO PREVÊ A SUA EXTINÇÃO ANTES DO PRAZO DE VIGÊNCIA, POR DENÚNCIA, RESSALVADO O DEVER DE INDENIZAR OS PREJUÍZOS EVENTUALMENTE CAUSADOS, QUE DEVERÃO SER AVALIADOS E QUANTIFICADOS. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA OU SANÇÃO POR DESCUMPRIMENTO QUE, APARENTEMENTE, OBSTARIA A PRETENDIDA DETERMINAÇÃO DE REPASSE, O QUE SE DEPREENDE EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA. REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA MEDIDA PLEITEADA EM 1º GRAU, CONSISTENTES NA PROBABILIDADE DO DIREITO E NO PERIGO DE DANO, A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 300, DO CPC/15, NÃO EVIDENCIADOS DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-RJ - AI: 00072915620178190000 RIO DE JANEIRO DUQUE DE CAXIAS VARA INF JUV IDO, Relator: MAURO DICKSTEIN, Data de Julgamento: 20/06/2017, DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/06/2017) (Grifos nossos.)

Por todo o exposto, concluímos que não é viável a continuidade do pagamento dos repasses apoiado no plano de trabalho do termo de colaboração em vigor, uma vez que as atividades da entidade com a qual foi firmada a parceria estão interrompidas. Entretanto, é possível e recomendável alteração do plano de trabalho nos termos do art. 57 da Lei nº 13.019/2014, com revisão das metas e dos valores, de comum acordo, para adaptá-lo à nova realidade temporária causada pelo novo coronavírus (Covid-19), devendo a Administração Pública cumprir seu dever de monitoramento e a entidade parceira seu dever de prestar contas. Por outro lado, a suspensão temporária da parceria celebrada pelo Poder Público com organização da sociedade civil, na forma da Lei nº 13.019/2014,



é possível se existir acordo entre as partes, nos termos do artigo 57 da Lei nº 13.019/2014. Caso não haja acordo entre as partes, não há dispositivo legal que autorize a suspensão temporária da execução da parceria por ato unilateral da Administração Pública. A rescisão da parceria, como última medida, é possível na forma estabelecida no termo de colaboração, conforme artigo 42, XVI, da Lei nº 13.019/2014, porém deve ser evitada diante da situação de calamidade, devendo ser privilegiado o acordo e a cooperação.

É o parecer, s.m.j.

Gustavo da Costa Ferreira M. dos Santos
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2020.

Parecer IBAM nº 1237/2020

CC – Convênios / Contratos.
Transporte Escolar. Alteração
Contratual. Antecipação do
pagamento. Lei de Licitações.
Concessão de cestas básicas.
Assistência Social.
Considerações.

CONSULTA:

A Prefeitura consulente expõe e indaga o seguinte, in verbis:

"Com a pandemia do coronavírus houve paralisação dos serviços terceirizados de transporte de alunos. Os prestadores de serviço, em número de 62, estão praticamente sem receber desde dezembro de 2019. Vislumbrando esse panorama de muita dificuldade o Município aprovou a Lei Municipal nº 1.728/2020. Contudo, continuam com severa dificuldade e estão requerendo concessão de cesta básica. É possível? Noutro aspecto, pode o Município, com verba do PINAT, remunerá-los pelos serviços de transporte de material didático às escolas rurais municipais?"

RESPOSTA:

Os contratos administrativos, de acordo com a Lei Geral de Licitações são quaisquer ajustes firmados entre as entidades da Administração Pública, Direta ou Indireta, e particulares, com vistas a estabelecer um acordo de vontades, para a estipulação de obrigações recíprocas.

Regulam-se os contratos pelas respectivas cláusulas, pelas normas da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), pelos preceitos de direito público e na omissão destes dispositivos, quando for o caso, pelos princípios da teoria geral dos contratos e pelas disposições de direito privado.

Assim, após a finalização do procedimento licitatório ou sua regular dispensa ou inexigibilidade, a Administração Pública adotará as providências necessárias à assinatura do contrato nos termos definidos pelo edital e seus anexos e pela proposta vencedora. Por meio da definição das condições de execução do objeto com a estipulação dos deveres e obrigações recíprocos, há a definição do escopo do contrato, o que lhe conferirá individualidade, permitindo assim ao administrador executar as políticas públicas por meio de um planejamento responsável da despesa pública, com a implementação de suas ações de governo.

A definição do escopo contratual, em suma, é o que permite ao gestor público o planejamento da despesa para atendimento das necessidades da população atendidas pela consecução do objeto.

A realização de uma contratação da Administração Pública, então, possui necessariamente um escopo de execução delimitado por meio da documentação do edital de licitação e do contrato que tenham sido firmados, sendo essencial neste momento, tecer alguns comentários sobre o conceito de escopo.

O entendimento do que seja o escopo de um contrato vincula-se necessariamente à compreensão das suas finalidades de atuação, dos resultados esperados com a execução do ajuste e das técnicas adotadas para a consecução do objeto. Em sua etapa inicial se dá o detalhamento das fases de execução do contrato, com a descrição das características do serviço e o trabalho necessário para realizá-lo. Muito embora tais comentários pareçam redundantes, é essencial ter em mente que a definição do escopo é primordial para explicitar a percepção do que as partes esperam da execução do objeto contratual e o que o prestador de serviços, ou executor das obras precisa projetar, executar e entregar. Somente após a delimitação do escopo contratual, todos os fatores, especialmente os prazos e os custos, ficam expostos e definidos, com vistas a não conferir margem a interpretações ambíguas.

Neste toar, o interesse da Administração pode ser resguardado com a alteração do contrato com o objetivo de adequá-lo a uma nova necessidade que, se não superveniente, mas que decorre da falha na formatação do objeto contratado.

A Lei nº 8.666/1993 em seu art. 65, parágrafo primeiro regula as modificações unilaterais dos contratos firmados pela Administração Pública.

Trata-se de hipótese em que a contratada fica obrigada a "aceitar nas mesmas condições contratuais, os acréscimos e supressões que se fizerem nas obras, serviços, ou compras, até o limite de 25% do valor inicial do contrato (devidamente atualizado) e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos".

Assim sendo, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia. Não é outra a lição de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos, 2002, p. 550):

"A melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a elevação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada. Os contratos de longo prazo ou de grande especialização técnica são mais suscetíveis a essa modalidade de alteração. (...) A lei não estabelece limites qualitativos para essa modalidade de modificação contratual. Não se pode presumir, no entanto, existir liberalidade ilimitada. Não se caracteriza a hipótese quando a modificação tiver tamanha dimensão que altere radicalmente o objeto contratado. Não se alude a uma modificação quantitativa, mas a alteração qualitativa. No entanto, a modificação unilateral introduzida pela Administração não pode transfigurar o objeto licitado em outro, qualitativamente distinto".

No caso da consulta, não se postula alteração do objeto do contrato por se tratar de necessidade de adequação técnica em razão de sua grande especialização. Na verdade, diz o consulente que deseja prestigiar os contratados para prestação de serviços de transporte escolar, que se encontram prejudicados pela interrupção do serviço.

No entanto, o transporte de alunos não se confunde com o transporte de objetos como material escolar. Com efeito, os veículos que são utilizados em transporte de pessoas e, em particular, de escolares, devem se adequar a diversas normas destinadas a assegurar a segurança dos estudantes, que não se aplicam ao transporte de objetos. Assim, essa alteração qualitativa não se mostra viável, até mesmo porque

outros potenciais competidores que poderiam prestar o serviço de transporte de objetos (como é o caso das apostilas) podem estar sendo preteridos. Assim, não se pode aproveitar a licitação já realizada para transporte de alunos a fim de aditivar o contrato.

Na verdade, apesar de se reconhecer que pode ser delicada a situação dos transportadores de escolares, a medida pretendida frustra o caráter competitivo da licitação e viola os princípios da moralidade e da impessoalidade. Não se pode olvidar que do mesmo modo que os transportadores de escolares estão enfrentando os efeitos econômicos da crise, também potenciais transportadores de material escolar a quem não foi dada nem mesmo a opção de participar do processo licitatório também os enfrentam.

Assim é que se afigura ilegal o aditamento qualitativo pretendido, sendo obrigatório, nesse caso, a realização de nova contratação nos moldes da Lei nº 8.666/1993. É possível, ainda, a fim de simplificar o processo de contratação emergencial de serviços, a dispensa de licitação prevista na Lei nº 13.979/2020, no art. 4º e ss., desde que o serviços perdure apenas durante o estado de calamidade ou emergência, devendo a contratação ser 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 12.527/2011, 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.

Deverá a medida ser devidamente motivada, ainda, nos termos do art. 4ª-A da Lei nº 13.979. No caso da consulta, como o transporte de material escolar dar-se-á justamente para atendimento à uma necessidade decorrente da pandemia, o atendimento a esses requisitos está amparado por presunção que, no entanto, é apenas relativa, e não absoluta. De qualquer modo, rememore-se que mesmo diante de uma dispensa de licitação, deve a administração pública resguardar o atendimento aos princípios da impessoalidade e da moralidade, de modo que a contratação deve ser precedida, ao menos, de pesquisa de preços devidamente documentada na fundamentação.

Em vista do exposto, com relação ao transporte de material escolar pelos prestadores de serviço do transporte de alunos, conclui-se pela inviabilidade do aditamento qualitativo pretendido, podendo, no entanto, a nova contratação ser realizada emergencialmente por dispensa, conforme

arts. 4º e ss. da Lei nº 13.979/2020, observados os princípios da impessoalidade e da moralidade, e a necessária economicidade da contratação.

Esclarecido esse quadro geral quanto à impossibilidade de alteração contratual para o transporte de material escolar, e adentrando na questão da antecipação do pagamento à cooperativa de transporte escolar, observa-se que se tratam de contratos administrativos com os transportadores em que os pagamentos pelo serviço prestado são efetuados pelo poder público.

É importante observar que a realização de despesa pública deve observância à regramento específico, notadamente quanto ao disposto na Lei nº 4.320/1964, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar (art. 165, § 9º). Os arts. 62 e 63, §2º, da Lei nº 4.320/64 determinam que o pagamento só pode ocorrer após a liquidação da despesa que depende da comprovação do serviço prestado. Os referidos dispositivos estabelecem que:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

(...)

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço."

