

## Rost: Os riscos dos contratos de fornecimento de vacinas

O plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) julgará em breve consulta do Ministério da Saúde sobre a aplicação do artigo 12 da Medida Provisória nº 1.026, de 6 de janeiro de 2021, que trata da celebração de contrato para a aquisição ou fornecimento de vacinas contra a Covid-19 [1]. A medida urgente foi convertida na Lei nº 14.124, de 10 de março de 2021. A norma objeto da consulta permanece



A regra estabelece que o poder público poderá firmar

cláusulas especiais de pagamento antecipado [2], inclusive com a possibilidade de perda desses valores, hipóteses de não penalização da contratada, bem como outras condições indispensáveis para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço.

Diante disso, o ministro de Estado da Saúde, Eduardo Pazuello, consultou a corte de contas para saber se a norma autoriza o Executivo a contratar cláusulas "atípicas" e se o poder público poderia assumir integralmente os riscos no âmbito desses contratos. Além disso, Pazuello apresenta dúvidas quanto à compatibilidade da regra supracitada com outros dispositivos legais.

Com relação às cláusulas "atípicas", o questionamento se refere à possibilidade de se inserir, na minuta do contrato de aquisição ou fornecimento de vacinas contra a covid-19, cláusulas que seriam vedadas pelo direito brasileiro e que, certamente, teriam um parecer negativo das consultorias jurídicas dos órgãos contratantes. Um exemplo é a fixação de cláusula que autorizaria parceiro privado a rescindir unilateralmente acordo celebrado com a União.

O ministro também busca esclarecimento sobre a possibilidade da estipulação de cláusulas que estabeleçam obrigações em face de terceiros. O requerimento aponta que, nas negociações para aquisição de vacinas, seria recorrente a estipulação de obrigações a terceiros, como a aprovação de leis específicas ou a realização de atos que vão além da competência do órgão contratante. O exemplo apresentado na consulta ao TCU é a obrigação da aprovação de leis que estabeleçam a forma de indenização por eventuais efeitos adversos da vacina.

A situação é resolvida nos seguintes termos: em que pese a regra em comento conceda amplos poderes ao gestor público, o Direito brasileiro não admite a fixação de cláusulas contratuais em desconformidade com a legislação vigente. Do mesmo modo, não cabe ao Ministério da Saúde atribuir obrigações a outros órgãos, na medida em que cabe ao chefe do Poder Executivo a organização e o funcionamento da administração federal. Muito menos seria possível se cogitar atribuir ao ministro da Saúde a competência de imputar obrigações ao Legislativo, diante da clássica separação dos poderes.

A autorização da contratação de cláusulas especiais não é um salvo conduto para que a Administração Pública possa dispor livremente sobre as condições do negócio de aquisição das vacinas. É certo que poderá, a seu tempo, afastar o regramento da Lei 8.666/1993, bem como outras regras infraconstitucionais relativas às contratações públicas, sempre que isso for indispensável e devidamente motivado. Contudo, a capacidade negocial da Administração não poderá, em nenhuma hipótese, suplantar normas de ordem pública e de densidade constitucional.

Quanto ao exemplo apresentado na consulta — a possível exigência de aprovação de leis que disponham sobre a indenização por efeitos adversos da vacina —, destaca-se a publicação da Lei nº 14.125, em 10 de março de 2021, cujo Projeto de Lei nº 534/2021 foi de autoria do presidente do Senado Federal, senador Rodrigo Pacheco, que estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios ficam autorizados a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil *"nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado, em relação a eventos adversos pós-vacinação"*.

Logo, o debate relativo à indenização por efeitos adversos passará a considerar a distribuição dos riscos da contratação.

Sobre a matéria, a consulta do Ministério da Saúde reside na admissibilidade de o Estado brasileiro assumir integralmente os riscos — de demanda, da produção, de segurança, de eficácia das vacinas, entre outros — em um contrato de fornecimento e sobre como o gestor público deve proceder para analisar e decidir pela inserção, ou não, de uma cláusula de alocação de risco.

O mero reconhecimento do descompasso entre a oferta e a demanda mundial pelas vacinas causa um desequilíbrio que faz com que a preocupação exposta na consulta seja legítima.

De um lado, é possível afirmar que o pressuposto da economicidade dos acordos celebrados pelo poder público e a natureza bilateral e comutativa dos contratos, por si só, obstariam a assunção integral dos riscos. De outro, existe a afirmação de que o resguardo da dignidade da pessoa humana, vetor da Constituição Federal de 1988, autorizaria a aquisição das vacinas contra a Covid-19 mesmo se necessária a assunção integral dos riscos pelo Estado brasileiro.

A análise dessa questão nos leva a examinar a exposição de motivos da MP nº 1.026, que estabelece que a elaboração de matriz de alocação de risco entre contratante e contratado é obrigatória e imputa à Administração Pública o dever de adotar as cautelas possíveis para redução de riscos. Tal pressuposto foi transcrito no artigo 5º da lei de conversão e tornou compulsória a previsão da matriz de riscos nos contratos com valor acima de R\$ 200 milhões.

Em qualquer caso, o risco do inadimplemento contratual deverá ser mitigado pelo poder público, nos termos do §6º do artigo 12 da lei, por uma série de instrumentos, entre os quais a prestação de garantias, a emissão de título de crédito e certificações.

Nesse sentido, a partir da leitura da norma, não se verifica, de plano, motivo para justificar a viabilidade da assunção integral do risco pelo Estado brasileiro — o que iria de encontro às normas de Direito Público vigentes.

Com relação à compatibilidade do artigo 12, a preocupação é com a possibilidade da inobservância de outras regras legais inafastáveis. Aponta-se que eventual ausência de limitação de responsabilidade da União poderia impactar o cumprimento das obrigações previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, que dispõe que o fornecimento de bens é condicionado à estimativa do seu impacto orçamentário-financeiro e à dotação orçamentária.

Ocorre que a adequação orçamentária não pode ser afastada pelo mencionado artigo 12, na medida em que o artigo 6º da lei determina o rigor das contas.

No mais, a cada contratação caberá ao gestor público o exame do cenário das propostas e a tarefa de interpretação sistemática das regras legais e constitucionais para afastar normas jurídicas específicas mediante a aplicação das exceções previstas na lei, as quais, reitere-se, incidem tão somente quando indispensáveis para a aquisição dos insumos.

[1] A consulta do Ministério da Saúde também pretende a interpretação da MP nº 1.003/2020, que autorizou a adesão ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-19 – *Covax Facility*. A MP foi convertida na Lei nº 14.121/2021, que estabelece, em seu artigo 2º, que a aquisição de vacinas no âmbito deste instrumento será regida pelas normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi, afastadas as disposições da Lei Geral de Licitações brasileira. No caso da MP nº 1.003/2020, a situação é a de assunção de regime jurídico diferenciado para as aquisições e contratações feitas por meio do instrumento *Covax Facility*. Matéria para um próximo artigo.

[2] O PL nº 4.253/2020, chamado de Nova Lei de Licitações, enviado para a sanção presidencial, dispõe sobre o pagamento antecipado da seguinte forma: "Art. 145. Não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços. § 1º A antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta. § 2º A Administração poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado. § 3º Caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido".

## Date Created

---

11/03/2021