

Knupp & Madaleno Sociedade de Advogados

CNPJ n.º 20.003.742/0001-88

Registro na OAB/MG n.º 4.227

Maristane Knupp de Sousa Medeiros - OAB/MG n.º 148.584 José Flávio Barroso Madaleno - OAB/MG n.º 92.042

PARECER



DE: Assessoria Jurídica

PARA: Procuradoria do Município

PROCESSO ADMINISTRATIVO: 144/2021

MODALIDADE: Dispensa n.º 022/2021

CONTRATADAS: CODEX MANUTENÇÃO DE SISTEMAS LTDA. - ME (CNPJ N.º 19.480.708/0001-15)

SOLUÇÃO TECNOLOGIA DE GESTÃO PÚBLICA LTDA. - ME (CNPJ N.º 12.327.907/0001-49)

CONSULTA

Consulta a Procuradoria Jurídica da Prefeitura Municipal de Alto Caparaó/MG, acerca da possibilidade de se proceder nova prorrogação da vigência dos Contratos de Prestação de Serviços de n.º 030/2021 e de n.º 031/2021, firmados na data de 26/03/2021, com as Empresas CODEX MANUTENÇÃO DE SISTEMAS LTDA. - ME (CNPJ n.º 19.480.708/0001-15) e SOLUÇÃO TECNOLOGIA DE GESTÃO PÚBLICA LTDA. - ME (CNPJ n.º 12.327.907/0001-49), respectivamente, ambos decorrentes do Processo Licitatório n.º 144/2021, na modalidade de Dispensa n.º 022/2021, tendo em vista os mesmos já alcançaram a vigência de 180 dias.

Encaminha, juntamente com a Consulta, os documentos constantes dos autos do processo de Dispensa n.º 022/2021, Processo Licitatório n.º 144/2021, bem como o Requerimento apresentado pela Secretaria Municipal de Governo, contendo as justificativas para pleito de nova prorrogação.

RESPOSTA

Trata-se de consulta formulada pela Procuradoria Jurídica da Prefeitura, sobre a possibilidade de se proceder nova prorrogação da vigência dos Contratos de Prestação de Serviços de n.º 030/2021 e de n.º 031/2021, firmados com as Empresas CODEX MANUTENÇÃO DE SISTEMAS LTDA. - ME e SOLUÇÃO TECNOLOGIA DE GESTÃO PÚBLICA LTDA. - ME, respectivamente, uma vez que os mesmos já alcançaram a vigência de 180 dias.

O cerne da questão envolve a possibilidade de se ultrapassar o prazo de vigência de 180 dias, tendo em vista que os Contratos em comento foram

Knupp & Madaleno Sociedade de Advogados

CNPJ n.º 20.003.742/0001-88

Registro na OAB/MG n.º 4.227

Maristane Knupp de Sousa Medeiros - OAB/MG nº 148.584 José Flávio Barroso Madaleno - OAB/MG nº 92.042

lastreados no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.666/93, o qual é expresso ao vedar a prorrogação além do aludido prazo máximo, *in verbis*:

"Art. 24 - É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços **que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.**" (negrito e grifo nosso).

Da leitura dos autos do certame, depreende-se que, quando a atual gestão municipal tomou posse, em 1º de janeiro de 2021, os Contratos de locação de software de gestão pública integrada e de sistemas que se encontram vigentes teriam ser término na data de 25/02/2021.

Entretanto, por se tratar de Contratos em curso desde gestões anteriores, constatou-se que ambos já tinham alcançado o prazo máximo de 60 (sessenta) meses, nos termos do artigo 57, inciso II, da Lei Federal n.º 8.666/93, havendo claro impedimento de sua prorrogação por período subsequente, conforme redação abaixo:

"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,"

Ato contínuo, diante da intenção da nova gestão de manter os sistemas de gestão pública integrada e de recursos humanos, e considerando a dificuldade de se deflagrar novo processo de disputa naquele momento, notadamente em razão da pandemia que acometia o País, decidiu-se, à época, pela deflagração de processo de contratação direta, por dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, inciso IV, da Lei de Licitações.

Destaca-se que, na oportunidade, restou configurada a situação de emergencialidade, uma vez que a ausência de contratação do software inviabilizaria o funcionamento da própria Administração Pública, posto que restaria comprometida a execução dos serviços de Contabilidade, de Pessoal e de Compras no âmbito da Prefeitura Municipal de Alto Caparaó, dentre outros, causando transtornos insuperáveis quanto ao impedimento de contratação de serviços, aquisição de bens e execução de obras, bem como de geração de folha de pagamento dos servidores públicos municipais, além de geração de prestação de contas e de disponibilização de informações no Portal da Transparência.