Em regra, a Administração Pública não pode pagar por serviços não prestados, mesmo em situação de emergência ou calamidade. O pagamento por serviços que não foram efetivamente prestados, ademais, pode configurar ato de improbidade administrativa. Nesse sentido,

destacamos a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE ENCANTADO. SERVIÇOS NÃO PRESTADOS. PAGAMENTOS. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. 1. O reconhecimento de ato de improbidade administrativa demanda prova do ato antijurídico, danos ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública, além da aferição de conduta subjetiva do agente. 2. Havendo a expressa designação do Secretário Municipal de Obras como responsável pela fiscalização do contrato, e diante da comprovada inexecução dos serviços, o pagamento daqueles importa conduta ímproba por omissão, nos termos do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. 3. Impossibilidade de imputação de responsabilidade objetiva ao Prefeito Municipal pela ausência de fiscalização pessoal. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70078893310, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 19/09/2018)". (TJ-RS - AC: 70078893310 RS, Relator: Francesco Conti, Data de Julgamento: 19/09/2018, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/11/2018)

A regra é que em situação de calamidade, os contratos sejam suspensos por ato escrito fundamentado do Poder Público, na forma do artigo 78, XIV, da Lei nº 8.666/93, in verbis:

"Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação".

Destaque-se que, em regra, a suspensão dos contratos não deve ultrapassar o prazo de 120 dias. Este prazo, contudo, não se aplica em situações de calamidade pública, que autorizam a suspensão da execução do contrato por período superior.

É sabido por todos, entretanto, que no presente momento o Brasil e a humanidade enfrentam a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), já tendo sido declarada calamidade pública pelo Decreto Legislativo nº 6/2020 em nível nacional, o que exigirá da sociedade e do poder público vultosos esforços materiais e financeiros, seja na área da saúde, seja na assistência social.

Existe, ainda, uma grande preocupação com os efeitos deletérios que podem ser causados na economia com a cessação das atividades econômicas, o que pode afetar mais profundamente os trabalhadores e pessoas mais vulneráveis economicamente, que não tenham reservas e cuja renda mensal seja a necessária para garantia da subsistência. Assim é que o governo tem incentivado as empresas a manterem empregos e não demitirem empregados por meio de incentivos financeiros e fiscais, como o previsto na Medida Provisória nº 936/2020, além da instituição do auxílio emergencial por meio da Lei nº 13.982/2020.

Sabe-se que toda a atividade administrativa deve ser conduzida e informada pelo postulado da tutela do interesse público. Assim, o atendimento ao interesse público, ao lado da observância dos demais princípios que regem a Administração Pública, é o requisito de validade de toda medida, negócio ou ato administrativo.

Ora, a cessação repentina de pagamentos a prestadores de serviços pode provocar efeitos sociais deletérios que acabarão por repercutir imensamente na vida local, como o desemprego e problemas sociais que decorrem da falta de rendimentos para as necessidades básicas.

Existe interesse público na manutenção de empregos e da renda pela população, uma vez que são direitos sociais garantidos pela Constituição a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer e a assistência aos desamparados (art. 6º, da CRFB). Além disso, o arcabouço principiológico da Constituição, fundado que é na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e que tem por objetivos a construção

de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, I e III, da CRFB).

Deve-se ter em vista, no entanto, que os recursos públicos são limitados e que o poder público não é um segurador universal contra todas as intempéries e contingências que podem vir a ocorrer. Devem a sociedade e o estado colaborar e agir em espírito de parceria e colaboração para o enfrentamento dos desastres como o que agora enfrenta o país.

No caso da consulta, porém, a lei prevê o adiantamento da parcela de pagamento à empresa no valor de R\$ 2.500,00 para cada carro pelo período de dois meses, podendo ser prorrogado, em razão da declaração de calamidade pública. Portanto, os contratados manteriam a remuneração do contrato de prestação de serviços e poderiam recorrer às medidas emergenciais para manutenção do emprego e da renda.

Ocorre que os custos dos contratados não são apenas com folha de pagamento. No serviço de transporte, existe também o custo com combustível manutenção e outros custos administrativos. Portanto, na prática os contratados podem até mesmo auferir ganhos durante a calamidade, o que é inviável.

Em tese, se viabiliza a subvenção econômica a pessoas jurídicas de direito privado mediante autorização legislativa. No entanto, o esforço de colaboração para enfrentamento da pandemia deve ser não apenas do poder público, que como dito não é um segurador universal, mas de toda a sociedade, inclusive dos empregadores. Portanto, a lei não se viabiliza tal como proposta, de modo que o pagamento não pode ser realizado a título de prestação de serviços, e tampouco de forma que possa até mesmo representar ganhos à empresa, que é contratada pelo poder público.

Por fim, com relação a possibilidade de distribuição de cestas básicas aos prestadores de serviço de transporte de alunos, passamos a tecer o que segue. Ao Poder Público Municipal cabe prestar assistência social a quem dela necessita, inclusive no que se refere à promoção da integração no mercado de trabalho (CF, art. 203, III), ou, nos termos do que dispõe a Lei nº 8.742/93, que trata da organização da assistência social, em projetos de enfrentamento à pobreza, que compreendem o

investimento econômico-social "nos grupos populares, buscando subsidiar, financeira e tecnicamente, iniciativas que garantam meios, capacidade produtiva e de gestão para melhoria das condições gerais de subsistência, elevação do padrão de qualidade de vida, a preservação do meio ambiente e sua organização social".

Diz, a respeito, Hely Lopes Meirelles:

"Ao Estado moderno se reconhece o dever de prestar assistência aos necessitados, no mais amplo significado dessa palavra, isto é, em todos os setores em que o indivíduo, por seus próprios esforços, não puder obter os recursos mínimos para manter a si e sua família, bem como defender os seus direitos em juízo. (...) A assistência social aos necessitados, como os serviços de prevenção e recuperação dos desajustados da coletividade local, se nos afigura perfeitamente cabível na competência municipal. (...) O Município pode prestar assistência social direta, através de órgãos ou instituições públicas próprios, ou indireta, fomentando e subvencionando instituições ou estabelecimentos particulares que se dedicam a este mister. Não hesitamos em sustentar e aconselhar, mesmo, que as Municipalidades decidam sempre pela assistência social indireta, isto é, pela ajuda a instituições particulares". (In Direito Municipal Brasileiro, São Paulo: Malheiros Editores, 1993, pp. 336-7)

Ao Município não cabe, em princípio, o exercício de ações beneficentes. Entretanto, as peculiaridades municipais podem apontar no sentido de o Poder Público prestar auxílio a famílias necessitadas e, nesse caso, a distribuição de alimentos a famílias de baixa renda previamente selecionadas, ou segundo critérios claramente definidos, com acompanhamento social, se apresentando como importante para o bem-estar geral e para o interesse público.

Tecidas tais considerações, impende observar que os benefícios assistenciais devem tão-somente ser concedidos aqueles em situação de hipossuficiência ou miserabilidade comprovada. Nesse passo, nada impede que as medidas sejam tomadas, desde que em caráter geral e impessoal, mediante regramento previamente estabelecido.

Assim, diante deste difícil cenário, é possível que o Município distribua cestas básicas adquiridas por dispensa de licitação, com fundamento na Lei nº 13.979/2020, para distribuição para famílias

de baixa renda em decorrência do isolamento social determinado pelo Governo Estadual e Municipal. Acerca da forma de aquisição de cestas básicas, recomendamos a leitura do parecer IBAM 0776/2020.

Pois bem. A consultante pretende fornecer cestas básicas aos prestadores de serviços terceirizados de transporte de alunos da rede municipal. Nesse passo, conforme já esclarecido, tendo em vista a situação de calamidade pública instaurada, não vislumbramos óbices a distribuição de cestas básicas àqueles que estejam em situação de hipossuficiência ou miserabilidade comprovada. Entretanto, é necessário que se estabeleçam critérios objetivos para a seleção de beneficiados, não sendo razoável que o benefício seja direcionado para este ou aquele grupo de prestadores de serviços, em detrimento de outros munícipes que possam estar passando pela mesma necessidade ou até mais grave.

Por derradeiro, tendo em vista que até a presente data o TSE mantém o calendário eleitoral, vale registrar que a implementação das medidas para combate à pandemia do Novo coronavírus (COVID-19) e minoração dos efeitos por ela trazidos não esbarra na vedação do § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 ante a situação de calamidade pública instaurada:

"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".

No mais, para melhor auxiliar o consultante no contexto fático que vivenciamos, recomendamos a leitura da Nota Explicativa elaborada pelo



IBAM: "Coronavírus: orientações para enfrentamento da pandemia pelos Municípios". Disponível em: http://www.ibam.org.br/media/arquivos/2020/NE_Covid-19.pdf.

Por tudo que precede concluímos a presente consulta na forma das razões exaradas.

É o parecer, s.m.j.

Maria Victoria Sá e Guimarães Barroso
Magno
Assessora Jurídica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 04 de junho de 2020.

Parecer IBAM nº 1240/2020

CC – Convênios / Contratos, FM
– Finanças Municipais. LC nº
173/2020. Contrato de
prestação de serviços de
natureza contínua.
Considerações.

CONSULTA:

A Câmara Municipal relata que, com a promulgação da Lei Complementar nº 173 de 27 de maio de 2020, que "estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências", surgiram algumas dúvidas. Solicita, assim, orientação do IBAM com a maior brevidade possível:

1) A Lei Complementar é auto aplicável ou será necessário que os municípios também façam norma que regulamente a matéria?

Adicionalmente, aduz o consulente que a LC nº 173/2020 estabelece no art. 8º, inciso VII, que:

"Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

(...)

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;"

Prossegue o consulente a observar que a legislação dispõe que despesa de caráter continuado é a "*despesa corrente derivada de Lei, Medida Provisória ou Ato Administrativo Normativo que fixem para o Ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios*".

Informa que a Câmara dará início a processos licitatórios para a contratação de empresas para a prestação de serviços, por um período inicial de 12 meses, podendo ser prorrogados, com os seguintes objetos:

a) suporte e manutenção em segurança da informação e gerenciamento de rede, para atender às necessidades de infraestrutura de comunicação de dados, voz e imagem;

b) gravação e transmissão das sessões da Câmara Municipal de Vereadores, por meio on-line (*facebook* e *youtube*) e fornecimento de *link* para o site da Câmara Municipal.

