

Contratação emergencial para adquirir bens e serviços necessários ao enfrentamento da COVID-19: considerações sobre o artigo 4º da Lei nº 13.979/2020



Alexandre Levin

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Administrativo e Ambiental nos cursos de graduação e pós-graduação da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da COGEAE/PUC-SP. Membro efetivo da Comissão de Direito Administrativo da OAB-SP. Procurador do Município de São Paulo. Advogado.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Licitação dispensável. 3 Temporariedade da hipótese de dispensa. 4 Controle sobre as aquisições emergenciais. 5 Contratação excepcional de empresas com inidoneidade declarada ou com o direito de contratar suspenso. 6 Utilização do sistema de registro de preços. 7 Aquisição de bens usados. 8 Caracterização da situação emergencial para fins de contratação direta por dispensa. 9 Dispensa de elaboração de estudos preliminares e de prévio gerenciamento de riscos. 10 Termo de referência ou projeto básico simplificado. 11 Dispensa de apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista. 12 Duração e prorrogação dos contratos emergenciais. 13 Alteração unilateral do contrato. 14 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

Não é preciso tecer maiores comentários sobre a difícil situação por todos nós enfrentada, em razão da pandemia que nos assola; trata-se, provavelmente, do maior desafio enfrentado pela humanidade desde a 2ª Guerra Mundial.

Em face da necessidade de combate a esse grave problema de saúde pública, foi editada a Lei Federal nº 13.979/2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”.

Dentre as medidas que as autoridades competentes podem tomar estão: a) determinação de isolamento social e quarentena; b) restrição excepcional de entrada e saída do país; c) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas; d) autorização temporária para importação de produtos sem registro na Anvisa.

Na mesma direção, foram criadas novas regras em matéria de aquisições, pela Administração Pública, de bens e serviços destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública.

Destaca-se, aqui, o disposto no artigo 4º da Lei nº 13.979/2020:

Art. 4º. É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.035/2020)

2 Licitação dispensável

Note-se que o dispositivo prescreve ser *dispensável* a licitação para adquirir produtos destinados a combater a epidemia, isto é,

a decisão entre realizar ou não o certame licitatório pertence ao âmbito da competência discricionária da Administração; caso seja conveniente e oportuno realizá-lo, a autoridade competente autorizará o início do procedimento.

Mas a discricionariedade, nesse caso, é limitada pelas circunstâncias do caso concreto: diante de uma situação de emergência de saúde pública, a realização do certame pode colocar em risco pacientes e profissionais que necessitem urgentemente dos medicamentos ou equipamentos para salvar vidas.

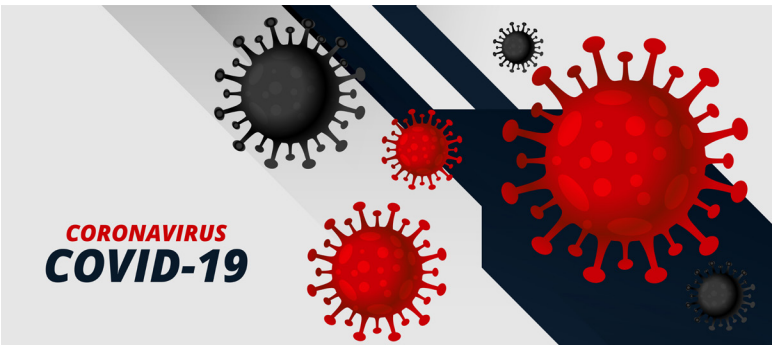
Caso a demora para concluir o procedimento licitatório coloque em risco o pronto atendimento às necessidades dos hospitais públicos, a licitação não deve ser realizada. Do contrário, se for possível aguardar a conclusão do certame, sem que isso prejudique o atendimento aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), o agente público competente pode determinar seja autuado o processo licitatório específico, visando ao fornecimento dos bens necessários à prestação do serviço.

Vale notar que, na redação original da lei, modificada pela Medida Provisória nº 926/2020, era utilizada a expressão dispensada e não dispensável. Essa observação é feita porque há na doutrina autores que diferenciam a licitação dispensada da licitação dispensável. Na licitação dispensada, não obstante ser possível, lógica e faticamente, realizar o certame licitatório, sua efetivação seria vedada por lei.

Como exemplo, a doutrina indica as hipóteses do artigo 17 da Lei nº 8.666/1993. O dispositivo, de acordo com esse entendimento, indicaria uma série de situações em que a alienação de bens móveis e imóveis de propriedade da Administração Pública não deve ser precedida de licitação, ou seja, não obstante ser viável realizar o certame licitatório, este estaria proibido por lei.

Por outro lado, licitação dispensável, ainda de acordo com tal orientação, é con-

ceito reservado para aqueles casos em que é possível realizar o certame licitatório, mas efetivá-lo depende de decisão discricionária da Administração – ela decidirá entre fazer ou não a licitação a partir de critérios de conveniência e oportunidade aplicáveis ao caso concreto (Lei nº 8.666/1993, art. 24)¹.



Fonte: www.freepik.com

Com a devida vênia, não vislumbramos ser possível diferenciar licitação *dispensada* de licitação *dispensável*; muitos dos exemplos de licitação *dispensada* fornecidos pela doutrina que defende a divergência (Lei nº 8.666/1993, art. 17) são, na verdade, hipóteses de inexigibilidade de competição – como, por exemplo, a concessão de direito real de uso para fins de regularização fundiária (Lei nº 8.666/1993, art. 17, I, f e h).

Entendemos, portanto, que as hipóteses de contratação direta se limitam aos casos de licitação dispensável – para nós, sinônimo de licitação dispensada – e de licitação inexigível. É o entendimento de Marçal Justen Filho,

¹ Nesse sentido: NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 233-234; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 205. Licitação inexigível, por seu turno, seria conceito aplicável àquelas situações em que é inviável realizar o certame licitatório (*vide* rol exemplificativo do art. 25 da Lei nº 8.666/1993).

para quem é irrelevante a distinção terminológica entre licitação dispensada e licitação dispensável: ambas as soluções são juridicamente equivalentes e comportam tratamento jurídico similar².

Assim, andou bem a MP nº 926/2020, ao alterar a redação do *caput* do artigo 4º da Lei nº 13.979/2020 e substituir *fica dispensada* por *é dispensável*, a afastar discussões sobre a possibilidade de serem realizados certames licitatórios para adquirir bens necessários para o combate à pandemia.

Neste ponto, vale ressaltar que a Lei nº 13.979/2020 prevê que os processos licitatórios na modalidade pregão presencial ou eletrônico, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata a Lei, terão seus prazos reduzidos pela metade (art. 4º-G); ou seja, o novo diploma busca agilizar também a compra mediante licitação, e não somente a contratação direta. A Administração Pública, portanto, pode optar, diante das circunstâncias do caso concreto, entre contratar diretamente o fornecimento de bens e serviços ou realizar licitação.

3 Temporariedade da hipótese de dispensa

Outro ponto interessante da lei é a determinação de que a dispensa de licitação em comento é temporária:

Art. 4º.[...]

