

## NOTA JURÍDICA Nº 03/2020

**Assunto:** Orientações sobre contratações públicas durante a pandemia do COVID-19 frente as notificações dos órgãos de controle e fiscalização.

### Considerações iniciais

Considerando que muitos gestores municipais estão sendo notificados pelos órgãos de controle e fiscalização para justificarem os preços das aquisições de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia do COVID-19, vimos por meio deste instrumento, norteá-los com algumas orientações jurídicas.

### Orientações jurídicas

É oportuno lembrar que a Lei Federal nº 13.979/20 estabeleceu medidas provisórias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus com efeitos até 31.12.2020. E, que dentre suas medidas, tem-se a disposição sobre a dispensa de licitação, normas licitatórias e contratuais para o combate ao COVID-19, garantindo que todas essas contratações ou aquisições realizadas com base nessa Lei sejam disponibilizadas imediatamente em sítio oficial com a garantia da acessibilidade do conteúdo.

Sabe-se que os contratos regidos pela Lei Federal nº 13.979/20 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.

Sendo assim, começamos a norteá-los no sentido de que seja esclarecido aos órgãos de controle e fiscalização que o município possui um Decreto Municipal reconhecendo o estado de calamidade pública, pois o decreto justificará os atos dos gestores frente a pandemia.

Segundo ponto muito importante, é que se faz necessário aduzir que a dispensa de licitação fora baseada na Lei Federal nº 13.979/20, justificando tal dispensa pela questão da emergência e urgência, ou seja, necessidade pública *versus* correlação lógica entre a causa e consequência *versus* a medida é proporcional ao tempo do contrato e objeto para atendimento do interesse público. Bem como demonstrando através de documentos comprobatórios a pesquisa de preço realizada para tal contratação de bens ou serviços.

Cabe lembrar que, esta justificativa para dispensa de licitação, também deve ter sido efetuada pelo gestor municipal na abertura do termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado em conformidade com o artigo 4º-E, § 1º, da Lei Federal nº 13.979/20, que diz que o termo ou projeto conterá: declaração do objeto, fundamentação simplificada, descrição resumida da solução encontrada, requisitos da contratação, critérios de medição e pagamento, estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: Portal de Compras do Governo Federal; pesquisa publicada em mídia especializada; sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; contratações similares de outros entes públicos ou pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e adequação orçamentária.

O §2º, do artigo 4º-E, da Lei Federal nº 13.979/20 ainda traz a possibilidade de, excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, ser dispensada a estimativa de preços. Já o §3º, do artigo 4º-E, da Lei Federal nº 13.979/20 aduz que os preços obtidos a partir da estimativa 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.

Diante disso, o gestor municipal de saúde precisa atentar para as justificativas no processo, comprovando tudo devidamente, podendo se utilizar também desses parágrafos do artigo 4º-E, da lei supracitada, para justificar seus atos e assim evitar qualquer complicação na análise orçamentária pelos órgãos de controle e fiscalização.

Cabe evidenciar que o COSEMS-PB possui no site institucional notas técnicas que abordam a utilização de recursos e ações/atividades que podem ser realizadas nesse período, as quais corroboram de algum modo na defesa do gestor de saúde.

Em relação a prática de preços abusivos pelas empresas e fornecedores de materiais e equipamentos de proteção para a saúde durante a pandemia, que forçou os gestores, no momento de urgência e emergência, a realizarem determinadas contratações públicas sem atender a base de preço estabelecida antes da crise de saúde pública. O COSEMS-PB se manifestou através de meios de comunicação sobre o assunto, sendo, portanto, essa ação realizada por este Conselho mais uma tentativa de argumentação junto aos órgãos de controle e fiscalização.

De toda forma, sabe-se que o gestor também obteve a possibilidade, conforme o art. 4º-G, da Lei Federal nº 13.979/20, de optar pela licitação através da modalidade pregão, eletrônico ou

presencial, com a redução pela metade dos prazos dos procedimentos licitatórios e dispensa da realização de audiência pública. Sendo assim, cabe ao gestor que optou por esse procedimento, verificar as normativas do procedimento adotado para posterior prestação de contas.

Destarte, outro ponto importante para ser aduzido nas manifestações dos municípios é a citação da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) que concedeu parcialmente medida cautelar em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIS 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431 MC) para conferir interpretação à Medida Provisória 966/2020, a qual trata sobre a responsabilização dos agentes públicos durante a crise de saúde pública:

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, analisou a medida cautelar, vencido, preliminarmente, o Ministro Marco Aurélio, que entendia pela inadequação da ação direta. Na sequência, por maioria, deferiu parcialmente a cautelar para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, **na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.** Foram firmadas as seguintes teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem

corresponsáveis por eventuais violações a direitos”. Tudo nos termos do voto do Relator. Ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Carmen Lúcia, que concediam a medida cautelar em maior extensão, e o Ministro Marco Aurélio, que a concedia para suspender a eficácia da Medida Provisória até o julgamento final do feito. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 21.05.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).**(grifo nosso)**.

Entende-se, portanto, que o gestor que agiu com transparência e ética garantindo o direito à vida e à saúde dos profissionais e da população em geral diante da necessidade e urgência, observando as normas e critérios científicos e técnicos, bem como os princípios constitucionais não se enquadra na responsabilização dos agentes públicos durante a crise de saúde pública.

Cabe citar também, a utilização de artigos da Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 2, de 19 de junho de 2020, que recomenda aos ramos e às unidades do Ministério Público Brasileiro critérios de atuação na fiscalização de políticas públicas, os quais podem ser interpretados favoravelmente aos gestores municipais.

Cabendo ressaltar, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Recomendação Nº 66 de 13 de maio de 2020, recomenda aos Juízos com competência para o julgamento das ações que versem sobre o direito à saúde a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da COVID-19. Sendo oportuno citar o artigo 1º que aduz:

Art. 1º Recomendar a todos os juízos com competência para o julgamento de ações que versem sobre o direito à saúde que **reconheçam a essencialidade das medidas tomadas pelos gestores dos serviços de saúde e assegurem-lhes as condições mínimas para o enfrentamento da pandemia de Covid-19**, compatibilizando as decisões com a preservação da saúde dos profissionais da saúde, dos agentes públicos e dos usuários do Sistema Único de Saúde - SUS e da Saúde Suplementar. **(grifo nosso)**.

Por fim, conclui-se que o gestor municipal de saúde deve atentar as medidas disponibilizadas pelo Ministério da Saúde, ao arcabouço normativo da saúde, a exemplo da Constituição Federal (Arts. 196 a 200), Lei 8.080/1990, Lei 8.142/1990, Decreto Federal

7.508/2011 e Lei Complementar 141/2012, a da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB, assim como deve evidenciar o interesse público e o direito à vida e à saúde, no sentido de abarcar todos os instrumentos jurídicos e políticos institucionalizados através do Sistema Único de Saúde (SUS), no intuito de garantir os princípios constitucionais, justificando, assim, a adoção dos critérios nesse tempo de pandemia principalmente nas medidas de urgência utilizadas.

João Pessoa/PB, 15 de julho de 2020.

Atenciosamente,

Assessoria jurídica do COSEMS-PB.

Referências:

BRASIL. **Lei nº 13.979**, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm)>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde - CONASEMS. **COVID-19: Orientações sobre Licitações, Contratos e Requisições Administrativas**, 24 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Nota-Licita%C3%A7oes-Contratos-E-Req.-Adm-vers-final.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Recomendação nº 66**, de 13 de maio de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318>>. Acesso em 14 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade – **ADI nº 6421 MC**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 14 jul. 2020.