Dá o segundo quesito da consulta:

2) As despesas decorrentes dos contratos em referência são consideradas de caráter continuado, e estão vedadas pela LC 173/2020?

A consulta não vem documentada.

RESPOSTA:

1) A Lei Complementar é auto aplicável ou será necessário que os municípios também façam norma que regulamente a matéria?

RESPOSTA: O Município é entidade da federação com autonomia política nos termos do art. 18 da Constituição da República. Assim é que, conforme o art. 30, inciso III, cabe-lhe instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas. No entanto, é sempre pertinente a lição de Hely Lopes Meirelles:

“A autonomia não é poder originário. É prerrogativa política concedida e limitada pela Constituição Federal. Tanto os Estados-membros como os Municípios têm a sua autonomia garantida constitucionalmente, não como um poder de autogoverno decorrente da Soberania Nacional, mas como um direito público subjetivo de organizar o seu governo e prover a sua administração, nos limites que a Lei Maior lhes traça” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91)

É nesse espírito que a Constituição estabelece diversas

competências materiais e legislativas comuns e concorrentes da União, Estados e Municípios que não se superpõem, mas que devem ser exercidas em harmonia, sem que uma entidade da federação exorbite de suas atribuições para se imiscuir em assuntos próprios de outras.

No sistema federativo, as leis complementares têm entre suas funções organizar e estatuir parâmetros e critérios para a atuação interfederativa, a teor do que diz o art. 24, parágrafo único da CRFB, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 53/2006, cabendo-lhes fixar normas de cooperação, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Especificamente no âmbito do direito financeiro, a Constituição da República estabelece no art. 165, § 9º, I, que cabe a lei complementar dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da LOA. A Lei Complementar de que trata o aludido dispositivo constitucional ainda não foi editada, sendo atualmente o diploma legal que trata do assunto a Lei nº 4.320/1964, ainda que de forma incompleta, recepcionada na ordem constitucional pós 1988 como se lei complementar fosse.

Por outro lado, o inciso II do mesmo art. 165, § 9, II, estabelece que cabe a lei complementar estabelecer normas de gestão, financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos. Nesse espírito foi editada a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), que tem como finalidade primordial a ação planejada e transparente na gestão das finanças públicas, a fim de que se previnam riscos e se corrijam desvios que possam afetar o equilíbrio das contas. As normas ali elencadas, que se aplicam a todos os entes da federação e encontram supedâneo nos dispositivos constitucionais mencionados, encartam o fenômeno cognominado Federalismo Fiscal.

Foi sob o argumento de que a LRF violava o pacto federativo ao impor restrições na aplicação de rendas dos demais entes federativos que inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade e uma arguição de descumprimento de preceito fundamental foram propostas (ADI 2241, ADI 2238, ADI 2250, ADI 2256, ADI 2261, ADI 2324, ADI 2365, ADPF 24). O argumento de violação ao pacto federativo foi desconstruído, convindo trazer excerto da decisão no julgamento conjunto das referidas ações, noticiado no Informativo nº 948 do STF:

"O Federalismo Fiscal se dedicou a produzir modelos explicativos das interações estratégicas ocorridas na relação entre os entes federados, analisando os incentivos que determinariam as condutas dos diferentes níveis de governo. Ao lidar com essa plataforma de análise, pautados na lógica da ação coletiva, esses trabalhos lograram identificar diversos efeitos negativos (externalidades) que o comportamento individualista dos entes governamentais poderia produzir para o conjunto da federação.

Um dos tipos de interação mais destrutiva ocorre quando decisões a respeito dos gastos públicos de um ente local são tomadas na esperança de que as suas consequências econômico financeiras sejam posteriormente absorvidas por um nível central de governo, geralmente por meio de ações de resgate. Esse tipo de comportamento é visto como fonte de sérios riscos para o equilíbrio federativo, pois compromete a autonomia financeira recíproca.

As decisões a respeito de gastos públicos, quando percebidas numa visão agregada, não são isentas de consequências para o conjunto do Estado. Muito pelo contrário, elas podem produzir efeitos sistêmicos bastante prejudiciais ao equilíbrio federativo, exercendo pressões negativas sobre a condução de políticas intituladas por entes federativos distintos, além de potencializar assimetrias já existentes e prejudicar o sistema econômico nacional.

Foi exatamente o que foi observado no Brasil pouco tempo depois da promulgação da CF/1988, quando a federação brasileira havia sido recentemente capitalizada por preceitos de descentralização. Isso porque, no início da década de 90, em que a inflação era exponencial, os entes federativos trabalhavam com uma dinâmica de ilusão monetária, em que os impactos fiscais das suas decisões eram artificialmente suavizados pela deterioração de valor que a inflação exercia na moeda até o momento da efetiva realização dos gastos. Com a estabilização econômica, lograda pelos êxitos do Plano Real, sucedeu fenômeno que eliminou o hiato antes existente entre os termos nominais e reais das decisões orçamentárias.

No decorrer dos anos 80 e no início dos anos 90, a ausência de governança na gestão fiscal de vários entes da Federação consubstanciava uma das vertentes do desequilíbrio fiscal brasileiro. Nesse período, as receitas advindas da realidade inflacionária

constituíam fonte adicional de recursos para o financiamento de despesas e, conseqüentemente, ocultavam a verdadeira situação fiscal dos entes federativos.

Depois de 1994, em decorrência da estabilização de preços obtida por meio do Plano Real, ocorreu um esgotamento das receitas com imposto inflacionário e, por conseguinte, a situação fiscal dos entes subnacionais passou a se deteriorar rapidamente.

Nesse contexto, os desequilíbrios fiscais estruturais dos entes federativos não podiam mais ser escondidos ou negligenciados. Os déficits estruturais ocultos foram explicitados e as dívidas dos entes subnacionais ganharam contornos explosivos. Tornou-se então premente a necessidade de equacionar os passivos dos entes subnacionais, com imposição simultânea de uma nova forma de governança para a gestão financeira e orçamentária desses entes e a edição legislativa de medidas de macroeconomia destinadas à manutenção do equilíbrio fiscal e monetário do País, logicamente de competência da União. Isso porque patente o interesse geral dessa fórmula legislativa de gestão responsável das finanças públicas.

A LRF foi elaborada exatamente nessa conjuntura, como parte de um esforço de harmonização fiscal idealizado pelo governo central. Instituiu um inovador modelo regulatório das finanças públicas, baseado em medidas gerais de transparência, de programação orçamentária, de controle e de acompanhamento da execução de despesas e de avaliação de resultados, destinadas, entre outras coisas, a incrementar a prudência na gestão fiscal e a sincronizar as decisões tomadas pelos Estados e pelos Municípios com os objetivos macroeconômicos estabelecidos nacionalmente." (cf. <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo948.htm#Lei%20de%20Responsabilidade%20Fiscal:%20Federalismo%20e%20separa%C3%A7%C3%A3o%20de%20poderes>)

No presente momento, como se sabe, o Brasil e a humanidade se encontram em momento trágico. A rápida expansão da pandemia do novo coronavírus (COVID-19) impôs sérias restrições ao nosso modo de vida, sendo certo que as recomendações de distanciamento social e de quarentena geram uma redução substancial da circulação de pessoas, que levam, por sua vez, a impactos sensíveis nas mais diversas áreas da

sociedade, por conseguinte, à necessidade de organização da Administração Pública para atendimento das demandas e manutenção do bem comum.

Diante do acelerado avanço da doença no Brasil e dos múltiplos desdobramentos no campo da saúde e da economia, ao longo deste ano de 2020, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm adotado, proposto ou sugerido medidas, providências ou ordens, de conteúdos diversos, para instrumentalizar o Poder Público e a sociedade em geral com os meios que se reputam oportunos e necessários para enfrentamento da crise.

A Lei Complementar nº 173/2020 foi editada justamente nesse contexto, diante da premente necessidade de contenção dos gastos para promoção de um esforço conjunto para superação dos efeitos deletérios sobre a economia, nomeadamente sobre a arrecadação.

Não se trata, apenas, de uma lei que visou a impor restrições na execução orçamentária, na realização de gastos públicos e aumentos a servidores. Ela se trata, como já aponta sua ementa, de um Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus, que envolve o auxílio financeiro.

Assim, o polêmico artigo 8º da Lei Complementar nº 173/2020, diversamente da modificação permanente na LRF realizada pelo art. 7º do mesmo diploma legal, é dirigido especificamente à situação de calamidade pública decorrente da atual pandemia da Covid-19, e ao fazer referência à hipótese de que trata o art. 65 da LRF, atrai para o seu campo de incidência todos os demais entes federativos afetados, independentemente destes terem decretado ou não estado de calamidade pública. Com efeito, é de se considerar que no mesmo dia 20/03/2020 em que foi editado o Decreto Legislativo nº 06/2020, pela Portaria nº 454 do Ministério da Saúde, foi declarado, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do novo coronavírus (Covid-19).

Assim sendo, para fins de percepção do auxílio financeiro advindo do Programa Federativo de Enfretamento ao Coronavírus SARS- CoV-2 (Covid-19) instituído pela Lei Complementar nº 173/2020 e da incidência das restrições estabelecidas no artigo 8º do aludido diploma legal não há necessidade de decretação do estado de calamidade pela municipalidade, vigorando suas disposições desde o dia 28 de maio de 2020 até o dia 31 de dezembro de 2021.

As restrições, portanto, se aplicam de imediato em todo território nacional. Isso porque se a finalidade das proibições encartadas no artigo 8º é estabelecer uma contrapartida dos demais entes federativos em face dos recursos financeiros que receberão da União, não faz sentido algum que este ou aquele Estado ou Município receba o socorro financeiro da União e esteja fora do âmbito de aplicação das proibições do artigo 8º. Pode-se afirmar que a LC nº 173/2020 encontra suporte na constituição não apenas no art. 165, § 9º, II, mas também no mencionado art. 24, parágrafo único, da CRFB, posto que é, antes de tudo, um diploma que traz regras de cooperação no espírito do federalismo fiscal, que envolve auxílios e contrapartidas.

Por fim, não se olvida que as severas restrições impostas pela LC nº 173/2020 podem ser objeto de questionamentos ou revisões ao longo do tempo. Porém, em vista da presunção de constitucionalidade das leis, da competência da União prevista no art. 24, parágrafo único, no art. 169, § 9º, e da tendência do STF de reputar válidas as normas gerais baixadas mediante lei complementar visando à gestão responsável das finanças públicas de aplicabilidade a todas as esferas da federação, bem como a situação de excepcional limitação causada pela crise econômica em curso, compreende-se que as normas de direito financeiro previstas na LC nº 173/2020, bem como aquelas da LRF, são autoaplicáveis e não dependem de regulamentação local para que surtam seus efeitos típicos.