§ 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.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 214-215.

Aliás, o artigo 8º prevê que a Lei nº 13.979/2020 vigorará enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6/2020, o qual reconhece o estado de calamidade pública relativa à emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus, exceto quanto aos contratos por ela regidos:

Art. 4º-H. Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até 6 (seis) meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto vigorar o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, respeitados os prazos pactuados. (Incluído pela Lei nº 14.035/2020)

Portanto, ao contrário de outras hipóteses legais de dispensa, como aquelas criadas pelo artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, a previsão de licitação dispensável para adquirir bens e serviços para o combate à COVID-19 deve perdurar somente até o fim da situação emergencial.

A lei não fixa prazo para a duração das medidas propostas – e nem deveria mesmo fazê-lo, dadas as incertezas sobre a disseminação e o controle da doença. Os decretos federais que a regulamentaram (Decretos nº 10.282/2020 e nº 10.288/2020) tampouco arriscaram fixar qualquer prazo para a duração das medidas. A declaração de emergência, veiculada pela Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde³, também não faz referência expressa ao termo final das medidas excepcionais indicadas.

O Decreto Legislativo nº 6/2020, por sua vez, reconhece, para fins do artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000) a ocorrência do estado de calamidade pública, “com efeitos até 31 de dezembro

de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020”. Adota-se, portanto, essa data como termo para duração das medidas da Lei nº 13.979/2020, sem prejuízo de eventual prorrogação.

A dispensa aqui tratada, na realidade, vigorará até que a situação emergencial reflua; enquanto isso não ocorre, pode a Administração Pública, de qualquer esfera da Federação, realizar contratações diretas por dispensa de licitação para adquirir bens e serviços que contribuam para fazer frente à pandemia. Afinal, a Lei nº 13.979/2020, no que tange às licitações e contratos, é norma geral editada pela União, no exercício da competência concorrente prevista no artigo 22, XXVII, da Constituição Federal; Estados, Distrito Federal e Municípios podem suplementá-la por leis locais ou regionais, mas devem obediência às suas normas gerais, em especial a que cria a hipótese de dispensa aqui tratada.

Nem todas as regras sobre licitações e contratos editadas pela União são normas gerais. Há dispositivos da Lei nº 8.666/1993, por exemplo, que são aplicáveis somente à Administração Pública Federal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3/RS, que conferiu interpretação conforme ao art. 17, I, b (doação de bem imóvel) e art. 17, II, b (permuta de bem imóvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação apenas no âmbito da União Federal. (STF, ADI 927-3/RS, Pleno, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 03/11/1993, DJU 10/11/1993).

O Município de São Paulo, no exercício de sua competência para suplementar a norma geral federal em matéria de contratos e licitações (CF, art. 30, II), editou o Decreto Municipal nº 59.283, de 16 de março de 2020, que “declara situação de emergência no Município de São Paulo e define outras medidas para o enfrentamento da pandemia decorrente do coronavírus”. O art. 2º desse

3 A portaria foi editada de acordo com o Decreto Federal nº 7.616/2011, que “dispõe sobre a declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN e institui a Força Nacional do Sistema Único de Saúde - FN-SUS”.

ato normativo estabelece que, nos termos do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, “fica autorizada a dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços destinados ao enfrentamento da emergência”.

Perceba que o Chefe do Executivo Municipal autorizou a contratação direta por dispensa de licitação com base no artigo 24 da Lei Geral de Licitações, diretamente; ou seja, ainda que a hipótese de dispensa prescrita na Lei Federal nº 13.979/2020 não existisse, os órgãos municipais competentes teriam respaldo para suas contratações emergenciais, em face do ato normativo editado pelo Prefeito. Não se trata, por óbvio, de criar hipótese de dispensa não prevista em lei federal, mas sim de reconhecer que a situação se enquadra no disposto pelo artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, que regula a contratação direta por dispensa de licitação nos casos de emergência ou de calamidade pública.

A norma contida no decreto municipal agiliza, outrossim, o procedimento de contratação direta, já que supre a necessidade de ser caracterizada a “situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa” (Lei nº 8.666/1993, art. 26, parágrafo único, I). Não é mais necessário comprovar caso a caso a situação emergencial que justifica a aquisição de bens e serviços destinados ao enfrentamento da COVID-19; os titulares dos órgãos e entidades municipais contratantes já têm o respaldo normativo para contratar sem licitação, desde que sejam, obviamente, ajustes voltados a combater os efeitos pandêmicos.

Vale ressaltar que, se a Administração Federal revogar a lei – por entender que a situação emergencial não mais subsiste –, Estados, DF e Municípios podem utilizar a hipótese do artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, para contratar o fornecimento de insumos e a prestação de serviços destinados a enfrentar a pandemia, vez que o dispositivo permite a contratação direta, por dispensa de licitação, nos seguintes termos:

Art. 24. [...]

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;

O estado de calamidade pública já foi decretado também por Estados e Municípios e a situação atual se enquadra, claramente, no conceito de emergência em matéria de saúde pública; não há dúvida, portanto, de que as contratações emergenciais podem ser realizadas com fundamento na hipótese prevista no artigo 24, IV, na Lei Geral de Licitações, caso a Lei nº 13.979/2020 seja revogada.

É possível dizer, assim, que a Lei nº 13.979/2020 criou uma hipótese específica de contratação emergencial (art. 4º), que já estaria albergada pelo texto da Lei nº 8.666/1993.

Aliás, o dispositivo da Lei nº 8.666/1993 contém regra que deve ser respeitada, também, nas contratações realizadas com fulcro no artigo 4º da Lei nº 13.979/2020: os produtos e serviços contratados devem ter relação direta com o combate à disseminação da COVID-19. A aquisição de medicamentos ou materiais hospitalares sem qualquer relação com o enfrentamento da doença representa burla indevida ao processo licitatório. É nesse sentido a redação do artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, que impõe sejam adquiridos somente “os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa”.

Na mesma direção, o artigo 4º-B, IV, da Lei nº 13.979/2020 (incluído pela MP

nº 926/2020) limita as contratações emergenciais “à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência”.

4 Controle sobre as aquisições emergenciais

A Lei nº 13.979/2020 determina que todas as contratações realizadas com base na lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na internet *contendo*:

Art. 4º. [...]

§2º. Todas as aquisições ou contratações realizadas com base nesta Lei serão disponibilizadas, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, com o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação [...] (Incluído pela Lei nº 14.035/2020)

O referido dispositivo da Lei de Acesso a Informações estabelece requisitos a serem atendidos pelos *sites* oficiais de órgãos e entidades públicas, que divulgam dados de interesse coletivo ou geral. Assim, as informações sobre os contratos emergenciais realizados com base na lei de combate ao coronavírus devem ser incluídas em *sites* que: I) conttenham ferramenta de pesquisa de conteúdo; II) possibilitem a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos; III) possibilitem o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina; IV) divulguem em detalhes os formatos utilizados para estruturar a informação; V) garantam a autenticidade e a integridade do material disponibilizado; VI) mantenham atualizados os dados disponíveis para acesso; VII) permitam ao interessado

comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; VIII) garantam a acessibilidade do conteúdo a pessoas com deficiência (Lei nº 12.527/2011, art. 8º, § 3º, I a VIII).

