

Contratações Públicas para o Enfrentamento da Pandemia da Covid-19

Medida Provisória Nº 1.047/2021





GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Eduardo Leite

Governador do Estado

Marco Aurelio Santos Cardoso

Secretário de Estado da Fazenda

Rogério da Silva Meira

Contador e Auditor-Geral do Estado

Autor: Ednaldo Tavares Rufino Filho

Revisão Técnica: Tiago Francisco Santi

Coordenação: Jociê Rocha Pereira

Colaboração Técnica: Marcus Guttler Pizzato

Capa e Diagramação: Fernando Beltrão de Castro Jobim

Bibliotecária e Catalogação: Silvana Amaro

Revisão de Português: Isabela Záchia Ayub ; Luciane Franco | Ateliê do Texto

Editoração: Divisão de Controle da Administração Direta | CAGE

R585c

Rio Grande do Sul. Secretaria da Fazenda. Contadoria e Auditoria-Geral do Estado. Contratações públicas para enfrentamento da pandemia da Covid-19 / por Ednaldo Tavares Rufino Filho; revisão técnica, Tiago Francisco Santi. – Porto Alegre: CAGE, 2021.
41 p.

ISBN: 978-85-53040-01-8 [recurso eletrônico]

Administração pública – Rio Grande do Sul. 2. Contratações públicas. 3. Recursos públicos.
4. Covid-19. I. Rufino Filho, Ednaldo Tavares. II. Santi, Tiago Francisco (rev.). III. Título.

CDU: 351.712.2:616-036.21

Catalogação na fonte – Centro de Informação e Documentação em Saúde/ESP/SES/RS

Contadoria e Auditoria-Geral do Estado | CAGE

Av. Mauá, 1155, 4º andar, sala 404-A. Porto Alegre/RS. CEP 90030-080.

Telefone: (51) 3214 5200 – Fax: (51) 3214 5216.

E-mail: cage@sefaz.rs.gov.br.



GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, em mais uma iniciativa voltada à promoção da boa governança dos recursos públicos por meio da orientação, o que constitui um dos pilares de sua missão, cuidou de elaborar e ora disponibiliza o presente ebook: Contratações públicas para enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Tal providência decorre de prática que vem se consolidando desde o lançamento da 1ª edição do Manual de Orientação do Gestor Público, em 2009, consistente com a produção e publicação de peças que informam a sua visão quanto à regular aplicação das normas que regem a atividade administrativa do Estado. Com isso, a Cage vem logrando otimizar seus processos de orientação, considerando que também mantém, por outros canais, permanente serviço de atendimento às consultas dos gestores estaduais.

Uma vez estabelecida como destacado objetivo estratégico para o quadriênio 2019-2022, a orientação construtiva, proativa e tempestiva passou, pois, a ser perseguida com ainda maior intensidade por meio de diversas ações. E nisso se compreende a concepção da presente obra, tendo-se em conta que a Medida Provisória nº 1.047, de 3 de maio de 2021, veio a dispor sobre tema de premente interesse para a Administração Pública, isto é, com a aquisição de bens e insumos, e com a contratação de serviços destinados ao enfrentamento da pandemia da covid-19.

Assim é que, na seara mormente complexa das normas que regulam às licitações e contratações públicas, com a edição de novos dispositivos previstos para excepcionalmente reduzir, flexibilizar e/ou simplificar procedimentos - enquanto durar o período de enfrentamento da situação de emergência em saúde pública -, prontamente atua a Cage para oferecer mais essa fonte de consulta, almejando a plena compreensão e aplicação dos referidos procedimentos.