Knupp & Madaleno Sociedade de Advogados

CNPJ n.º 20.003.742/0001-88

Registro na OAB/MG n.º 4.227

Maristane Knupp de Sousa Medeiros - OAB/MG n.º 148.584 José Flávio Barroso Madaleno - OAB/MG n.º 92.042

E mais, tal circunstância assumiu gravidade ainda maior, no momento em que a atuação do Poder Público Municipal era essencial no desempenho das ações de combate e prevenção contra o agente infeccioso Coronavírus (COVID-19), diante da pandemia mundial, com reflexos diretos no Município de Alto Caparaó/MG, não podendo o funcionamento das atividades administrativas sofrer, portanto, solução de descontinuidade.

Nesse diapasão, foi deflagrado o Processo Licitatório em comento, para contratação direta por Dispensa, redundando na celebração dos Contratos com as aludidas Empresas pelo prazo de 90 (noventa) dias, ao entendimento de que, durante o referido prazo, haveria condições de se deflagrar oportunamente o novo processo licitatório em regime de disputa, possibilitando a celebração de novos Contratos por período superior.

Por conseguinte, houve a formalização dos Contratos de Prestação de Serviços de n.º 030/2021 e de n.º 031/2021, com as Empresas CODEX MANUTENÇÃO DE SISTEMAS LTDA. – ME e SOLUÇÃO TECNOLOGIA DE GESTÃO PÚBLICA LTDA. – ME, respectivamente, ambos com previsão de término em 26 de junho de 2021.

Entretanto, em virtude da impossibilidade de deflagração, à época, de certame para instauração de regime de disputa entre possíveis interessados, tendo em vista a continuidade da pandemia, não só no País, como também no Município, sem a diminuição de casos, constatou-se a necessidade de realização de prorrogação dos Contratos em epígrafe, por mais 90 dias, já que o inciso IV, do artigo 24, da Lei 8.666/93, previa a possibilidade de tais contratos emergenciais perdurarem por até 180 dias.

Então, houve a celebração, em 25 de junho de 2021, do 1º Termo Aditivo aos Contratos em comento, com previsão de término de ambos na data de 26 de setembro de 2021, prevendo-se que, nesse período, seria possível a realização de processo licitatório em regime de disputa, tendo em vista a continuidade da vacinação da população em todo o País.

Ato contínuo, em 16 de agosto de 2021, houve a deflagração do Processo Licitatório n.º 386/2021, na modalidade de Pregão Presencial n.º 044/2021, tendo como objeto a contratação dos serviços englobados nos contratos firmados em decorrência da Dispensa, os quais teriam seu término em 26/09/2021, evidenciando que a Administração Pública Municipal adotou as providências legais cabíveis para superação dos contratos emergenciais, substituindo-os por vínculos provenientes de um regime de competitividade, sendo certo que não houve qualquer inércia por parte do Poder Público Municipal.

Contudo, mais recentemente, nos termos do Ofício de n.º 082/2021, de 20/09/2021, o Secretário Municipal de Governo comunicou a impossibilidade de finalização do Processo Licitatório então em curso, já que se encontra em fase de

Knupp & Madaleno Sociedade de Advogados

CNPJ n.º 20.003.742/0001-88

Registro na OAB/MG n.º 4.227

Maristane Knupp de Sousa Medeiros - OAB/MG n.º 148.584 José Flávio Barroso Madaleno - OAB/MG n.º 92.042

avaliação do objeto, de modo que, até a data-limite do término dos Contratos emergenciais, não haverá possibilidade de desfecho do certame, para a devida formalização do Contrato com a Empresa que se sagrar vencedora.

Nota-se que houve acontecimento alheio à vontade da Administração Municipal, o qual impediu a celebração de Contrato apto a substituir a execução dos serviços decorrentes dos Contratos emergenciais celebrados em março de 2021, tratando-se de motivo bastante e suficiente para ensejar a prorrogação dos mesmos, a fim de evitar qualquer paralisação indevida do funcionamento da Prefeitura Municipal de Alto Caparaó.

Ressalte-se que o Ofício da Secretaria de Governo esclarece, ainda, o risco de se firmar novo Contrato com Empresa representante de outro sistema de software, já que há 2 (duas) licitantes ainda na disputa, razão pela qual, sendo aquela vencedora, haverá dificuldades de continuidade no funcionamento da Administração Pública Municipal, em razão da necessidade de migração de informações de um sistema para outro, o que poderá ocasionar paralisação indevida do funcionamento da Prefeitura Municipal de Alto Caparaó.

Portanto, no caso concreto, torna-se imperativa a continuidade dos Contratos de n.º 030/2021 e de n.º 031/2021, por razões alheias à vontade do gestor público, sob pena de provocar dano maior ao funcionamento da própria Prefeitura Municipal, com prejuízos inegáveis para a população.