A norma contida no artigo 4º, § 2º, da Lei nº 13.979/2020 visa, claramente, conferir transparência às contratações emergenciais; em situações como essa, aumentam as chances de descontrole dos gastos governamentais e de fraude e superfaturamento nos contratos. Daí as regras que impõem sejam respeitados parâmetros para a estimativa dos valores contratuais (art. 4º-E, § 1º, VI) e apresentadas justificativas nas hipóteses de contratação por valores superiores ao estimado, “decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços” (art. 4º-E, § 3º).

A rigor, a referência à Lei nº 12.527/2011 é desnecessária. A efetivação de contratos emergenciais com base na Lei nº 13.979/2020 está incluída dentre os dados que devem ser divulgados pelos órgãos e entidades da Administração Pública, em local de fácil acesso, por se tratar de informações de interesse coletivo (Lei nº 12.257/2011, art. 8º, *caput*). Aliás, a Lei de Acesso a Informações preceitua que, na divulgação dessas informações, devem constar, entre outros requisitos mínimos, dados “concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados” (art. 8º, § 1º, IV).

5 Contratação excepcional de empresas com inidoneidade declarada ou com o direito de contratar suspenso

Em caráter excepcional, é possível contratar empresas que foram declaradas inidôneas ou que tiveram seu direito de participar de licitação ou de contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de “única fornecedora do bem ou prestadora do serviço” (Lei nº 13.979/2020,

art. 4º, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 14.035/2020)⁴.

A lei federal prevê, portanto, a possibilidade de contratar empresa inidônea ou suspensa para adquirir bens ou serviços necessários ao combate à COVID-19, desde que se trate de fornecedora única do bem.

Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação, enquadrável na situação indicada pelo artigo 25, I, da Lei nº 8.666/1993; esse dispositivo estipula ser inexigível a licitação “para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo”. Em outras palavras: se a Administração necessita adquirir o bem, a fim de atender o interesse coletivo, e há no mercado apenas um fornecedor possível, realizar o certame licitatório se torna inviável. Nesse caso, a contratação direta, sem licitação, é a única alternativa de que dispõe o Poder Público.

Perceba que, de acordo com a redação do dispositivo da Lei nº 13.979/2020, deve haver comprovação quanto à exclusividade no fornecimento do bem, isto é, deve ser atestado nos autos do processo de contratação direta que a contratada é a única pessoa disponível no mercado para alienar o bem ou o serviço imprescindível para a Administração. Pode ser aplicado aqui, por analogia, o disposto no artigo 25, I, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 25. [...]

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo,

vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes.

Assim, deve a contratada comprovar sua exclusividade a partir dos documentos indicados, o que não impede o órgão público contratante de diligenciar para verificar a autenticidade do documento apresentado ou buscar ele mesmo a prova da exclusividade.

Vale ressaltar que a Lei nº 8.666/1993 estabelece sanções criminais para o agente público que admite à licitação ou celebra contrato com empresa ou profissional inidôneo (Lei nº 8.666/1993, art. 97). Nas mesmas penas incide aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou contratar com a Administração. O crime exige conduta dolosa para ser consumado – não foi prevista a modalidade culposa –, mas o agente público deve ter o máximo cuidado ao contratar empresas inidôneas ou suspensas com fulcro no novo dispositivo da Lei nº 13.979/2020 (art. 4º, § 3º).

O fornecedor deve ser, sem dúvida alguma, o único capaz de satisfazer a necessidade específica da Administração no caso concreto, ou seja, a única empresa ou pessoa física que pode fornecer o bem necessário ao combate à emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. Esse bem deve corresponder à única alternativa, naquela situação, apta a contribuir para o enfrentamento à COVID-19. Caso exista alguma outra opção de produto ou serviço no mercado que possa produzir os mesmos efeitos, deve lhe ser dada preferência, a fim de evitar, tanto quanto possível, a contratação de empresas inidôneas ou suspensas. Apenas em último caso, essa possibilidade deve ser utilizada.

4 As sanções de declaração de inidoneidade ou de suspensão do direito de contratar e licitar com a Administração podem ser impostas administrativa (Lei nº 8.666/1993, art. 87, III e IV; Lei nº 10.520/2002, art. 7º; Lei nº 8.443/1992, art. 46) ou judicialmente (Lei nº 8.429/1992, art. 12).

6 Utilização do sistema de registro de preços

A Lei nº 13.979/2020 faz referência ao sistema de registro de preços como meio de aquisição dos bens e serviços necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (art. 4º, §§ 4º a 6º, e art. 4º-G, § 4º, incluídos pela Lei nº 14.065/2020).

O § 4º do artigo 4º da lei possibilita que:

Art. 4º. [...]

§ 4º. Na hipótese de dispensa de licitação a que se refere o *caput* deste artigo, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, poderá ser utilizado o sistema de registro de preços, previsto no inciso II do *caput* do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O dispositivo tem redação um tanto confusa, demandando interpretação em conjunto com os outros parágrafos (§§ 5º e 6º), para ser devidamente compreendido.

A intenção da lei é permitir a participação de órgãos de diferentes entes federativos em um mesmo processo de elaboração de ata de registro de preços. Em outras palavras, órgãos e entidades de diferentes Municípios e Estados podem figurar como participantes de uma mesma ata, gerenciada, por exemplo, pela União, ou por qualquer outro ente federativo.

A ata de registro de preços é, normalmente, elaborada por órgão ou entidade – o chamado *órgão gerenciador* – e pode contar com a participação de órgãos ou entidades do mesmo ente federativo – os denominados *órgãos participantes*. O órgão gerenciador, antes de iniciar o certame licitatório que dará origem à ata de registro de preços, convoca os órgãos ou entidades do mesmo ente federativo para encaminhar as estimativas de uso do produto ou serviço objeto da ata. Reúnem-se

todos os quantitativos e o órgão gerenciador inicia a licitação, para a qual serão encaminhadas propostas de preços que levarão em conta toda a quantidade estimada pelos diferentes órgãos.

O vencedor, que passa a ser o detentor da ata, assume a obrigação de fornecer os quantitativos estimados a todos os órgãos e entidades que participaram da ata desde o seu início⁵. A compra conjunta é importante porque o aumento do quantitativo de produtos e serviços a serem adquiridos em um mesmo processo licitatório permite a redução do preço unitário desses bens, tendo em vista a economia de escala de que se beneficia o fornecedor – e a Administração, por consequência.

O que se pretende com a Lei nº 13.979/2020 é aumentar ainda mais a escala, a permitir a participação de órgãos e entidades de outros entes federativos no processo de elaboração da ata de registro de preços; órgãos e entidades de todo o país podem encaminhar suas estimativas de uso ao órgão gerenciador, que iniciará o processo licitatório tendo em conta um quantitativo maior, o que possibilitará, em princípio, adquirir produtos e serviços a preços menores. Os licitantes oferecerão propostas com preços unitários menores, já que venderão quantidades maiores em cada um dos pedidos de fornecimento recebidos durante o prazo de vigência da ata.