2) As despesas decorrentes dos contratos em referência são consideradas de caráter continuado, e estão vedadas pela LC 173/2020?

RESPOSTA: Dispõe o art. 8º, inciso VII e seus §§ 1º e 2º:

"Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

(...)

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

VIII - adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do

art. 7º da Constituição Federal;

§ 1º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do caput deste artigo não se aplica a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 2º O disposto no inciso VII do caput não se aplica em caso de prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, observado que:

I - em se tratando de despesa obrigatória de caráter continuado, assim compreendida aquela que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por período superior a 2 (dois) exercícios, as medidas de compensação deverão ser permanentes; e

II - não implementada a prévia compensação, a lei ou o ato será ineficaz enquanto não regularizado o vício, sem prejuízo de eventual ação direta de inconstitucionalidade."

Observa-se que o dispositivo em comento, que passou a vigorar em 28 de maio de 2020 e surtirá efeitos até 31 de dezembro de 2021, proíbe a criação de despesa obrigatória de caráter continuado, abrindo-se as seguintes exceções: i) a despesa obrigatória de caráter continuado é viável caso se trate de medida de combate à calamidade pública enquanto essa perdurar; ii) a despesa obrigatória de caráter continuado poderá ser criada caso haja prévia e permanente compensação mediante aumento da receita ou redução da despesa; iii) a medida não importe incremento da despesa obrigatória do órgão com variação positiva maior que a do Índice Geral de Preços ao Consumidor Amplo.

No caso da consulta, almeja a Câmara Municipal realizar contratos de prestação de serviços continuados, cujo objeto será i) suporte e manutenção em segurança da informação e gerenciamento de rede, para atender às necessidades de infraestrutura de comunicação de dados, voz e imagem e ii) gravação e transmissão das sessões da Câmara Municipal de Vereadores, por meio on-line (*facebook* e *youtube*) e fornecimento de *link* para o site da Câmara Municipal.

A Lei nº 8.666/1993 prevê a hipótese de prorrogação de contratos cujo objeto seja a prestação de serviços de natureza continuada (art. 57, II), a critério da Administração, que, em atendimento ao interesse público

devidamente justificado, pode dar continuidade a contrato de prestação de serviço a ser executado de forma contínua, em condições mais vantajosas que o mercado está a lhe oferecer:

"Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)"

Os contratos em referência, segundo informa o consultante, terão o prazo de um ano, podendo ser prorrogados. A respeito das condicionantes e dos parâmetros para que essa prorrogação seja válida e não ilida o caráter competitivo e isonômico das licitações, recomenda-se a leitura do Parecer nº 3000/2016.

Especificamente quanto ao objeto da consulta, é de se dizer que não se confunde "despesa obrigatória de caráter continuado" definida no art. 17 da LC nº 101/2000 com a "prestação de serviços de forma contínua" a que se refere o art. 57 da Lei nº 8.666/1993. Evidentemente, um contrato de prestação de serviços continuados poderá gerar despesas de caráter continuado, porque um mesmo ato, procedimento, negócio ou fato jurídico gera repercussões em diversas esferas do direito.

Porém, uma despesa obrigatória de caráter continuado, na precisa dicção do art. 17 da LRF, é aquela que, como bem afirmado pelo consultante, fixa para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. Como o contrato tem duração de apenas 1 (um ano), sendo a prorrogação uma previsão contratual que não necessariamente firmar-se-á no termo contratual, a assinatura do contrato não se encontra no âmbito de aplicação do art. 8º, VII, posto que essa se qualifica apenas quando perdure por ao menos dois exercícios financeiros, e o contrato tem prazo de um ano.

Contudo, como já afirmado, esses contratos, atendidos os requisitos legais, podem ser mantidos mediante prorrogação por dois ou

mais exercícios financeiros. A LRF foi sábia ao prever o seguinte em seu art. 17, §7º, senão vejamos:

"Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

(...)

§ 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado."

Desse modo, quando da eventual prorrogação do contrato, caso ainda vigente o art. 8º da LC nº 173/2020, que, como se sabe, tem aplicação até 31 de dezembro de 2021, nessa ocasião deverá ser realizada a compensação prévia e permanente mediante redução de despesa ou incremento da receita. Porém, isso é assunto para o futuro.

Importante notar que, embora o art. 17 se refira a lei, medida provisória ou ato administrativo normativo instituidora da despesa obrigatória de caráter continuado, as despesas decorrentes dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua sucessivamente prorrogados também são assim caracterizadas. A esse respeito veja-se excerto do Guia da Lei de Responsabilidade Fiscal do TCE/SC):

"A LRF preocupou-se em cercear o aumento das despesas, tanto daquelas derivadas de lei (muitas vezes com pouco controle do ordenador de despesas) quanto daquelas provenientes de projetos do administrador (juízo de conveniência e oportunidade). A primeira no art. 17 e a segunda no art. 16.

Também são consideradas despesas de caráter continuado aquelas decorrentes de prorrogação de despesas previstas para prazo determinado (§ 7º do art. 17). Seria o caso, por exemplo, da prorrogação de contratos permitidos pelo art. 57, II, da Lei nº 8.666/93." (Tribunal de Contas de Santa Catarina. "Guia da lei de responsabilidade fiscal". Disponível em http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/guia_lrf_2ed.pdf, p. 51, acesso em 3/6/2020 - grifo nosso)

No presente, contudo, não se pode olvidar o disposto no art. 8º, VIII

da LC nº 173/2020, que desde o dia 28 de maio de 2020 até o dia 31 de dezembro de 2021 impede os Municípios de adotar medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). O dispositivo em comento não exige que a despesa obrigatória seja de caráter continuado conforme o critério objetivo de dois exercícios. Basta que seja despesa obrigatória. Portanto, na prática, a Mesa da Câmara não poderá deixar de fazer a compensação mediante redução de outras despesas obrigatórias ou contar com incremento de receita, sendo essa última hipótese pouco factível diante da atual crise fiscal. A diferença é que não será necessária uma compensação permanente, mas apenas a necessária para que a despesa obrigatória global do órgão não varie positivamente acima do IPCA.

Conclui-se, portanto, que não estão vedadas despesas obrigatórias decorrentes de contratos de prestação de serviços de natureza contínua com duração de um ano, devendo, no entanto, haver respeito ao disposto no art. 8º, VIII da LC nº 173/2020, isto é, não poderá a despesa obrigatória da Câmara variar acima da inflação medida pelo IPCA. Havendo prorrogação futura, que é incerta, deve ser observado o art. 17, § 7º da LRF. Quanto mais, remete-se o consulente ao parecer nº 3000/2016, que trata com mais detalhes dos parâmetros e critérios para assinatura e prorrogação de contratos de prestação de serviços de natureza contínua.

É o parecer, s.m.j.

Gustavo da Costa Ferreira M. dos Santos
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 05 de junho de 2020.

Parecer IBAM nº 1306/2020

LI – Licitação. Regra sobre o uso de pregão eletrônico se utilizados recursos federais. Inaplicabilidade à Câmara Municipal.

CONSULTA:

Indaga uma Câmara sobre a legalidade de contratar empresa especializada para fornecer e instalar internet link FULL, conexão rápida de 24 horas, com IP fixo válido, com atendimento através de fibra óptica e velocidade mínima de 50 (cinquenta) Mb, através de pregão presencial.

Ressalta que estava agendada para o dia 23 de março de 2020, às 14h, na Câmara Municipal, a sessão pública, referente ao Pregão Presencial nº 01/2020, cujo objeto era a contratação referida acima. Por motivo da suspensão das atividades do legislativo municipal, devido à pandemia do coronavírus (COVID-19), a sessão foi cancelada, como medida preventiva, para evitar a contaminação e a propagação do vírus, conforme o ato da presidência nº 01, de 20 de março de 2020. O Art. 1º, inciso IV, da Instrução Normativa nº 206, de 18 de outubro de 2019 diz o seguinte:

Art. 1º Ficam estabelecidos os seguintes prazos para que os órgãos e entidades da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, utilizem obrigatoriamente a modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou a dispensa eletrônica, observadas as regras previstas no Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, quando executarem recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns:

IV - a partir de 1º de junho de 2020, para os Municípios com menos de 15.000 (quinze mil) habitantes e entidades da respectiva

administração indireta".

Oportuno dizer que a internet utilizada na Câmara atualmente é muito instável, por esse motivo, a Câmara está contratando uma internet melhor, para atender a demanda dos setores da Câmara de maneira satisfatória. Saliencia ainda, que nunca a Câmara realizou um pregão eletrônico, pois as aquisições são de baixos valores e são realizadas aquisições diretas, na maioria das vezes, fundamentadas no Art. 24, Inciso II, da Lei 8.666/93. Raras vezes foi utilizado o pregão presencial. Sendo assim, no momento, nenhum servidor tem conhecimento sobre a utilização do sistema necessário para a realização do pregão eletrônico. Vale lembrar que o artigo 1º, § 4º do decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019 diz o seguinte:

"Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

§ 4º - Será admitida, excepcionalmente, mediante prévia justificativa da autoridade competente, a utilização da forma de pregão presencial nas licitações de que trata o caput ou a não adoção do sistema de dispensa eletrônica, desde que fique comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica".

Pergunta se a Câmara pode realizar o pregão presencial com base na justificativa apresentada acima. Ressalto ainda que no Município, somente duas empresas prestam o referido serviço.

RESPOSTA:

O pregão foi instituído com a finalidade de aperfeiçoar o regime de licitações, permitindo o incremento da competitividade e a ampliação das oportunidades de participação no processo licitatório. Além de desburocratizar o processo de habilitação, o pregão contribui para a diminuição das despesas e traz maior agilidade nas aquisições do Poder Público. A ideia simples e inovadora de estabelecer uma competição mais acirrada trazida pelo pregão favorece a Administração Pública, os

fornecedores e a sociedade, que passa a exercer maior controle sobre as contratações realizadas.