Nesse cenário, há conflito inegável entre a necessidade imediata e premente do serviço público municipal, e a redação expressa do artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, tendo em vista que, mesmo havendo a continuidade da situação emergencial, há vedação expressa no texto legal, acerca da possibilidade de nova prorrogação da vigência do Contrato.

Considerando a realidade fática, há que se compreender a prevalência do interesse e da necessidade pública, em detrimento da letra fria da lei, no caso concreto ora discutido, em razão da manifesta e indiscutível excepcionalidade da realidade atual, em que se encontra em curso uma pandemia de proporções mundiais, provocando risco de morte à população, em que não é razoável a possibilidade de paralisação das atividades do serviço público.

Por conseguinte, diante de uma situação atípica, excepcional, não prevista em lei, instala-se um confronto entre a determinação legal e a **aparente necessidade de se flexibilizar a norma jurídica**. Assim, em nome do interesse público, deve-se, diante de uma situação e um momento transitório, que foge do amparo legal, **adotar medidas administrativas**, de modo que o bem jurídico tutelado pela legislação não seja violado.

Nesse diapasão, merece destaque a abordagem feita em uma Consulta formulada ao Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso (proc. n.º

Rua Marcelino Guimarães Pinto, n.º 85, sala 301, Bairro Todos os Santos - Manhuaçu/MG - CEP: 36.906-129

Knupp & Madaleno Sociedade de Advogados

CNPJ n.º 20.003.742/0001-88

Registro na OAB/MG n.º 4.227

Maristane Knupp de Sousa Medeiros - OAB/MG n.º 148.584 José Flávio Barroso Madaleno - OAB/MG n.º 92.042

11.579-7/2018), em que o Ministério Público de Contas daquela Corte, em parecer de n.º 1.571/2018, manifestou-se sobre o assunto da seguinte forma:

"Em homenagem a supremacia do interesse público e do direito fundamental à educação, é de se adotar, **nesse caso específico**, a **Teoria da Derrotabilidade das Normas Jurídicas**. Sabe-se que a letra da lei não consegue, por si só, ser suficiente para disciplinar situações que fogem do corriqueiro. Nesse contexto de hipóteses excepcionalizáveis, abre-se espaço para a supracitada teoria, que prega, **em síntese**, que **casos atípicos (hard cases) merecem uma solução diferenciada**. Sobre este tema ensina o Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa/Portugal, Dirley da Cunha Junior:

A derrotabilidade da norma jurídica significa a possibilidade, no caso concreto, de uma norma ser afastada ou ter a sua aplicação negada, sempre que uma exceção relevante se apresente, ainda que a norma tenha preenchido seus requisitos necessários e suficientes para que seja válida e aplicável.

Em razão dessa teoria, toda norma, seja ela qualificada como regra ou princípio, está sujeita a exceções que não são previstas de forma exaustiva, podendo, em face da incidência da exceção, ser superada ou derrotada de acordo com o caso concreto e a argumentação desenvolvida (neste sentido, interessante artigo de Fernando Andreoni Vasconcellos).

Hart percebeu que em razão da impossibilidade de as normas preverem as diversas situações fáticas, ainda que presentes seus requisitos, elas contêm, de forma implícita, uma cláusula de exceção (tipo: **a menos que**), de modo a ensinar, diante do caso concreto, a derrota/superação da norma.

Porém, embora possa uma norma jurídica ser derrotada/afastada diante do caso concreto, ela continua sendo aplicada a casos normais, pois, como advertiu Hart, uma norma que é excepcionada diante de um hard case, é ainda uma norma." (sem grifos no original).

Tal teoria existe para **impedir que, diante de casos anômalos, a incidência se volte contra o próprio espírito da lei**. É exatamente isso que temos no caso em análise; caso a literalidade do dispositivo seja aplicada, os municípios investirão menos em educação e, conseqüentemente, o direito fundamental da população será lesado. **Ou seja, a aplicação da norma, nesse caso específico, vai contra o próprio direito que a lei visa proteger.**

Portanto, a limitação prevista é 'derrotável', porquanto o legislador não considerou essa circunstância específica em sua formulação normativa, de forma que o princípio constitucional à educação (Carta Magna, art. 205) derrota a vedação contida no referido dispositivo legal."

Ora, para corroborar a ideia de que a norma jurídica pode ser flexibilizada, pode-se considerar, também, diante da conjuntura extraordinária de crise, **a Teoria Constitucionalista do Delito**, teoria aplicável ao Direito Penal, segundo a qual considera que o delito só existe quando o bem jurídico protegido pela norma (que, além de imperativa, é também valorativa) for concretamente afetado (lesado ou posto em perigo).