Sumário

Introdução	5
1 – Ementa	9
1.1 – Excepcionalidade da norma.....	9
2 – Disposições preliminares.....	10
2.1 – Objeto.....	10
2.2 – Obras de engenharia	10
2.3 – Aquisição de vacinas e insumos para imunização	11
2.4 – Abrangência subjetiva.....	12
2.5 – Instrumentos da Medida Provisória n.º 1.047/2021	12
3 – Dispensa de licitação	13
3.1 – Contratação direta por dispensa.....	13
3.2 – Presunções.....	14
3.3 – Sistema de Registro de Preço na dispensa de licitação	15
4 – Da licitação	17
4.1 – Contexto histórico e benefícios do pregão	17
4.2 – Objeto do pregão	18
4.3 – Fases do pregão	19
4.4 – O pregão da Medida Provisória n.º 1.047/2021.....	19
4.5 – Prazo de vigência da ata de registro de preço.....	21
4.6 – Adesão de ata de registro de preço por órgão da Administração Pública federal	21
5 – Pagamento antecipado	24
5.1 – Contextualização do pagamento antecipado.....	24
5.2 – Premissas do pagamento antecipado	25
5.3 – Garantias obrigatórias do pagamento antecipado.....	25
6 – Do planejamento da contratação	27
6.1 – Estudos técnicos preliminares	28
6.2 – Gerenciamento de risco	29
6.3 – Termo de referência simplificado	31
6.4 – Pesquisa de preço.....	31
6.5 – Contratação por valor superior ao estimado.....	33
6.6 – Dispensa da estimativa de preço	33
6.7 – Habilitação.....	34
6.8 – Dispensas dos requisitos de habilitação	34
7 – Da contratação	36
7.1 – Publicidade dos contratos.....	37
7.2 – Contratação de empresa sancionada	37
7.3 – Alterações contratuais	38
7.4 – Duração dos contratos.....	39
7.5 – EAplicação supletiva da Lei n.º 8.666/93.....	40
8 – Disposições finais	41
8.1 – Controle das contratações públicas	41
8.2 – Vigência	42
Referências	44



Introdução

A pandemia de Covid-19, apesar de ser uma crise de saúde pública, também atingiu, sobremaneira, as estruturas sociais, econômicas e administrativas do país¹⁵. Ela se tornou uma ameaça global que desafia o sistema de saúde pública, a economia, as fontes produtoras de bens e serviços, bem como a logística de compras públicas⁵.

Os reflexos das políticas adotadas para combatê-la afetaram fortemente a atividade administrativa dos entes públicos. Sob o prisma do regime jurídico das contratações públicas, por exemplo, verificou-se a necessidade de novas soluções jurídicas compatíveis com o novo desafio¹².

Nesse sentido, após a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarar que o surto da doença causada pelo coronavírus constituía-se em uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, em 30 de janeiro de 2020, promoveu-se um conjunto de medidas administrativas e legais para combater essa emergência no Brasil. No quadro a seguir, há uma compilação dessas providências:icientes no combate à pandemia da COVID-19.

Quadro 1 – Normativas para enfrentamento da pandemia

Ato Normativo	Data	Descrição
Declaração OMS	30/1/2020	A Covid-19 constitui-se em uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.
Lei n.º 13.979	6/2/2020	Medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional.
Declaração da OMS pandemia pela Covid-19	11/3/2020	A Covid-19 foi caracterizada como uma pandemia.



Lei n.º 14.124	10/3/2021	Dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos destinados à vacinação contra a Covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19.
Medida Provisória n.º 926	20/3/2020	Altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.
Decreto legislativo n.º 6	20/3/2020	Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n.º 101/2000, a ocorrência do estado de calamidade pública.
Medida Provisória n.º 961	6/5/2020	Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adapta os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n.º 6, de 20/3/2020.
Lei n.º 14.035	11/8/2020	Altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.



Medida Provisória n.º 1.047	3/5/2021	Dispõe sobre as medidas excepcionais para a aquisição de bens e a contratação de serviços, inclusive, de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia da Covid-19.
Lei n.º 14.124	10/3/2021	Dispõe sobre as medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos destinados à vacinação contra a Covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19.

Fonte: *Elaboração própria*

Nota-se que, desde a declaração de emergência, houve uma prodigiosa produção legislativa referente às contratações públicas de combate à Covid-19, sendo que, em alguns casos, precipitadamente, como a Lei n.º 13.979/2020, que não passou por um necessário período de debates e reflexões, e em outros intempestivamente, como a Medida Provisória n.º 1.047/2021.

