

Higa: Enfrentamento à Covid-19 nas contratações públicas

Em 26 de março de 2020, em artigo publicado no prestigiado site Direito do Estado [\[1\]](#), tecemos as impressões iniciais acerca dos mecanismos trazidos pela Lei nº 13.979, de 6/2/20, já com os acréscimos advindos da Medida Provisória nº 926, de 20/3/20, para o enfrentamento à Covid-19 no âmbito das



Naquela oportunidade, destacamos que a única medida

instituída na redação original da Lei nº 13.979/20 era bastante tímida e de pouca efetividade, posto que contemplava apenas a possibilidade de dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento do novo vírus (artigo 4º), medida essa que, a princípio, já possuía amparo no nosso ordenamento jurídico: a hipótese genérica de contratação direta nos casos de emergência ou de calamidade pública (artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93).

Daí porque, como assinalamos à época, apenas com o advento da citada Medida Provisória nº 926/20, convertida na Lei nº 14.035/20, houve, de fato, um reforço mais robusto no âmbito da legislação de contratações públicas, por meio de uma série de medidas visando a conferir flexibilidade e agilidade aos processos licitatórios necessários ao enfrentamento da pandemia da Covid-19.

No entanto, a par da louvável e importante iniciativa no tocante ao regramento das licitações, visando a contribuir com o debate, rogamos, naquele momento, atenção para a urgente necessidade de aprimoramento da disciplina da execução contratual, considerando a competência da União para editar normas gerais de licitação e contratação (artigo 22, inciso XXVII, da CF/88) e as limitações da Lei nº 8.666/93 para fazer frente aos inúmeros desafios impostos pela pandemia.

Sob tal perspectiva, haja vista as inúmeras dificuldades que vinham sendo enfrentadas por diversos entes da federação para a aquisição dos insumos para o combate à Covid-19 (notadamente máscaras e álcool em gel), em boa hora foi editada a Medida Provisória nº 961, de 6 de maio, para, no que toca à disciplina da execução contratual, permitir o pagamento antecipado pela Administração nas licitações e contratos, exceto na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Com o agravamento da pandemia e o início dos programas de vacinação contra o coronavírus ao redor do mundo, foi editada a Medida Provisória nº 1.026, de 6 de janeiro de 2021, que regula as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços de logística, tecnologia da informação e comunicação, comunicação social e publicitária e treinamentos destinados à vacinação contra a Covid-19 e o Plano Nacional de Operacionalização de Vacinação contra a Covid-19 [\[2\]](#).

O modelo adotado para flexibilizar e conferir agilidade aos processos de aquisição de vacinas e demais insumos ou serviços para o combate à Covid-19 é bastante similar àquele trazido pela Lei nº 13.979/20, embora tenha contemplado outras importantes inovações legislativas. Esse regramento específico pode ser assim dividido:

1) *Normas específicas de dispensa de licitação* para a Administração Pública direta e indireta celebrar contratos ou outros instrumentos congêneres visando à aquisição de vacinas e de insumos destinados a vacinação contra a Covid-19, inclusive antes do registro sanitário ou da autorização temporária de uso emergencial; bem como para contratar bens e serviços de logística, tecnologia da informação e comunicação, comunicação social e publicitária, treinamentos e outros bens e serviços necessários a implementação da vacinação contra a Covid-19 (artigos 2º e 3º da MP);

2) *Normas específicas de simplificação dos procedimentos*: 1) dispensa de elaboração de estudos preliminares, quando se tratar de bens e de serviços comuns (artigo 4º MP); 2) admissão de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado, observadas as exigências mínimas contidas no artigo 6º da referida Medida Provisória; 3) presunção de comprovação, para fins de dispensa de licitação decorrente do disposto na Medida Provisória nº 1.026/20, da ocorrência de situação de emergência em saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus e da necessidade de pronto atendimento (artigo 3º da MP); 4) redução dos prazos, pela metade, nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição ou contratação de que trata a citada medida provisória, além da dispensa de realização de audiência pública referida no artigo 39 da Lei nº 8.666/93 no tocante aos mencionados pregões e a atribuição de efeito apenas devolutivo aos recursos nos procedimentos licitatórios (artigo 8º da MP); 5) possibilidade da adoção da figura do "carona", por órgão ou entidade, podendo ser adotado o regulamento federal ao sistema de registro de preços, caso o ente federativo não tenha editado regulamento próprio, bem como de adesão, por órgão ou entidade da Administração Pública federal, de ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal em procedimentos realizados nos termos da medida provisória (artigo 2º, §§ 5º, 6º, 7º, 8º e artigo 10 da MP).