Então, traçando um paralelo com o Direito Administrativo, pode-se dizer que a irregularidade somente existe se houver ofensa ao bem jurídico protegido pela norma.

E, no caso em análise, o bem jurídico protegido pela Lei Geral de Licitações, ampara-se nos princípios da finalidade pública, bem como no princípio da continuidade.

Repisa-se que a Administração Municipal cuidou para que não houvesse lesão ao bem jurídico tutelado, impedindo que os serviços fossem interrompidos, diante da dificuldade de deflagração de uma licitação em regime de disputa, em que pese não ter imaginado que houvesse o agravamento do cenário em curso.

Trazendo novamente à baila o entendimento da Corte de Contas do Mato Grosso, ao responder consulta citada anteriormente, assim decidiu:

"De acordo com a teoria constitucionalista do delito e em face do princípio da ofensividade, não há que se falar em ilicitude se não há ofensa ao bem jurídico protegido pela norma, conforme esclarece o Professor Dr. Luiz Flávio Gomes, autor da referida teoria (GOMES, Luiz Flávio. Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 26).

Destaco que o princípio da ofensividade, no âmbito do Controle Externo de Contas, foi nitidamente corroborado pelos novos artigos 20, 21, 22 e parágrafos, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Ora, o bem jurídico tutelado pela Lei 11.494/2007, quando proíbe a utilização dos recursos do Fundeb para o financiamento de despesas não consideradas como de manutenção e desenvolvimento da educação básica, é o de concretizar o direito fundamental à educação, em conformidade com os percentuais mínimos exigidos pelo artigo 212, da CF/88.

Desse modo, em decorrência de eventual atraso do repasse pelo Estado, caso o Gestor Municipal seja obrigado a usar recursos de outras fontes para pagamentos de despesas do Fundeb em garantia ao percentual constitucional mínimo, não haveria ofensa ao direito fundamental à educação quando o repasse fosse realizado, em atraso, e houvesse a devolução às fontes que sofreram decréscimo.

Ressalto, ainda, que entendimento diverso poderia violar não só os princípios orçamentários da unicidade e anualidade, mas também o princípio constitucional da autonomia municipal, pois seria comprometido pela mora de Estado-membro em repassar recursos essenciais ao Orçamento Público dos Municípios, caso os entes municipais fossem impedidos de repor os recursos das fontes que sofreram decréscimo."

Considerando-se o entendimento exposto acima, e levando-se em conta a excepcionalidade do caso ora enfrentado, em que se vislumbra o conflito direto entre a norma e a realidade, causada por situação excepcional enfrentada, de proporção mundial, observa-se, de posse dos fundamentos acima citados, a necessidade de flexibilização das normas relativas à vedação de prorrogação

Knupp & Madaleno Sociedade de Advogados

CNPJ n.º 20.003.742/0001-88

Maristane Knupp de Sousa Medeiros - OAB/MG n.º 148.584

Registro na OAB/MG n.º 4.227

José Flávio Barroso Madaleno - OAB/MG n.º 92.042

contratual, também com objetivo de, diante de uma conjuntura extraordinária de crise, impedir que haja prejuízo para toda a população, diante de um iminente risco de paralização de todo o serviço público municipal.

Em sendo assim, em virtude da excepcionalidade do caso em estudo, é razoável a realização de nova prorrogação da vigência do Contrato, a fim de resguardar a proteção do interesse maior da sociedade, com vistas a alcançar a vigência dos princípios da finalidade pública e da continuidade do serviço público.

CONCLUSÃO

Opina-se, portanto, pela possibilidade excepcionalíssima de se proceder nova prorrogação da vigência dos Contratos de Prestação de Serviços de n.º 030/2021 e de n.º 031/2021, firmados na data de 26/03/2021, com as Empresas CODEX MANUTENÇÃO DE SISTEMAS LTDA. - ME (CNPJ n.º 19.480.708/0001-15) e SOLUÇÃO TECNOLOGIA DE GESTÃO PÚBLICA LTDA. - ME (CNPJ n.º 12.327.907/0001-49), respectivamente, ambos decorrentes do Processo Licitatório n.º 144/2021, na modalidade de Dispensa n.º 022/2021, além do prazo de vigência de 180 dias, a fim de evitar paralização das atividades desempenhadas pela Administração Pública, sob pena de causar prejuízo maior para toda a sociedade.

Esse é, *s. m. j.*, o parecer.

De Manhumirim/MG p/

Alto Caparaó/MG, aos 20 de setembro de 2021.

Maristane Knupp de Sousa Medeiros

OAB/MG n.º 148.584