5 O procedimento para elaboração da ata de registro de preços, ora descrito, está previsto no Decreto Federal nº 7.892/2013 e em decretos estaduais e municipais. A Lei nº 8.666/1993 trata muito superficialmente do tema, não obstante tenha reconhecido a importância do procedimento para a aquisição de bens pela Administração (art. 15, II). No seu art. 15, § 3º, a Lei nº 8.666/1993 determinou que “o sistema de registro de preços será regulamentado por decreto” – em atenção a essa regra, foi editado, no âmbito da Administração Federal, o Decreto nº 7.892/2013, que passou a ser o parâmetro principal para aplicar o instituto, face ao parco regramento legal sobre a matéria.

Note-se que o § 4º do artigo 4º-G da Lei nº 13.979/2020 designa que:

Art. 4ºG. [...]

§ 4º. As licitações de que trata o *caput* deste artigo realizadas por meio de sistema de registro de preços serão consideradas compras nacionais e observarão o disposto em regulamento editado pelo Poder Executivo federal, observado o prazo estabelecido no § 6º do art. 4º desta Lei.

A *compra nacional* é definida, pelo Decreto Federal nº 7.892/2013, que “regulamenta o sistema de registro de preços”, como:

Art. 2º. [...]

VI – compra nacional - compra ou contratação de bens e serviços, em que o órgão gerenciador conduz os procedimentos para registro de preços destinado à execução descentralizada de programa ou projeto federal, mediante prévia indicação da demanda pelos entes federados beneficiados; (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2014).

Conclui-se, assim, que a compra conjunta prevista na Lei nº 13.979/2020 já estava regulamentada pelo Decreto nº 7.892/2013, sob o nome de *compra nacional*.

O decreto federal estabelece que:

Art. 6º. [...]

§ 2º. No caso de compra nacional, o órgão gerenciador promoverá a divulgação da ação, a pesquisa de mercado e a consolidação da demanda dos órgãos e entidades da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pelo Decreto nº 8.250, de 2014)

Assim, órgãos ou entidades de todo o país, participantes da compra nacional, podem utilizar a ata (art. 6º, § 3º), inclusive

mediante recursos de transferências legais ou voluntárias da União (art. 6º, § 4º).

Ocorre que a compra nacional está vinculada à execução descentralizada de programa ou projeto federal, isto é, a utilização conjunta da ata por órgãos de entes federativos diversos depende da inclusão desses entes nesse programa nacional – por exemplo, um projeto na área da educação, da saúde, da assistência social, da proteção do meio ambiente.

Já na lei de combate à COVID-19, a compra nacional pode ser realizada independentemente da existência de programa ou projeto federal; ata de registro de preços gerenciada pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou por Município, podendo ser utilizada por qualquer outro ente da Federação, desde que se refira à aquisição de bens e serviços destinados a combater a pandemia.

Nesse sentido, a Lei nº 13.979/2020 confere à Administração Pública, nos casos de aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública, a possibilidade de escolher entre realizar a contratação direta por dispensa de licitação ou participar de compra nacional realizada no sistema de registro de preços.

Ademais, há a possibilidade de utilizar ata de registro de preço como órgão não-participante; trata-se de órgão que não participa desde o início do processo de elaboração da ata, mas que, posteriormente, contrata o seu detentor para fornecer o produto ou serviço registrado. A doutrina e a jurisprudência denomina o órgão não-participante de *carona* (Decreto Federal nº 7.892/2013, art. 2º, V e art. 22).

De acordo com o § 6º do artigo 4º da Lei nº 13.979/2020, o órgão ou entidade gerenciador da compra deve estabelecer prazo entre dois e oito dias úteis para que outros órgãos ou entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços, e encaminhar seus quantitativos estimados, com vistas a agilizar ao máximo a aquisição

dos bens necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública.

Já o § 5º do artigo 4º determina que, na hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo pode aplicar o regulamento federal (Decreto nº 7.892/2013) para elaborar ou participar da compra nacional via sistema de registro de preços. A previsão é despcienda: cada ente federativo, no âmbito de sua autonomia administrativa, ainda que a lei não prescreva, tem o poder de decidir entre utilizar ou não regulamento federal.



Fonte: www.jfolharegional.com.br

7 Aquisição de bens usados

Outra inovação da lei de combate à COVID-19 é a possibilidade de aquisição de equipamentos usados, condicionada à responsabilização do fornecedor pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-A, incluído pela Lei nº 14.035/2020).

Diante do excesso de demanda por materiais hospitalares, a aquisição de equipamentos usados pode ser a única saída, em muitos casos, para suprir as necessidades do sistema nacional de saúde. É claro que nem todos os materiais hospitalares podem ser reutilizados, mas alguns equipamentos, como respiradores e macas, por exemplo, são passíveis de reaproveitamento, desde que se encontrem em bom estado de conservação.

A preferência deve ser por produtos novos, que possuem garantia de fábrica e

uma vida útil maior. Mas, a permanecer a necessidade de compra e inexistindo outra alternativa, a Administração poderá adquirir produtos usados. Nos termos da lei federal de combate à COVID-19, deve constar do contrato de fornecimento ou de prestação de serviços cláusula específica que imponha a responsabilização do contratado pelo pleno funcionamento e condições de uso do produto, acompanhada da previsão de sanções específicas.

8 Caracterização da situação emergencial para fins de contratação direta por dispensa

A Lei nº 8.666/1993 impõe o dever de comprovar devidamente a situação emergencial ou calamitosa que justifique a contratação direta por dispensa de licitação, nos casos de emergência ou de calamidade pública (art. 26, I).

Já a Lei nº 13.979/2020, com o intuito de agilizar as contratações emergenciais, estabelece que as condições que justificam a dispensa estão presumidas, isto é, independentemente de comprovação expressa no processo administrativo da contratação (art. 4º-B).

O dispositivo prevê que, nas dispensas para adquirir bens de combate à pandemia, presumem-se atendidas as condições de:

Art. 4ºB. [...]

- I - ocorrência de situação de emergência;
- II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;
- III - existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares; e
- IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

O texto desse preceito da lei de combate à COVID-19 é, claramente, baseado na re-

dação do artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, que prevê hipótese genérica de dispensa de licitação, para realizar contratos que visem atender a situações de emergência ou calamidade pública. Esse dispositivo da Lei Geral de Licitações impõe sejam adquiridos somente os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa, com o objetivo evidente de evitar que a Administração utilize a possibilidade de contratar emergencialmente para adquirir bens que nada tem a ver com a calamidade pública instaurada.

Na Lei nº 13.979/2020, a situação emergencial que fundamenta a contratação direta por dispensa é presumida – não há necessidade de demonstrá-la. A emergência de saúde pública é fato mais do que notório e, com efeito, não há necessidade de comprová-la nos autos da contratação; exigir tal comprovação demandaria um tempo precioso, do qual a Administração não tem como dispor.