O pregão eletrônico é obrigatório para a administração pública federal, em face do que determina o Decreto nº 5.450/05, salvo se ocorrer inviabilidade, devidamente justificada. Os municípios podem utilizar o pregão eletrônico, a seu critério, em regra, tendo em vista que o pregão eletrônico permite maior amplitude de participação e, portanto, maior competitividade. A experiência tem demonstrado que o uso do pregão eletrônico permite resultados significativos no tocante à economia dos gastos públicos, pois o aumento do número de interessados em participar gera ofertas de preços mais vantajosas.

Os defensores do pregão presencial, entretanto, afirmam que nessa alternativa ocorre a possibilidade de esclarecimentos imediatos e facilidade na negociação de preços, verificação das condições de habilitação e de execução da proposta. Dizem, ainda, que o pregão eletrônico é de execução mais complexa e mais custosa, inclusive quanto à questão da segurança das informações. Apontam que o histórico de irregularidades no pregão eletrônico sugere uma alta incidência de licitantes que não preenchem as condições de habilitação ou não sustentam suas propostas. E dizem que a opção pela modalidade presencial do pregão não produz alteração no resultado final do certame, pelo contrário, permite maior redução de preços em vista da interação do pregoeiro com os licitantes.

Entende a União que o pregão eletrônico é uma modalidade licitatória mais célere, realizada em plataforma WEB para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns.

A adoção do pregão eletrônico também se tornou obrigatória aos municípios, quando da utilização de verbas federais por meio de transferências voluntárias, convênios e contratos de repasse. A norma é expressa, estabelecendo que, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União é obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa.

É admitida, excepcionalmente, mediante prévia justificativa da autoridade competente, a utilização da forma de pregão presencial nas



licitações, desde que fique comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica.

No caso presente, entretanto, não se mostra viável a possibilidade de a Câmara receber recursos federais por meio de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse. Assim, nem o Decreto citado e nem a IN federal, podem ser aplicados ao Legislativo Municipal. A Câmara, para se utilizar do pregão, deve atender às regras da Lei nº 10.520/02 e a legislação local a respeito, se houver.

É o parecer, s.m.j.

Affonso de Aragão Peixoto Fortuna
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 10 de junho de 2020.

Parecer IBAM nº 1326/2020

LI – Licitação. Contratação direta que exige cautelas. Considerações ao caso concreto.

CONSULTA:

A Consulente narra que em 11/03/2020 a OMS declarou estado de pandemia devido à rápida disseminação geográfica que da COVID-19, o que foi agravado pela declaração de estado de calamidade pública municipal em 20/03/2020 (Decreto Municipal nº 073/2020, reconhecido pela ALESP pelo Decreto Legislativo nº 2.495/2020, para fins do art. 65 da LRF.

E, "num cenário caótico de oferta-procura de mercado, a bem do interesse público municipal foi realizada então pela Secretaria Municipal de Saúde - SESA, no dia 23/03/2020, uma grande compra direta de álcool-gel 70% no valor total de R\$ 27.000,00 (vinte e sete mil) reais, para uso pelos profissionais de toda rede municipal de saúde, com empenho, liquidação e pagamento na Nota Fiscal Eletrônica tudo no mesmo dia pela Secretaria Municipal da Fazenda - SEFAZ, deixando, contudo, de realizar previamente todos os trâmites regulares ordinários de um processo de dispensa licitatória, em especial a publicidade da compra. Neste contexto, questiona-se: 1- Seria juridicamente possível, por razões de interesse público, pelas razões de caráter excepcional acima justificadas, o Município realizar extemporaneamente só agora todo o trâmite regular do processo de dispensa licitatória, dentre elas, em especial, a publicação posterior do Termo de Dispensa Licitatória pela autoridade superior, com vistas a regularizar a situação? 2- Como o TCE/SP entenderia esta situação peculiar excepcional?"

RESPOSTA:

A Organização Mundial de Saúde decretou estado de emergência na saúde pública internacional diante do cenário de pandemia viral (Sars Cov2). No âmbito da União foi reconhecido estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020) e de igual forma em

estados e municípios.

Em razão da gravidade dos efeitos na saúde pública decorrentes pandemia de Covid-19, o STF na ADI 6357 MC (Rel. Min Alexandre de Moraes) conferiu interpretação conforme à Constituição e estendeu a relativização aos arts. 14, 16, 17 e 24 da LRF durante o estado de emergência na saúde pública internacional (art. 65 da LRF). Vide parecer IBAM 1006/2020.

Rememoramos ser nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, aquelas de valor não superior a 5% do limite estabelecido no art. 23, II, "a" da Lei de Licitações, feitas em regime de adiantamento (art. 60, Parágrafo único da Lei de Licitações). Assim, não se tratando de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, o termo de contrato é obrigatório (art. 62, caput e §4º da Lei nº 8.666/1993), cuja minuta deverá ser examinada e aprovada pelo órgão jurídico (§ único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993).

A contratação, ainda que direta por dispensa, deve ser objeto de processo administrativo para permitir aos órgãos de controle o regular exercício de suas funções (art. 70 da CRFB). Esta contratação não se equipara a uma contratação informal, que é vedada ao Poder Público. Sobre o tema:

"A contratação direta pressupõe um procedimento formal prévio, destinado a produzir a melhor escolha possível para a Administração. Esse procedimento envolve autonomia variável para a Administração, mas que versa apenas sobre as providências concretas a serem adotadas. Não há margem de discricionariedade acerca da observância de formalidades prévias, as quais devem ser suficientes para comprovar a presença dos requisitos de contratação direta e para legitimar as escolhas da Administração quanto ao particular contratado e ao preço adotado". (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei n. 8.666/93", 17. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 618).

E, quando se tratar de contratação direta deverá constar do processo a comprovação de cumprimento das exigências do art. 26 da Lei de Licitações, a conferir:

"art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e

no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei 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". (g.n.)

Sobre o tema leciona Raul Armando Mendes:

"O primeiro juízo de avaliações da dispensa ou inexigência, ou parcelamento é do administrador que a ordenar; o segundo, da autoridade superior àquele, do órgão ou entidade interessada, que será comunicada do ato, necessariamente justificado, em três dias corridos, seguintes, ao do ser exarado. O Estatuto sinalizou igual prazo para a autoridade superior ratificar o ato de dispensa, inexigibilidade ou parcelamento, sem o que ele não terá eficácia. Se a autoridade não ratificar o ato, obviamente as situações referidas nestes artigos não podem concretizar-se. Se o administrador, sem aguardar a ratificação, as consubstanciou, responde pela conduta, quer administrativa quer criminalmente, em processo regular, com direito de defesa". (extraído do parecer IBAM 1583/2018)

De uma maneira geral, a contratação direta por dispensa para sanar situação emergencial encontra amparo no art. 24, IV da Lei de Licitações (pelo prazo de 180 dias ininterruptos) e no art. 4º da Lei 13.979/2020 (enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública), atendidos seus requisitos e observadas as particularidades dos procedimentos.

A MP 961/20 (DOU: 07.05.20) aplica-se aos atos e contratos firmados durante a vigência do estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (art. 2º, caput), independentemente de prazos e prorrogações (art. 2º, § Un). O seu art. 1º, II autoriza inclusive o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, em duas hipóteses: 1- Se representar condição indispensável para obter o bem no mercado; ou 2- propiciar significativa economia de recursos. E, para que o pagamento antecipado ocorra há cautelas obrigatórias: I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e 2- exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto.

No caso em tela, ao que tudo indica, infere-se da narrativa que estamos diante de contratação emergencial sem o respectivo processo. Incide, na hipótese, as regras da Lei 13.979/2020 art. 4º, caput, 4º §2º, 4º B, 4º D e 4º E, que não autorizam a contratação nesses moldes. Confira:

"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.

§ 2º 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.

Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de (...): (Incluído pela MP nº 926, de 2020)

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado."

Diversamente do que prevê o art. 26 da Lei nº 8.666/1993, o dispositivo não exige a publicação do ato de ratificação da autoridade superior na Imprensa Oficial. Isso não significa que essa ação não deva existir, uma vez que configura ato de controle hierárquico confirmador da legitimidade da contratação direta. E, após avaliar o processo, a autoridade superior poderá não ratificá-lo, caso verifique o não preenchimento dos requisitos de validade necessários, devendo anulá-lo, na constatação de vícios, ou devolvê-lo para retificação.

Cabe aos regimentos internos dos órgãos, com fundamento nas leis e nas estruturas regimentais, definir a quem compete praticar os atos de reconhecimento de dispensas e inexigibilidade de licitação. Após isso, e em cumprimento ao disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93, cabe à autoridade superior, que pode ser aquele que na estrutura hierárquico- organizacional se encontra imediatamente acima do agente que praticou o ato de reconhecimento, efetuar a ratificação do ato.

Os atos de reconhecimento e de ratificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação não geram despesa. Constituem eles atos preparatórios relacionados com a possível ou provável aquisição, pela Administração, de bens ou serviços. O que vai gerar ou criar a despesa será a contratação, com ou sem procedimento licitatório. Se vier a ocorrer essa contratação, independentemente ou não de licitação, estará criada a despesa, entrando em ação, na realização dela, o ordenador de despesas. O ordenador de despesa é autoridade vinculada à realização da despesa.

Ainda, conforme orientação Normativa nº 34, de 13 de dezembro de 2011 da AGU:

"as hipóteses de inexigibilidade (art. 25) e dispensa de licitação (incisos iii e seguintes do art. 24) da lei nº 8.666, de 1993, cujos valores não ultrapassem aqueles fixados nos incisos i e ii do art. 24 da mesma lei, dispensam a publicação na imprensa oficial do ato que autoriza a contratação direta, em virtude dos princípios da economicidade e eficiência, sem prejuízo da utilização de meios eletrônicos de publicidade dos atos e da observância dos demais requisitos do art. 26 e de seu parágrafo único, respeitando-se o fundamento jurídico que amparou a dispensa e a inexigibilidade".
(g.n.)