A título ilustrativo, a Lei n.º 13.979/2020, ao longo do seu breve período de vigência, sofreu diversas alterações legislativas: Lei n.º 14.006/2020, Lei n.º 14.022/2020, Lei n.º 14.019/2020, Lei n.º 14.022/2020; Lei n.º 14.023/2020, Lei n.º 14.028/2020, Lei n.º 14.035/2020, Lei n.º 14.065/2020, Medida Provisória n.º 951/2020, Medida Provisória n.º 926/2020 e Medida Provisória n.º 928/2020.

A Lei n.º 13.979/2020 inaugurou o regime emergencial de contratações públicas de enfrentamento da pandemia da Covid-19, mas tratava-se de norma temporária, visto que sua vigência estava atrelada ao Decreto Legislativo n.º 6, de 2020, que reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020. Como a retrocitada norma não teve seus efeitos prorrogados, o ordenamento jurídico ficou apenas com os ritos tradicionais de contratações públicas previstos na Lei n.º 8.666/93, Lei n.º 10.520/2002 e Lei n.º 12.462/2011.



No âmbito do Congresso Nacional, o ano de 2020 também foi marcado pelo progresso do debate sobre a nova lei de licitação, que entrou em vigor no dia 1º/4/2021. Todavia, apesar dos avanços introduzidos pela Lei n.º 14.133/2021, mormente quando comparada com o antigo regime de contratações públicas, a novel legislação não possui o objetivo específico de enfrentamento aos efeitos diretos e indiretos da pandemia da Covid-19.

Assim, entre o período de 1º/1/2021 até 3/5/2021, os gestores públicos ficaram sem arcabouço jurídico garantidor de uma atuação mais célere para atendimento das demandas de produtos e serviços imprescindíveis ao combate à pandemia.

Por isso, a importância da Medida Provisória n.º 1.047, de 3 de maio de 2021. Nesse sentido, a exposição de motivos da MP apresenta a justificativa para a restauração do regime excepcional de contratação:

A proposição visa a reestabelecer medidas excepcionais e urgentes voltadas às contratações públicas para atendimento célere e racionalizado, mediante a congregação de iniciativas - primando pela economia processual - no enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), tendo em vista que a legislação vigente de contratações públicas traz um custo processual e um interregno inerente às aquisições e contratações, que dificulta o provimento tempestivo de insumos para abastecer hospitais e atender a população do Brasil de forma urgente.

[..]

Vislumbram-se, portanto, impactos positivos exponenciais nas políticas públicas de compras governamentais voltadas à contenção da pandemia da Covid-19, uma vez que possibilitarão em grande medida a racionalização de iniciativas de compras, minimizando custos, administrativos e financeiros, com a congregação de iniciativas e mitigando a replicação de esforços operacionais por cada órgão e entidade para a manutenção das atividades indispensáveis ao atendimento das necessidades da população no combate à pandemia.

Em suma, a MP restabelece instrumentos de contratações menos burocráticos que o rito tradicional para permitir atingimento de resultados necessários ao atendimento da exponencial demanda gerada pela alta capacidade de contaminação do vírus, longo período de tratamento e, ainda, pelas limitações preexistentes na rede de saúde¹⁵.



Capítulo 1 – Ementa

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.047, DE 3 DE MAIO DE 2021

Dispõe sobre as medidas excepcionais para a aquisição de bens e a contratação de serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia da covid-19.

1.1 Excepcionalidade da norma

A ementa descreve que a Medida Provisória 1.047 trata de instrumentos excepcionais de aquisição de bens e insumos, bem como contratação de serviços – inclusive de engenharia – destinados ao enfrentamento da pandemia da COVID-19.

A excepcionalidade destacada na ementa pode ser entendida em duplo sentido. O primeiro que se trata de norma excepcional por durar enquanto existir o período de enfrentamento da situação de emergência. O segundo é que durante esse período, o ordenamento jurídico será dotado de meios expeditos, porém extraordinários visando à racionalização de iniciativas de compras públicas.

Para um cidadão que não conheça o rito tradicional de compras públicas, talvez seja natural o questionamento sobre a real necessidade dessas medidas excepcionais.