No entanto, é mister verificar se, de fato, somente serão contratadas as parcelas necessárias ao atendimento da situação emergencial – não devem ser adquiridos produtos e serviços, ainda que ligados à prestação do serviço de saúde pública, sem qualquer relação com o combate à COVID-19.

Existe a presunção legal no sentido de que o objeto contratado emergencialmente limita-se à parcela necessária ao atendimento da situação emergencial (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-B, IV). Mas essa presunção, por óbvio, não é absoluta – se ficar comprovado que se contratou além do necessário, os responsáveis podem ser penalizados, inclusive criminalmente (Lei nº 8.666/1993, art. 89).

9 Dispensa de elaboração de estudos preliminares e de prévio gerenciamento de riscos

A Lei nº 8.666/1993 exige que o projeto básico da obra ou do serviço objeto da licitação seja elaborado com base nas indi-

cações de estudos técnicos preliminares, no seguintes termos:

Art. 6º. [...]

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução [...]

Já a lei de combate à COVID-19, sempre no intuito de agilizar as aquisições que visem combater a pandemia, prescreve que os estudos preliminares não serão exigidos, quando se tratar de bens e serviços comuns (Lei nº 13.979/2020, artigo 4º-C, incluído pela Lei nº 14.035/2020). Não se trata de decisão discricionária: a exigência de estudos preliminares, nos casos em que o objeto da licitação for bem ou serviço comum, está expressamente vedada.

A definição de bens e serviços comuns consta do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, segundo o qual:

Art. 1º. [...]

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

A conclusão a que se chega, pela lógica, é a seguinte: nas contratações diretas de bens e serviços comuns e nos pregões realizados para adquirir produtos destinados a combater a pandemia, os estudos preliminares não podem ser realizados.

Já o gerenciamento de risco somente pode ser exigível durante a gestão do contrato, isto é, não se pode realizar o estudo durante o certame licitatório ou durante a fase de preparação da contratação direta; somente depois de assinado o contrato e iniciada sua execução, será exigível o gerenciamento de riscos (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-D).

O gerenciamento de riscos visa agilizar a conclusão de eventuais processos de revisão do contrato administrativo, iniciados nas hipóteses de desequilíbrio da equação econômico-financeira inicial do ajuste (CF, art. 37, XXI, e Lei nº 8.666/1993, art. 65, II, *d*). Por meio da elaboração de uma matriz de risco, busca-se definir qual das partes contratantes deverá arcar com os prejuízos decorrentes de eventos posteriores à assinatura do contrato, cuja ocorrência cause o desequilíbrio do ajuste.

Dada a urgência para a aquisição dos bens destinados a combater a pandemia, não há tempo hábil para elaborar o gerenciamento de riscos na fase de licitação ou de preparação do contrato emergencial, e este somente será exigível, pelos órgãos de controle, após o início da execução contratual.

10 Termo de referência ou projeto básico simplificado

O Decreto nº 3.555/2000, que regula o pregão, define termo de referência:

Art. 8º. [...]

II – o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato.

Já o artigo 21 do mesmo ato normativo prevê que o termo de referência deve conter

“descrição detalhada do objeto, orçamento estimativo de custos e cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso”.

O Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, também apresenta, de forma mais completa e detalhada, os requisitos que devem constar do termo de referência (art. 3º, XI).

O projeto básico, por sua vez, é definido pela Lei nº 8.666/1993 como:

Art. 6º. [...]

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

Basta uma rápida comparação entre os textos da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 13.979/2020 para constatar o quanto a nova legislação simplificou a elaboração do projeto básico (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-E, § 1º, I a VII).

A Lei nº 13.979/2020 estabelece que, nas contratações que visem adquirir produtos e serviços para o combate à pandemia, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. A lei parece seguir a orientação doutrinária, não imune a críticas, que associa o termo de referência ao pregão (Decreto Federal nº 3.555/2000, art. 8º, II), ou seja, à contratação de bens e serviços comuns, e o projeto básico à concorrência, ou seja, às obras de engenharia a serviços que não sejam comuns (Lei nº 8.666/1993, art. 6º, IX). Tanto um como o outro podem ser elaborados de forma simplificada, de modo a agilizar o processo de contratação.

Os documentos, em sua forma simplificada, conterão os mesmos requisitos: I - declaração do objeto; II - fundamentação simplificada da contratação; III - descrição resumida da solução apresentada; IV - requisitos da contratação; V - critérios de medição e pagamento; VI - estimativas dos preços; VII - adequação orçamentária. (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-E, § 1º, I a VII).

No processo de contratação direta, o projeto básico ou o termo de referência também devem ser elaborados, pois é a partir deles que se verificará se o objeto contratual foi devidamente executado, especialmente

porque contém os critérios de medição da obra ou serviço contratado e de pagamento⁶. A Lei nº 8.666/1993 prescreve que as obras e serviços somente podem ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente; II – existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários; III – houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes das obras ou serviços a serem executados; IV – o produto da contratação estiver contemplado nas metas estabelecidas pelo Plano Plurianual, estipulado no artigo 165 da Constituição (art. 7º, § 2º, I a IV).

Assim, mesmo nas obras e serviços contratados emergencialmente, com dispensa de licitação, faz-se necessária a apresentação de projeto básico, ainda que simplificado, conforme artigo 4º-E da Lei nº 13.979/2020.

Os critérios indicados nos incisos I a VII do § 1º do artigo 4º-E da lei de combate ao coronavírus são essenciais para qualquer contratação. O objeto contratado deve ser suficientemente descrito, a fim de evitar dúvidas quanto à sua conclusão pelo contratado e para que se saiba o que realmente deve ser fornecido à Administração, a evitar prestações desnecessárias; a contratação deve ser fundamentada, justificada, a fim de comprovar sua real necessidade, a impedir gastos desnecessários de dinheiro público; os requisitos para contratação devem ser indicados, especialmente nos casos em que é realizada uma cotação de preços entre fornecedores interessados,

6 Nesse sentido, o TCU já se manifestou que “mesmo na hipótese de contratação emergencial, é necessária a elaboração de projeto básico com todos os elementos indicados no art. 6º, inciso, IX, da Lei 8.666/93, em face do disposto no art. 7º, § 2º, inciso II e § 9º da mesma Lei. É possível admitir a celebração de contratos firmados com suporte em projeto básico que não apresentem todos esses elementos, em casos excepcionais, com o intuito de afastar risco iminente de dano a pessoas ou a patrimônio público ou particular”. (TCU, Acórdão 3065/2012 – Plenário)

nos processos de dispensa – as empresas que apresentam suas propostas nessas cotações devem conhecer os requisitos para contratar, caso vençam a cotação; os critérios de medição e pagamento devem ser suficientemente descritos, pois é com base neles que serão realizados os pagamentos ao contratado, após a expedição dos termos de recebimento provisórios e definitivos (Lei nº 8.666/1993, art. 73); e as estimativas de preços devem ser apresentadas, tendo em vista o que dispõe o artigo 26, III, da Lei nº 8.666/1993.