O TCE SP publicou comunicados oficiais, notas técnicas com objetivo orientar a ação da fiscalização no acompanhamento das Contas de 2020 quanto ao controle dos atos e despesas decorrentes da situação de emergência ou do estado de calamidade pública decorrentes da COVID 19:

Além da Nota Técnica SDG nº 155 (24/04/2020), do comunicado SDG nº 14/2020 (03.03.2020), destacamos o Comunicado SDG nº 18/2020 quanto à transparência dos atos, receitas e despesas destinados ao enfrentamento do Coronavírus:

"COMUNICADO SDG nº 18/2020 (27.04.2020):

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, no uso de suas atribuições legais e regimentais, na conformidade das competências previstas na Constituição Federal e na Lei Complementar Estadual nº 709, de 1993, de fiscalizar a correta e transparente aplicação dos recursos públicos, e na forma do contido no Comunicado SDG nº 14, de 2020, e diante da necessidade de divulgação em tempo real;

COMUNICA: As aquisições de bens e contratações de serviços, efetuadas com dispensa ou inexigibilidade de licitação nos termos dos artigos 24, IV e 25, da Lei Federal nº 8.666/93 ou com base na Lei Federal nº 13.979/2020, destinados ao enfrentamento do coronavírus, devem ser divulgadas em tempo real, destacadas das demais contratações ou despesas e detalhadas, no mínimo, pelos seguintes elementos: Número do processo de contratação ou aquisição; Fundamento legal; Nome do contratado; Número de inscrição na Receita Federal do Brasil (CPF/CNPJ); Objeto com detalhamento; Valor; Data; Prazo contratual; Termo de referência ou edital; Instrumento contratual; Nota de Empenho; Nota de Liquidação; Destinação dos bens adquiridos ou de prestação dos serviços.

Tais informações devem ser divulgadas em atendimento aos requisitos constitucionais e legais, em especial ao artigo 4º da Lei Federal nº 13.979, de 2020.

Os Sistemas de Controles Internos dos órgãos públicos jurisdicionados, bem como os Conselhos de Saúde, têm a competência de fiscalizar e acompanhar as aquisições, as contratações dos bens e os serviços destinados ao enfrentamento da emergência de saúde decorrente do coronavírus, dando-se conhecimento das irregularidades encontradas aos órgãos de controle externo".

Em suma, feitas as considerações devidas:

1- Entendemos que não, pois o art. 26 da Lei 8.666 admite a formalização extemporânea, desde que formalizada em três dias, o que não foi feito. No mais, a lei de licitações não admite contrato verbal, salvo para

pequenas compras de pronta entrega, o também que também não ocorreu.

2- Conforme os atos emanados pelo TCE/SP, o mais relevante é a divulgação em tempo real das informações da contratação indicadas, fato este que não foi mencionado na Consulta. Caso não tenha ocorrido divulgação em tempo real nos moldes apontados no COMUNICADO SDG nº 18/2020 do TCE-SP, pode esta Corte de Contas entender que eventual ratificação destas aquisições por procedimento de dispensa, se trata de inversão procedimental ilícita em virtude de ausência de norma que autorize dispensa de procedimento de dispensa de licitação ou que este acontecesse meses após a contratação e o pagamento dos produtos adquiridos.

É o parecer, s.m.j.

Ana Carolina Couri de Carvalho
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 12 de junho de 2020.

Parecer IBAM nº 1328/2020

LI – Licitação. MP 961/20.
Limitador temporal e
esclarecimentos.

CONSULTA:

A Medida Provisória nº 961/2020 dentre outras medidas, ampliou o limite de dispensa de licitação a que alude os incisos I e II do "caput" do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 (conforme artigo 1º inciso I, alíneas "a" e "b" da referida MP). Esses novos valores, de acordo com a MP n. 961/2020, se aplicarão aos atos "realizados durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020".

Da leitura da referida MP, não se encontra regramento no sentido de que estes novos limites temporários devam ser aplicados somente para aquisições e contratações de correntes de ações para enfrentamento da COVID 19.

Questiona a respeito da posição deste conceituado Instituto se: "esses valores ampliados podem ser utilizados apenas aos contratos cujos objetos sejam destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus ou desde que realizados no lapso temporal indicado, podem ser utilizados para quaisquer objetos necessários a Administração Pública, tais como serviços de manutenção/reformas em prédios, limpeza, assessoria, transporte, aquisição de insumos, máscaras e etc.?"

RESPOSTA:

A MP 961/20 (DOU: 07.05.20), conforme sua literalidade, aplica-se aos atos e contratos firmados durante a vigência do estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (art. 2º, caput), independentemente de prazos e prorrogações (art. 2º, § Un). A medida objetiva facilitar as contratações públicas, com a adaptação de tais contratações a realidade inédita, com drásticos impactos na sociedade e na economia.

A medida provisória também altera os limites para dispensa de licitação dos contratos celebrados neste período. Os novos valores são até R\$ 100 mil para obras e serviços de engenharia e até R\$ 50 mil para compras e outros serviços.

A Lei nº 8.666/1993 estabelece os valores das modalidades licitatórias cuja última atualização ocorreu em 1998 pela Lei Federal nº 9.648, portanto, valores estes defasados pelos efeitos inflacionários. O decreto federal nº 9.412/2018 (citado na Consulta) é manifestação do poder regulamentar da União e ocorre com respaldo no art. 84, IV da Constituição.

O referido decreto, publicado em 18 de junho de 2018 e em vigor 30 dias após, atualiza expressamente os valores das modalidades de licitação do art. 23 da Lei nº 8.666/93, com base no art. 120 da Lei nº 8.666/1993. Conquanto o decreto não tenha sido exposto, como pressuposto lógico, esta alteração de valores repercute nos limites da contratação direta, tendo em vista a vinculação dos percentuais aos patamares dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93 e a necessidade de interpretação sistemática da lei. Sobre o tema, nos manifestamos em precedentes.

Note-se que a MP faz algo semelhante ao Decreto 9.412/2018, mas possui vigência temporária, aplica-se durante o período do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Diferentemente da MP 926/2020, a MP 961/20 não se restringe às contratações decorrentes diretamente do combate à Covid. Confira:

"MP 961/2020, art. 2º, *caput*:

O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos atos realizados durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Parágrafo único. O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos contratos firmados no período de que trata o *caput* independentemente do seu prazo ou do prazo de suas prorrogações."

Trata-se de norma cujo limitador é temporal (até o fim do estado de



calamidade pública declarado), diante dos graves impactos na economia e na sociedade, mas não quanto ao objeto em si da contratação realizada neste período.

Portanto, da sua interpretação literal e finalística, a MP 961/20 (de vigência temporária) poderá ser aplicada às contratações realizadas durante o período de calamidade pública fixada no Decreto Legislativo nº 6/2020.

Em resposta ao questionamento formulado, concluímos que a MP 961/20 não se restringe às contratações decorrentes diretamente do combate à Covid-19, o seu limitador é o temporal (e não quanto ao objeto em si da contratação), qual seja, até o fim do estado de calamidade pública declarado no Decreto Legislativo nº 6/2020.

É o parecer, s.m.j.

Ana Carolina Couri de Carvalho
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 12 de junho de 2020.

Parecer IBAM nº 1381/2020

LI – Licitação. MP nº 961/2020.
Dispensa de Licitação.
Ampliação dos valores.
Limitador Temporal.
Considerações.

CONSULTA:

A Câmara consulente expõe e indaga o seguinte, in verbis:

"A MP 961 de 6 de maio de 2020 ampliou os valores relacionados a dispensa de licitação. Pergunta-se: a ampliação de tal valor é somente aplicado às compras relacionadas diretamente com o combate à COVID-19, ou pode ser aplicado em qualquer compra, como, por exemplo, de equipamentos de informática?"

RESPOSTA:

A MP 961/2020 (DOU: 07.05.2020), conforme sua literalidade, aplica-se aos atos e contratos firmados durante a vigência do estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (art. 2º, caput), independentemente de prazos e prorrogações (art. 2º, § Un). A medida objetiva facilitar as contratações públicas, com a adaptação de tais contratações a realidade inédita, com drásticos impactos na sociedade e na economia.

A medida provisória também altera os limites para dispensa de licitação dos contratos celebrados neste período. Os novos valores são até R\$ 100 mil para obras e serviços de engenharia e até R\$ 50 mil para compras e outros serviços.

A Lei nº 8.666/1993 estabelece os valores das modalidades licitatórias cuja última atualização ocorreu em 1998 pela Lei Federal nº 9.648, portanto, valores estes defasados pelos efeitos inflacionários. O Decreto

Federal nº 9.412/2018 é manifestação do poder regulamentar da União e ocorre com respaldo no art. 84, IV da Constituição.

O referido Decreto, publicado em 18 de junho de 2018 e em vigor 30 dias após, atualiza expressamente os valores das modalidades de licitação do art. 23 da Lei nº 8.666/93, com base no art. 120 da Lei nº 8.666/1993. Conquanto o Decreto não tenha sido exposto, como pressuposto lógico, esta alteração de valores repercute nos limites da contratação direta, tendo em vista a vinculação dos percentuais aos patamares dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93 e a necessidade de interpretação sistemática da lei. Sobre o tema, nos manifestamos em precedentes.

Note-se que a MP faz algo semelhante ao Decreto nº 9.412/2018, mas possui vigência temporária, aplica-se durante o período do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Diferentemente da MP nº 926/2020, a MP nº 961/2020 não se restringe às contratações decorrentes diretamente do combate à Covid-19. Confira:

Art. 2º. O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos atos realizados durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Parágrafo único. O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos contratos firmados no período de que trata o caput independentemente do seu prazo ou do prazo de suas prorrogações.

Trata-se de norma cujo limitador é temporal (até o fim do estado de calamidade pública declarado), diante dos graves impactos na economia e na sociedade, mas não quanto ao objeto em si da contratação realizada neste período.

Portanto, da sua interpretação literal e finalística, a MP nº 961/2020 (de vigência temporária) poderá ser aplicada às contratações realizadas durante o período de calamidade pública fixada no Decreto Legislativo nº 6/2020, independente do seu objeto.



Respondendo objetivamente ao questionamento formulado, concluímos que a MP nº 961/2020 não se restringe às contratações decorrentes diretamente do combate à Covid-19, o seu limitador é o temporal (e não quanto ao objeto em si da contratação), qual seja, até o fim do estado de calamidade pública declarado no Decreto Legislativo nº 6/2020.

É o parecer, s.m.j.

Maria Victoria Sá e Guimarães Barroso
Magno
Assessora Jurídica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 18 de junho de 2020.