3) *Normas específicas de flexibilização do procedimento*: 1) dispensa de cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, na hipótese de haver restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço, exceto a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do *caput* do artigo 7º e do §3º do artigo 195 da Constituição Federal (artigo 7º da MP); 2) permissão, em situação excepcional de, comprovadamente, haver um único fornecedor do bem ou prestador do serviço, de contratar, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público, sendo obrigatória a prestação de garantia nas modalidades previstas no artigo 56 da Lei nº 8.666/93, que não poderá exceder a 10% do valor do contrato (artigo 2º, §§ 3º e 4º da MP); 3) excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, poderá ser dispensada a estimativa de preços (artigo 6º, §2º, da MP) ou ainda a contratação pelo poder público por valores superiores àqueles obtidos por estimativa de preços, decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços (artigo 6º, §3º, incisos I e II da MP).

4) *Normas específicas acauteladoras*: 1) exigência de transparência ativa a todas as aquisições ou contratações realizadas nos termos da citada medida provisória, no prazo de cinco dias úteis, contado da data da realização do ato, em sítio eletrônico oficial na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no §3º do artigo 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, no qual serão divulgados todos os dados indicados nos incisos I a VIII, do §2º, do artigo 2º da MP; 2) obrigatoriedade de previsão de matriz de alocação de risco entre o contratante e o contratado, na hipótese de aquisições e contratos acima de R\$ 200 milhões e gerenciamento de riscos da contratação somente durante a gestão do contrato nos contratos com valor inferior (artigo 5º da MP); 3) priorização, pelos órgãos de controle interno e externo, da análise e a manifestação quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade das despesas decorrentes dos contratos ou das aquisições realizadas com fundamento no citado instrumento legal.

5) *Normas específicas atinentes à execução contratual*: 1) aumento do percentual dos acréscimos ou supressões, podendo a Administração Pública direta e indireta prever que os contratados sejam obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado de até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato; 2) previsão de "cláusulas especiais" nos contratos ou nos instrumentos congêneres para aquisição ou fornecimento de vacinas contra a Covid-19, firmados antes ou após o registro ou a autorização de uso emergencial concedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), desde que representem condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, como: 2.1) o eventual pagamento antecipado, inclusive com a possibilidade de perda do valor antecipado; 2.2) hipóteses de não penalização da contratada; e 2.3) outras condições indispensáveis para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, observado o regramento trazido no artigo 12, §§1º ao 6º.

Trata-se de regramento excepcional que será aplicado aos atos praticados e aos contratos ou instrumentos congêneres firmados até 31 de julho de 2021, independentemente do seu prazo de execução ou de suas prorrogações (artigo 20 da MP).

Não há dúvida de que, se comparado aos diplomas legais anteriormente editados (Lei nº 13.979 e Medidas Provisórias nº 926 e 961, todos de 2020), houve uma ampliação relevante nas medidas para o enfrentamento da Covid-19, no âmbito das contratações públicas, a ponto de suscitar reflexões acerca da legitimidade de algumas normas, a exemplo do eventual pagamento antecipado, com possibilidade de perda do valor antecipado, de hipóteses de não penalização da contratada e da possibilidade de cláusulas de confidencialidades, mediante exigência do contratado. Diante desse quadro de pandemia e de incertezas, com frequentes oscilações de mercado, necessário se faz uma cuidadosa instrução dos autos administrativos, com as devidas motivações para a tomada de decisões, a fim de, a um só tempo, conferir segurança aos administradores públicos, de um lado, e, o alcance do interesse público, do outro.

[1] Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/alberto-higa/as-medidas-de-enfrentamento-ao-covid-19-no-ambito-das-contratacoes-publicas-breves-notas-sobre-a-lei-federal-n-13979-2020>.

[2] O presente estudo não examinará as regras atinentes ao Plano Nacional de Operacionalização de Vacinação contra a Covid-19 previstas nos artigos 13 a 19 da Medida Provisória nº 1.026/21.

Date Created

11/01/2021