A cotação de preços pode ser realizada na forma eletrônica, em especial nos casos de dispensa por valor (Lei nº 8.666/1993, art. 24, II), mas não só. No Município de São Paulo, há obrigatoriedade quanto ao uso da cotação eletrônica nesses casos (Decreto Municipal nº 54.102/2013, art. 2º). O Decreto Federal nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico e a dispensa eletrônica, no âmbito da Administração Pública Federal, determina que:

Art. 1º. [...]

§ 3º. Para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, ou da *dispensa eletrônica* será obrigatória, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse.

O Decreto define o sistema de *dispensa eletrônica* como:

Art. 3º. [...]

X – sistema de dispensa eletrônica – “ferramenta informatizada, integrante da plataforma do Siasg, disponibilizada pelo Ministério da Economia, para a realização dos processos de contratação

direta de bens e serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia.

Perceba-se que o decreto federal prevê a adoção da *dispensa eletrônica* não somente para aquisição de pequeno valor (Lei nº 8.666/1993, art. 24, I e II), como também para as outras hipóteses de dispensa do artigo 24 da lei geral de licitações, quando cabível (Decreto nº 10.024/2019, art. 51, III). Nesse caso, os interessados em contratar diretamente com a Administração participam de uma espécie de certame e, por isso, precisam conhecer bem o objeto contratual e os requisitos para contratar, já que suas propostas de preços serão realizadas tendo em conta tais aspectos.

Sobre o pagamento ao contratado, vale notar que o Decreto nº 59.283/2020 do Município de São Paulo indica que os prazos para pagamento ao contratado podem ser ajustados de forma a assegurar “o fornecimento de insumos e/ou medicamentos, mesmo que inobservada a estrita ordem cronológica das datas de exigibilidades das obrigações, vedado o seu pagamento antecipado” (art. 2º, § 1º). A regra dá preferência ao pagamento de fornecedores de bens e serviços destinados a combater a pandemia, ainda que isso represente quebra da ordem cronológica dos pagamentos de fornecedores em geral.

A norma municipal está de acordo com a Lei Geral de Licitações, que determina:

Art. 5º. [...] no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

Não há dúvida de que estão presentes relevantes razões de interesse público que

justificam a quebra da ordem cronológica de pagamento aos contratados – a emergência de saúde pública justifica seja dada preferência ao pagamento de fornecedores de serviços e bens destinados a combater os efeitos da pandemia.

O Decreto nº 59.283/2020 do Município de São Paulo reconhece a situação de emergência na saúde pública (art. 1º) e estabelece regra que busca evitar que potenciais fornecedores deixem de contratar com a Administração, em razão do receio de não serem pagos pelos serviços prestados ou pelos produtos fornecidos (art. 2º, § 1º).

Ainda sobre o tema, vale lembrar que a Lei nº 8.666/1993 considera crime “pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade” (art. 92). Cabe, no entanto, ressaltar que o pagamento antecipado para viabilizar o combate à pandemia, desde que devidamente justificado nos autos da contratação, exclui a ilicitude da conduta, em razão do estrito cumprimento do dever legal por parte do Administrador (CP, art. 23, III). O tipo penal exige conduta dolosa, que não é caracterizada nos casos em que o pagamento com quebra de ordem visa combater a emergência de saúde pública causada pela pandemia.

Interessante notar que o decreto municipal, não obstante permitir a quebra da ordem cronológica, veda o pagamento antecipado ao contratado, ou seja, proíbe que o fornecedor receba antes de prestar o serviço ou de entregar a mercadoria (art. 2º, § 1º, *in fine*). Nesse sentido, respeitada está a regra constante da Lei Geral de Licitações, que veda o pagamento antecipado ao contratado, “sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço” (Lei nº 8.666/1993, art. 65, II, c). Há atendimento, também, ao disposto nos artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964, que veda o pagamento antes de comprovada a execução total do objeto contratual.

Ocorre que, de forma excepcional, o decreto municipal permite o pagamento

antecipado das obrigações decorrentes de contratos emergenciais destinado a enfrentar a COVID-19:

Art. 2º. [...]

§ 2º. De forma excepcional, poderá ser aceito o pagamento antecipado das obrigações decorrentes de contratações emergenciais realizadas com fundamento no inciso II deste artigo, desde que seja prestada pelo contratado garantia integral e idônea por uma das modalidades previstas no artigo 56 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e o fornecedor seja o único apto a fornecer o insumo e/ ou medicamento, mediante parecer técnico conclusivo.

A antecipação do pagamento, portanto, somente pode ocorrer, no âmbito do Município de São Paulo, em casos excepcionais e devidamente motivados, se o contratado prestar caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, nos moldes da Lei nº 8.666/1993 (art. 56, § 1º, I a III), e desde que se trate de fornecedor único do insumo ou medicamento imprescindível ao combate da emergência de saúde pública.

Para comprovar que se trata de fornecedor único, aplicável, ao caso, por analogia, a regra constante do art. 25, I, da Lei nº 8.666/1993, que regula a comprovação de exclusividade para fins de contratação direta por inexigibilidade de contratação.

Sobre a questão, ressalte-se que há jurisprudência do Tribunal de Contas da União contrária à realização de pagamentos antecipados, salvo:

[...] nos casos em que há “antecipação do cronograma financeiro com a correspondente contraprestação de fornecimento de bens, execução de obra ou prestação de serviço, em razão do que estabelece o art. 65, inciso II, alínea ‘c’, da Lei nº 8.666/1993, c/c

os arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/1964. (TCU, Acórdão 1971/2010, Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, TC 010.280/2004-9, sessão de 11.8.2010)

Não obstante, a antecipação do pagamento, na forma prevista pelo decreto municipal, pode ser admitida, já que depende de prestação de garantia por parte do contratado, e da comprovação de se tratar de fornecedor único de bem ou serviço necessário a enfrentar a pandemia (Decreto nº 59.283/2020 do Município de São Paulo, art. 2º, § 2º).

Sobre a estimativa de preços, obrigatória também nos casos de contratação direta (Lei nº 8.666/1993, art. 26, III), a Lei nº 13.979/2020 determina que deve ser obtida por meio de um dos seguintes parâmetros, no mínimo: a) portal de compras do governo federal; b) pesquisa publicada em mídia especializada; c) sítios eletrônicos especializados; d) contratações similares de outros entes públicos; ou e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores (art. 4º-E, § 1º, VI). A redação do dispositivo é fundamentada em normas anteriores sobre a realização de pesquisas de preços em processos licitatórios, como, por exemplo, a Instrução Normativa nº 5/2014, expedida pelo antigo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão⁷.