Parecer IBAM nº 1388/2020

CC – Convênios / Contratos, FM – Finanças Municipais. Entidade privada de saúde com a qual o Município firmou termo de colaboração. Aumento do vale alimentação aos empregados. Medida não albergada pelas vedações da LC nº 173/2020, tampouco pelo art. 73 da Lei nº 9.504/1997. Estando a entidade sob intervenção do Município e gestão do Secretário de Saúde, são vedadas quaisquer condutas tendentes a desequilibrar o pleito em favor de determinados candidatos, que possam configurar abuso de poder político ou econômico (art. 22 da LC nº 64/1990).

CONSULTA:

A Prefeitura Municipal relata que a LC nº 173/2020 inseriu uma série de restrições quanto às despesas com pessoal, assim como outras medidas que impliquem benefícios ao funcionalismo. Reproduz o consulente o art. 8º, inciso VII da LC nº 173/2020:

"Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:

(...)

VI - criar ou majorar auxílios, vantagens, bônus, abonos,

verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior à calamidade.

(...)"

Prossegue o consultante em sua análise, pela qual constata que o art. 8º, *caput*, da LC nº 173/2020 se direciona a União, Estado e Municípios, e que o inciso VI se refere a membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes.

Ocorre que, segundo o consultante, o Município tem ajuste vigente (termo de colaboração), por meio do qual repassa recursos a Santa Casa de Misericórdia para execução de serviços complementares de saúde, bem como de urgência e emergência. Há de se observar que a referida entidade se encontra sob intervenção da Prefeitura Municipal, sendo o Secretário de Saúde designado Interventor da mesma, e que a entidade tem diversos empregados que percebem a título de auxílio alimentação o valor mensal de R\$ 100,00 (cem reais), assim como receita proveniente da Prefeitura (grande parte), bem como de outras esferas de Poder e da iniciativa privada.

Diante disso indaga-se se em face da LC nº 173/2020:

1) Estaria a Santa Casa impedida de ampliar o valor do auxílio alimentação de seus funcionários de R\$ 100,00 (cem reais) para R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), já que o impedimento, a princípio não se direciona a Entidades do Terceiro Setor, tampouco aos funcionários desta Entidade, mas somente a servidores e empregados públicos?

2) Existe algum impedimento na legislação eleitoral à majoração do valor do auxílio alimentação aos funcionários da Santa casa?

3) Considerando que o § 5º do art. 8º da LC nº 173/2020 determina que o disposto no inciso VI do *caput* deste artigo não se aplica aos profissionais de saúde e de assistência social, desde que relacionado a medidas de combate à calamidade pública referida no *caput* cuja vigência e

efeitos não ultrapassem a sua duração, poderia, a entidade conceder uma gratificação/prêmio de incentivo aos funcionários para combate ao COVID-19?

A consulta não vem documentada.

RESPOSTA:

No presente momento, como se sabe, a rápida expansão da pandemia do novo coronavírus (COVID-19) no Brasil impôs sérias restrições ao nosso modo de vida, sendo certo que as recomendações de distanciamento social e de quarentena geram uma redução substancial da circulação de pessoas, que levam, por sua vez, a impactos sensíveis nas mais diversas áreas da sociedade, por conseguinte, à necessidade de organização da Administração Pública para atendimento das demandas e manutenção do bem comum.

Diante do acelerado avanço da doença no Brasil e dos múltiplos desdobramentos no campo da saúde e da economia, ao longo deste ano de 2020, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm adotado, proposto ou sugerido medidas, providências ou ordens, de conteúdos diversos, para instrumentalizar o Poder Público e a sociedade em geral com os meios que se reputam oportunos e necessários para enfrentamento da crise.

A Lei Complementar nº 173/2020 foi editada justamente nesse contexto, diante da premente necessidade de contenção dos gastos para promoção de um esforço conjunto para superação dos efeitos deletérios sobre a economia, nomeadamente sobre a arrecadação.

Não se trata, apenas, de uma lei que visou a impor restrições na execução orçamentária, na realização de gastos públicos e aumentos a servidores. Ela se trata, como já aponta sua ementa, de um Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus, que envolve o auxílio financeiro.

Assim, o polêmico artigo 8º da Lei Complementar nº 173/2020, diversamente da modificação permanente na LRF realizada pelo art. 7º do mesmo diploma legal, é dirigido especificamente à situação de calamidade pública decorrente da atual pandemia da Covid-19, e ao fazer referência à hipótese de que trata o art. 65 da LRF, atrai para o seu campo de incidência todos os demais entes federativos afetados, independentemente destes

terem decretado ou não estado de calamidade pública. Com efeito, é de se considerar que no mesmo dia 20/03/2020 em que foi editado o Decreto Legislativo nº 06/2020, pela Portaria nº 454 do Ministério da Saúde, foi declarado, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do novo coronavírus (Covid-19).

No entanto, todas as restrições previstas no art. 8º se aplicam às pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), o que não é o caso da entidade com a qual o Município tenha firmado termo de colaboração conforme a Lei nº 13.019/2014. Especificamente quanto ao impedimento à majoração de benefícios salariais ou vantagens trabalhistas, o art. 8º, IV restringe seu campo de incidência expressamente ao membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, o que não é o caso dos empregados de entidade privada.

Cabe, de qualquer forma, observar que no âmbito de uma parceria firmada nos termos da Lei nº 13.019/2019, deve haver, nos termos do art. 42, um cronograma de desembolso de recursos públicos que podem caracterizar despesa obrigatória de caráter continuado, caso se estendam por mais de 2 exercícios (art. 8º, § 2º, II, da LC nº 173/2020), cuja criação é vedada pela LC nº 173/2020 (art. 8º, VII), ressalvados os seguintes casos: i) a despesa obrigatória de caráter continuado é viável caso se trate de medida de combate à calamidade pública enquanto essa perdurar; ii) a despesa obrigatória de caráter continuado poderá ser criada caso haja prévia e permanente compensação mediante aumento da receita ou redução da despesa; iii) a medida não importe incremento da despesa obrigatória do órgão com variação positiva maior que a do Índice Geral de Preços ao Consumidor Amplo. De qualquer modo, essas objeções dizem respeito ao repasse previsto no termo de colaboração do Município para a entidade privada, e não ao pagamento de benefícios salariais da entidade privada aos respectivos empregados.

Feitas essas considerações a respeito da não aplicabilidade das restrições do art. 8º, IV, da LC nº 173/2020 às entidades de direito privado com termo de colaboração com o Município, cabe verificar as possíveis repercussões da legislação eleitoral que venham a impor restrições na respectiva gestão, nomeadamente quando a pessoa jurídica de direito privado receba recursos públicos e esteja sob intervenção do poder público.

A Constituição, em seu art. 14, §§ 9º, 10 e 11, dispõe acerca da inelegibilidade e da cassação de mandato eletivo em razão de abuso de poder econômico ou abuso de exercício de função, cargo ou emprego na administração pública. Regulamentando os referidos dispositivos, a LC n.º 64/90 estabeleceu os trâmites processuais da investigação judicial para apuração da ocorrência de abuso de poder e da ação de impugnação de registro de mandato eletivo.

Por sua vez, a Lei n.º 9.504/97, editada pela União no exercício de sua competência privativa para dispor sobre Direito Eleitoral (art. 22, I da CRFB), dispõe acerca de diversas condutas vedadas aos agentes públicos quando da iminência do pleito, com o intuito de assegurar a igualdade entre os candidatos a cargos eletivos. Sem embargo, o art. 78 da mesma lei dispõe que a aplicação das sanções previstas no art. 73, §§ 4º e 5º dar-se-á sem prejuízo de outras de caráter constitucional, administrativo ou disciplinar previstas no ordenamento jurídico do país.

É importante ressaltar que, para a caracterização do abuso de poder político (art. 14, §§ 9º e 10 da CRFB c/c art. 22 da LC n.º 64/90), é necessária, demonstração da prática de ato da administração com objetivo de favorecer algum candidato, bem como a comprovação da potencialidade para influir no resultado das eleições. Nestes casos, incorre o candidato em inelegibilidade, o que gera cancelamento do registro e, se for o caso, impugnação do mandato para o qual foi eleito.

Por sua vez, para a aplicação da sanção pecuniária prevista no art. 73, § 4º da Lei n.º 9.504/97 pela Justiça Eleitoral, basta a comprovação de que tenha havido prática das condutas ali elencadas, e tal medida não acarreta, de pronto, a conclusão de que houve abuso de poder.

Desse modo, não se confundem as duas sanções, uma vez que a primeira tem índole constitucional e foi regulamentada em lei complementar (LC n.º 64/90), e a segunda foi criada por lei editada pela União no exercício de sua competência para dispor sobre Direito Eleitoral (art. 22, I da CRFB). Ressalte-se que, embora sejam apuradas em procedimentos diversos, não se impede que a prática das condutas elencadas no art. 73 venham a caracterizar, também, abuso de poder, desde que sejam impetrada ação própria para tal, na forma do art. 22 da LC n.º 64/90.

Isto significa, portanto, que longe de serem as únicas condutas vedadas ao agente público, aquelas elencadas no art. 73 da Lei n.º 9.504/97

representam somente algumas para as quais o legislador, por sua recorrência e potencial dano à isonomia das eleições, estabeleceu sanções de aplicação célere tais como multas e suspensão da conduta vedada, de modo a garantir eficiência à atuação da Justiça Eleitoral e a assegurar a igualdade entre os candidatos. As condutas vedadas são, conforme entendimento do TSE, "*modalidades tipificadas do abuso do poder de autoridade*"(cf. TSE. Ac. no 21.320, de 9.11.2004, rel. Min. Luiz Carlos Madeira). Sobre a caracterização do abuso de poder, é pertinente a lição de Eduardo Fortunato Bim:

"Não existe forma fixa, uma fórmula pela qual é possível detectar o abuso de poder no processo eleitoral; muito pelo contrário, o abuso de poder, seja ele de qualquer espécie for, é forma maleável de se burlar a legitimidade das urnas. É caracterizado não pelos seus meios, que podem ser abuso do poder econômico, dos meios de comunicação ou o político, dentre outros, mas sim por sua lesividade à legitimidade nas eleições. O rol do art. 22 da LC 64/90 não é taxativo."

As observações são pertinentes porque, muito embora não exista expressa tipificação no art. 73 da Lei nº 9.504/1997 quanto à conduta referida no âmbito de entidades privadas com as quais o Município tenha instrumento de parceria, é evidente que uma situação em que a entidade esteja recebendo recursos do Município e sob intervenção do Secretário Municipal de Saúde deve ser vista com cautela. Suponhamos que, quando concedido o aumento no vale alimentação, o Prefeito ou o Secretário promovam uma reunião em tom de comício eleitoral, se autopromovendo e utilizando do benefício trabalhista para angariar votos, com potencial alteração do resultado eleitoral em seu favor. Isso poderia, em tese, ser considerado um abuso de poder político. No entanto, esse tipo de situação deve ser apurada em sede de ação de investigação de abuso de poder nos termos do art. 22 da LC nº 64/1964, mediante instrução e colheita de provas. Fica, de qualquer modo, o alerta para o fato de que não é por se tratar de entidade privada que tudo é permitido.

Em vista de tudo que foi exposto, passamos a responder os questionamentos formulados:

1) Estaria a Santa Casa impedida de ampliar o valor do auxílio alimentação de seus funcionários de R\$ 100,00 (cem reais) para R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), já que o impedimento, a princípio não se

direciona a Entidades do Terceiro Setor, tampouco aos funcionários desta Entidade, mas somente a servidores e empregados públicos?

RESPOSTA: A medida não se encontra vedada pela LC nº 173/2020, salvo se houver alteração no valor do repasse no âmbito do termo de colaboração que caracterize criação de despesa obrigatória de caráter continuado.

2) Existe algum impedimento na legislação eleitoral à majoração do valor do auxílio alimentação aos funcionários da Santa casa?

RESPOSTA: A conduta não se encontra tipificada no art. 73 da Lei nº 9.504/1997, de modo que não há impedimento *a priori* ao aumento do vale alimentação dos funcionários da entidade. Entretanto, considerando que a entidade privada está sob intervenção do Município e sob gestão do Secretário Municipal de Saúde, deve-se cuidar para que não haja uso eleitoreiro desse aumento, que possa configurar, no caso concreto, abuso de poder econômico na forma do art. 22 da LC nº 64/1990.

3) Considerando que o § 5º do art. 8º da LC nº 173/2020 determina que o disposto no inciso VI do caput não se aplica aos profissionais de saúde e de assistência social, desde que relacionado a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração, poderia, a entidade conceder uma gratificação/prêmio de incentivo aos funcionários para combate ao COVID-19?

RESPOSTA: Os empregados da entidade privada não se encontram albergados pela vedação da LC nº 173/2020.

É o parecer, s.m.j.

Gustavo da Costa Ferreira M. dos Santos
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 18 de junho de 2020.

Parecer IBAM nº 1682/2020

LI – Licitação. Reforma do prédio. Considerações sobre a dispensa de licitação e uso do pregão.

CONSULTA:

Solicita uma Câmara orientação jurídica complementar ao Parecer nº. 1623/2020. Diz que em 2013 realizou uma Tomada de Preço para a contratação de serviços de pintura. O Termo de Referência continha detalhadamente estimativa de custos, memorial descritivo e descrição e quantidade de materiais.

Considerando que trata-se apenas de pequenos reparos, pode dispensar a apresentação dos orçamentos contendo tais detalhes (Projeto Básico)? Pergunta se os orçamentos já apresentados podem ser considerados simplificados para este processo, nos termos da Lei de Licitações:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

§ 9º O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação”.

RESPOSTA:

A consulta anterior, que se referia a pequena reforma interna no prédio que ocupa a Câmara, indagava se a contratação seria de obra ou serviço de engenharia e se podia ser dispensada a licitação.

Na resposta foram feitas as definições de obra e serviço de

engenharia e concluiu-se que a dispensa de licitação era cabível, em face do valor. Mas aditou-se que, na hipótese da consulta, a melhor opção seria o uso do pregão.

É cabível acrescentar que a MP nº 961/2020 admite a dispensa de licitação para serviços comuns, no atual período de pandemia, até o valor de cinquenta mil reais. A respeito, certos serviços técnicos podem ser considerados "comuns", desde que possam ser definidos por meio de especificações usuais.

No caso da presente consulta, as especificações feitas quanto ao conteúdo do Termo de Referência e relação dos serviços contidos na consulta anterior apontam na direção de se tratarem de serviços comuns.

O termo de referência ou o projeto básico simplificados, segundo a Lei nº 13.979/2020 possuem os seguintes elementos: definição do objeto, justificativa, descrição resumida da solução apresentada, requisitos da contratação, critérios de medição e pagamento, estimativas dos preços e adequação orçamentária. Esses elementos parecem estar presentes ou são suficientes, de tal sorte que a licitação por dispensa pode prosseguir.

Entretanto, a opção mais adequada a ser utilizada é a do pregão, disciplinada pela Lei n.º 10.520/20, voltada exclusivamente à aquisição de bens e serviços comuns, qualificados como "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado" (art. 1º), devendo a fase preparatória do pregão definir o objeto de maneira precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição (art. 3º, II).

A definição precisa garante que a Administração adquira e contrate o que foi idealizado, a definição suficiente traz informações necessárias que não restringem e nem direcionam o objeto alvo da disputa e a definição clara confere segurança aos licitantes que podem vislumbrar o que realmente a Administração pretende contratar. Encontram-se proibidas as especificações que sejam excessivas, irrelevantes e desnecessárias, pois são limitadoras



da competitividade e da realização do procedimento licitatório.

São essas as considerações adicionais a fazer.

É o parecer, s.m.j.

Affonso de Aragão Peixoto Fortuna
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 14 de julho de 2020.

Parecer IBAM nº 1683/2020

LI – Licitação. Contrato administrativo e caso concreto.

CONSULTA:

A Câmara consulente narra que há contrato com empresa para fornecimento de 10(dez) kg mensais de pó de café torrado e moído, pelo prazo de 12 meses. Referido contrato encontra-se em vigor, o qual teve início em 02 de setembro de 2019. A contratação ocorrera através de dispensa de licitação, haja vista o valor anual do contrato estimado em R\$ 2.100,00 (dois mil e cem reais). Entretanto, devido a pandemia, a Câmara fora fechada e os servidores passaram a trabalhar em home office. Assim, verbalmente, o Presidente da Licitação informara a empresa para suspender a entrega do café e assim fora feito. Desta forma, desde abril a empresa não efetua a entrega e a Câmara não está pagando também. Diante disso, na medida em que já se passaram 4 (quatro) meses sem entregar o café e sem contrapartida da Câmara, sendo o seu vencimento no dia 01 de setembro de 2020, questiona: "o que fazer com o contrato em questão?"

RESPOSTA:

Os contratos firmados pela Administração com particulares devem ser precedidos de licitação, com vistas a assegurar a aplicação dos princípios reitores da Administração Pública proba.

Nos contratos administrativos, em razão da supremacia do interesse público envolvido, temos a aplicação das denominadas "cláusulas exorbitantes." Conforme expresso na Lei nº 8.666/1993:

"art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às

finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; (g.n.)"

Preconiza o art. 79 da Lei nº 8.666/1993:

"Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;

III - judicial, nos termos da legislação;"

O art. 78, XVII da Lei de Licitações alude à ocorrência de caso fortuito ou força maior, o que ocorreu na hipótese em apreço.

Ainda, nos termos da Lei nº 8.666/1993, as seguintes situações podem representar álea extraordinária e extracontratual: fatos imprevisíveis; fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis; caso fortuito, força maior ou fato do príncipe.

Note-se que no caso de caso fortuito ou força maior, pode tanto, conforme o caso, ser feita a revisão do contrato, como a sua rescisão. No caso, como narrado, o contrato perdeu seu objeto, por motivo superveniente à contratação, fora do alcance de previsibilidade das partes, por motivo externo ao contrato e extraordinário. Trata-se de fortuito externo (independente dos riscos da atividade da parte).

Como notório, a Organização Mundial de Saúde decretou estado de emergência na saúde pública internacional diante da pandemia viral (Sars Cov 2). No âmbito da União foi reconhecido estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus. Nos estados da federação e nos municípios, ocorreram diversas medidas de distanciamento social, cancelamento de eventos, etc.

A rescisão unilateral é realizada por meio de ato administrativo, o qual, em virtude de possuir auto executoriedade, resulta na produção imediata de efeitos jurídicos, devendo ser motivado, com a indicação do nexo de causalidade entre o fato e o prejuízo ou a inexecução do contrato, a descrição do fato, dos sujeitos e a sua qualificação jurídica, bem como os fundamentos que indicam à impossibilidade do prosseguimento da execução do contrato.

Ainda, em decorrência da formalização, a rescisão do contrato administrativo deve ser efetivada, em regra, na forma escrita, com a prévia notificação do contratado para que exerça seu direito à ampla de defesa e posterior publicação do ato no veículo oficial de imprensa. Para maiores esclarecimentos quanto ao tema, vide parecer IBAM 1171/2015, dentre outros.

No caso em tela, é dito que desde abril não há fornecimento do bem contratado pela ausência de necessidade diante do atual cenário.

Com base, apenas, na Lei de Licitações, em razão da natureza extraordinária e imprevisível deste evento e superveniente à contratação, pode a Administração notificar o contratado para dar início à formalização da rescisão unilateral do contrato.

No entanto, na prática, os instrumentos unilaterais dispostos na legislação podem não atender tanto aos interesses da Administração, como de Administrados, contribuir para o agravamento da crise econômica, ao invés de fomentar negociações com particulares/ contratados.

A Lei federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015 dispõe sobre a mediação como autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (art. 1º).

Confira outros dispositivos:

"art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

- I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
- II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de

conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta."

O modo de funcionamento das câmaras será estabelecido em regulamento de cada ente federado (art. 32, §1º). A sujeição do conflito às câmaras de mediação é facultativa e cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado (art. 32, §2º). Na existência de consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial (art. 32, § 3º).

Ainda, conforme exposto nesta Lei:

"Art. 32, § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei."

A deflagração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição (art. 34, caput, da Lei nº 13.140/2015).

Ainda, nos termos do novo Código de Processo Civil, o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 2º). E, conforme exposto na referida Lei:

"art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;



III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação."

Em suma, feitas as devidas considerações, com base, apenas, na Lei de Licitações, em razão da natureza extraordinária e imprevisível deste evento e superveniente à contratação, pode a Administração notificar o contratado para dar início à formalização da rescisão unilateral do contrato.

É o parecer, s.m.j.

Ana Carolina Couri de Carvalho
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 14 de julho de 2020.