A pesquisa de preços na contratação direta por dispensa é fundamental para evi-

tar contratações com valores muito acima do preço de mercado do bem ou serviço. Especialmente nos casos de contratações emergenciais, deve ser evitada a aquisição por valores muito superiores aos que o mercado cobraria em situações normais, ou àqueles que seriam obtidos em processos licitatórios. Uma pesquisa de preços bem elaborada é fundamental, também, para que se calcule a reserva orçamentária que fará frente à contratação. Aliás, um dos requisitos obrigatórios do projeto básico ou termo de referência simplificado é a adequação orçamentária (Lei nº 13.979/2020, art. 4º-E, § 1º, VII).



Fonte: www.freepik.com

Note-se que a Lei nº 13.979/2020 prevê que, excepcionalmente, pode ser dispensada a estimativa de preços, mediante justificativa da autoridade competente (art. 4º-E, § 2º). O dispositivo deve ser aplicado com a máxima cautela, tendo em vista a importância que a pesquisa de preço possui em qualquer contratação realizada pelo Poder Público, mesmo naquelas decorrentes de situações de emergência ou calamidade pública. A autoridade competente deve apresentar, de forma detalhada, as razões que impedem a realização da pesquisa de preço, já que, nesses casos, o contratado definirá de forma unilateral o valor da contratação.

Ainda quanto à estimativa de preços, o § 3º do artigo 4º-E da Lei nº 13.979/2020 ressalta:

⁷ De acordo com a IN 5/2014 (revogada pela IN nº 73/2020), a pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: “I – Painel de Preços disponível em endereço eletrônico (paineldeprescos.planejamento.gov.br); II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias” (art. 2º).

Art. 4º-E. [...]

§ 3º. Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo não impedem a contratação pelo poder público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, desde que observadas as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

I – negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

II – efetiva fundamentação, nos autos da contratação correspondente, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

É sabido que os preços de mercado dos insumos necessários ao enfrentamento da COVID-19 têm sofrido variações extraordinárias, quase que diariamente, em razão do aumento da demanda mundial por esses produtos. Portanto, no período entre a coleta de dados para realizar a estimativa de preços e a efetiva assinatura do contrato, pode haver elevação dos valores cobrados pelos fornecedores. Nesses casos, diante da necessidade de aquisição desses bens para enfrentar a emergência de saúde pública, não restará outra alternativa ao agente público a não ser contratar por preço superior ao obtido na estimativa. A justificativa, nessas hipóteses, deve ser apresentada nos autos da contratação, e pode ser invocado, na defesa do administrador, o disposto no artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942)⁸.

8 LINDB, art. 22. “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

11 Dispensa de apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista

O artigo 4º-F, incluído pela MP nº 926/2020, prevê que a Administração contratante pode dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou trabalhista, além de outros requisitos de habilitação, excepcionalmente e mediante justificativa, *na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço*.

A dispensa de apresentação de documentos relativos à habilitação, mesmo nos casos de contratação emergencial, deve ocorrer em casos excepcionais e com a máxima cautela⁹, especialmente nas hipóteses de contratação de prestação de serviços contínuos com mão-de-obra exclusiva, já que o não-pagamento das verbas trabalhistas aos empregados da empresa contratada pode gerar responsabilidade subsidiária da Administração contratante, nos termos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰.

De acordo com esse entendimento sumular, se a Administração Pública deixa de fiscalizar o pagamento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviço, pode ser responsabilizada subsidiariamente pelo inadimplemento, a figurar como ré nas reclamações trabalhistas promovidas pelos

9 Vale lembrar o entendimento do TCU no sentido de que “a contratação de empresa por dispensa de licitação não prescinde da apresentação dos documentos comprobatórios de sua habilitação” (TCU, Acórdão 1.839/2006, Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes).

10 De acordo com a Súmula 331 – TST, “[...] V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”.

empregados lesados. Para que isso seja evitado, o Poder Público contratante deve exigir certidões negativas de débitos trabalhistas e fiscalizar o pagamento das verbas trabalhistas antes e durante a execução do contrato.

Assim, a dispensa de apresentação dessas certidões deve ocorrer em casos excepcionais e ser muito bem justificada. Na realidade, esse tipo de dispensa deve ser reservado, a rigor, apenas às hipóteses de fornecedor único, situações em que a licitação se torna inexigível (Lei nº 8.666/1993, art. 25, I). Se a Administração precisa emergencialmente do serviço ou do produto e não há outra empresa que possa ser contratada, a saída é contratar entidades que possuem dívidas trabalhistas ou fiscais, ao arrepio do que prevê as regras sobre habilitação nas licitações e contratos administrativos (Lei nº 8.666/1993, art. 27 e ss.).

Mas a Lei nº 13.979/2020 vai um pouco além: admite seja dispensada a apresentação de certidões negativas fiscais *nas hipóteses de restrição de fornecedores ou prestadores de serviço*. Ou seja, para a lei, basta a restrição no número de fornecedores para que a apresentação de certidões seja dispensada.

O dispositivo deve ser interpretado em seus devidos termos: ainda que a Administração esteja em um cenário de restrição do número de possíveis fornecedores, deve dar preferência à contratação daqueles que possuam todos os requisitos para a habilitação.

Na hipótese de fornecedor único, nos casos de grande disparidade de preços entre fornecedor habilitado e fornecedor não-habilitado, ou nos casos em que o fornecedor habilitado não compareça para assinar o ajuste, e diante da necessidade de contratação emergencial, poderá a Administração dispensar a apresentação de certidões negativas, motivadamente.

Cumpra-se notar que está vedada a dispensa de prova de regularidade relativa à Seguridade Social (Lei nº 8.666/1993, art. 29, IV) e de declaração de que a contratada não

emprega menor de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos, e nem menor de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre (CF, art. 7º, XXXIII c/c Lei nº 8.666/1993, art. 27, V).

12 Duração e prorrogação dos contratos emergenciais

A Lei nº 13.979/2020 prevê que os contratos destinados a adquirir bens e serviços para combater a pandemia 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* (art. 4º-H, incluído pela MP nº 926/2020).

A regra excepciona a norma constante do artigo 57, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, que estabelece que a duração dos contratos administrativos está limitada à vigência dos respectivos créditos orçamentários, em homenagem ao princípio da anualidade orçamentária. A Administração Pública só pode despender recursos de acordo com a lei orçamentária anual, que vale de 1º de janeiro a 31 de dezembro de cada exercício financeiro; portanto, em regra, todo contrato administrativo deve ter duração limitada a 31 de dezembro do exercício em que houver sido subscrito pelas partes. A rigidez dessa regra foi abrandada por entendimentos dos Tribunais de Contas e pela praxe administrativa – o prazo do contrato, geralmente, é fixado para além do exercício em que foi firmado, pelo período inicial de 12 (doze) meses, mas a reserva orçamentária é feita até a data de 31 de dezembro, seguida de outra reserva de recursos no exercício seguinte, de 1º de janeiro até a data em que a vigência do contrato expirar.

A lei de combate à COVID-19, como dito, prevê exceção à regra geral da Lei nº 8.666/1993: estabelece que os contratos terão prazo de duração de *até seis meses*; ou seja, os contratos, a princípio, não devem durar até

31.12.2020 – data em que expiram os créditos orçamentários –, já que visam apenas combater os efeitos emergenciais da pandemia. A aquisição de bens e serviços destinados a combater à COVID-19 após a fase emergencial da pandemia deverá ser contratada com base nas regras da Lei nº 8.666/1993, mediante regular procedimento licitatório. Ainda que o prazo do contrato emergencial ultrapasse 31.12.2020, será de no máximo 6 (seis) meses. A finalidade da lei é evitar que contratos emergenciais sejam efetivados sem necessidade, para além da duração da situação emergencial que lhe dá fundamento; a Lei nº 8.666/1993, do mesmo modo, prevê que os contratos emergenciais devem ter duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, *contados da ocorrência da emergência ou calamidade* (art. 24, IV). Os contratos emergenciais são realizados sem licitação e, frequentemente, firmados em valores superiores aos que são obtidos após regular procedimento licitatório; por isso, sua efetivação deve ser reservada a situações excepcionais, em que realizar o processo licitatório possa pôr em risco o interesse coletivo e, mais especificamente, no caso ora em estudo, a saúde da população.

Todavia, a lei de combate à pandemia permite a prorrogação dos contratos emergenciais, ao contrário da Lei nº 8.666/1993, que veda expressamente essa possibilidade (art. 24, IV). Afinal, é de se presumir que o prazo de 6 (seis) meses fixado para a vigência do contrato emergencial seja suficiente para realizar licitações, por meio das quais poderão ser adquiridos os bens e serviços necessários ao enfrentamento do grave problema de saúde pública.

Com efeito, a Lei nº 13.979/2020 estabelece que os contratos emergenciais por ela regidos poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, *enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública* (art. 4º-H, incluído pela MP nº 926/2020).

Lembre-se de que a Lei nº 8.666/1993 permite a prorrogação da vigência de contratos de prestação de serviços contínuos, por iguais e sucessivos períodos, com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, mas estabelece o prazo máximo de 60 (sessenta) meses para tais prorrogações (art. 57, II). Da mesma forma, os contratos de aluguel de equipamentos e de utilização de programas de informática podem ter os respectivos prazos de duração estendidos por até 48 (quarenta e oito) meses (art. 57, IV). A Lei nº 13.979/2020, ao contrário, não fixa limite máximo para a prorrogação – enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da situação de emergência de saúde pública, o contrato poderá ser prorrogado.

Mas a prorrogação do contrato emergencial deve obedecer a limites, decorrentes da legislação aplicável aos processos de contratação pública. Após o decurso do prazo contratual de até 6 (meses), estabelecido pela Lei nº 13.979/2020 (art. 4º-H), é bem possível que a situação emergencial tenha terminado e, nesse caso, torna-se perfeitamente viável realizar certames licitatórios para contratar serviços e produtos necessários ao enfrentamento da COVID-19. De modo que a prorrogação do contrato emergencial deve ser realizada em caráter excepcional, desde que a situação de calamidade pública perdure, e desde que não tenha havido tempo hábil para realizar licitação, ou que tenha sido o processo suspenso por decisão judicial ou administrativa. A regra é contratar mediante prévio processo licitatório; a exceção é a contratação direta por dispensa de licitação (CF, art. 37, XXI).

A contratação emergencial, assim como sua prorrogação, somente se justifica se a realização do processo licitatório causar prejuízo ao interesse coletivo. Licitar demanda tempo e respeito aos prazos processuais e, em determinadas ocasiões, o atendimento a esses prazos pode comprometer a segurança e a saúde de cidadãos afetados pelos efeitos da calamidade pública.

A prorrogação dos contratos emergenciais não é automática, como a leitura irrefletida do artigo 4º-H da Lei nº 13.979/2020 pode fazer crer; tanto a subscrição do contrato como a sua prorrogação devem ser fundamentadas na necessidade de enfrentamento emergencial dos efeitos da pandemia; passada a fase aguda da situação de calamidade, as licitações devem voltar a ser realizadas. A prorrogação do contrato de aquisição de bens e serviços para combater à COVID-19 somente pode ser efetivada se a situação emergencial perdurar, e se não houver tempo hábil para realizar o certame licitatório.

A situação emergencial passará, mas a enfermidade veio para ficar. Assim, devem os órgãos e entidades que prestam o serviço de saúde pública se preparar para adquirir, de forma contínua, os insumos necessários para combatê-la, e isso deve ser feito, em regra, mediante licitação.

13 Alteração unilateral do contrato

A Lei nº 13.979/2020 estabelece que, para os contratos regidos pela lei, a Administração Pública poderá prever *que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato* (art. 4º-I, incluído pela MP nº 926/2020).

Note a diferença de redação entre o dispositivo da lei de combate à COVID-19 e aquele constante do artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

A Lei nº 8.666/1993 prevê a alteração unilateral qualitativa e quantitativa do objeto do contrato pela Administração Pública contratante (art. 65, I, *a* e *b*); trata-se de cláusula presente em todos os contratos administrativos, cuja vigência independe de previsão expressa no ajuste, visto que decorrente de lei (Lei nº 8.666/1993, art. 58, I). Os limites para alteração unilateral são fixados em até

25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, na hipótese de acréscimos ou supressões em obras, serviços ou compras, e em até 50% (cinquenta por cento) no caso de acréscimos em reforma de edifício ou de equipamento (Lei nº 8.666/1993, art. 65, § 1º).

Nos contratos que visam adquirir bens e serviços para o combate à COVID-19, a Administração pode incluir cláusula que lhe garanta a prerrogativa de alterar unilateralmente o objeto contratual em até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do ajuste. O poder de alteração unilateral não decorre diretamente da lei – sua aplicabilidade deve estar prevista expressamente em cláusula contratual, ao contrário do que ocorre com os contratos firmados com base na Lei nº 8.666/1993.

O limite de alteração foi ampliado pela Lei nº 13.979/2020: caso previsto no contrato, a Administração poderá crescer ou suprimir o objeto contratual em até 50% do seu valor inicial atualizado (art. 4º-I). O aumento do percentual de alteração se justifica diante das incertezas sobre a evolução da pandemia no país – cada compra de medicamentos ou de materiais hospitalares e cada contratação de serviços de saúde pode ser realizada em montante muito maior ou muito menor do que o necessário, tendo em vista, justamente, essas dúvidas sobre como a doença se alastrará pelo nosso território.

14 Considerações finais

A Lei nº 13.979/2020 procurou facilitar as contratações emergenciais para fazer frente ao grave quadro de saúde pública gerado pela pandemia da COVID-19, mediante o estabelecimento de regras que flexibilizam o processo de contratação direta de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência.

Não obstante a temporariedade das normas (art. 4º, § 1º), é necessária cautela na

Revista do TRF3 - Ano XXXI - n. 147 - Out./Dez. 2020

aplicação de muitos dos dispositivos incluídos no diploma legal, sob pena de gerar um enorme passivo ao erário e de promover a contratação de bens que não tenham relação direta com o combate à pandemia.

Referências

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.