Entretanto, Santos⁴, alerta que o tradicional sistema normativo nacional de compras públicas possui um regramento atrelado às formalidades jurídicas, sendo dotado de regulamentação analítica que restringe a liberdade do gestor nos procedimentos de licitações e contratos. Niebuhr¹ corrobora o entendimento ao aduzir que: “O enfrentamento da pandemia impõe que a Administração se livre dessa carga burocrática excessiva, que ela tenha mais liberdade e flexibilidade para contratar aquilo que for útil ou necessário”.

Portanto, o ingresso da medida provisória no ordenamento jurídico é bem vindo, visto que municiará os gestores de instrumentowwws jurídicos eficientes no combate à pandemia da COVID-19.



Capítulo 2 – Disposições preliminares

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre medidas excepcionais para a aquisição de bens e a contratação de serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia da covid-19. Parágrafo único. A aquisição de vacinas e insumos e a contratação de bens e de serviços necessários à implementação da vacinação contra a covid-19 são regidas pelo disposto na Lei nº 14.124, de 10 de março de 2021. Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, fica a administração pública dos entes federativos, de todos os Poderes e dos órgãos constitucionalmente autônomos autorizada a, nos termos desta Medida Provisória: I - dispensar a licitação; II - realizar licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, com prazos reduzidos; III - prever em contrato ou em instrumento congêneres cláusula que estabeleça o pagamento antecipado.

2.1 Objeto

O artigo 1º delimita o objeto da medida provisória ao determinar que é destinada à aquisição de bens/insumos e à contratação de serviços necessários ao enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Assim, o gestor só pode utilizar a novel legislação caso o objeto do futuro contrato possua pertinência temática com a emergência. Em outras palavras, é necessário haver relação direta ou indireta de combate à pandemia, porém não se limita a objetos estritamente ligados à área da saúde²⁰. Por exemplo, aquisição de sistema de informática para reuniões virtuais enfrenta indiretamente a pandemia por possibilitar o desenvolvimento das atividades administrativas do órgão. Observe que se trata de objeto que mitiga os efeitos da pandemia e permite a continuidade dos trabalhos dos órgãos públicos.

Além disso, a medida provisória autoriza a contratação de serviços de engenharia por meio dos simplificados procedimentos previstos.

2.2 Obras de engenharia

As obras de engenharia não foram abrangidas pela Medida Provisória n.º 1.047/2021 por ausência de expressa disposição. Dessa forma, resumidamente, por força do princípio da legalidade, o gestor não possui respaldo legal para contratar obra por meio do novo regime emergencial de contratações. Logo, é preciso conhecer essa limitação do regime emergencial de contratações.



O inciso I, do art. 6º, da Lei n.º 8.666/93 define obra de engenharia como toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta. Observe que o dispositivo legal apresenta o conceito de obras a partir de exemplos de atividades específicas.

Porém há uma miríade de atividades de engenharia que pode gerar dúvidas sobre sua caracterização como obra de engenharia. Por isso é recomendável que, na existência de dúvidas e urgência na contratação, ouça-se o setor técnico competente para caracterização adequada do objeto como obra ou serviço de engenharia¹².

2.3 Aquisição de vacinas e insumos para imunização

O parágrafo único do art. 1º prescreve hipóteses nas quais, apesar da relação com o enfrentamento à emergência no tocante à Covid-19, não é permitido utilizar a Medida Provisória n.º 1.047/2021 por já existir legislação específica – a Lei n.º 14.124/2021. Observe o quadro a seguir, que resume as hipóteses contidas no dispositivo ora analisado:

Lei n.º 14.124/2021
Aquisição de Vacina
Aquisição de insumos destinados à vacinação
Aquisição de bens destinados à vacinação
Aquisição de serviços destinados à vacinação

Nas contratações relacionadas ao processo de imunização da população, o gestor público deve observar o rito procedimental previsto na Lei n.º 14.124/2021. Nesse sentido, a Medida Provisória n.º 1.047/2021 é fundamento jurídico para os demais objetos de enfrentamento à pandemia, mas não pode ser utilizada para contratar bens e serviços indispensáveis ao processo de imunização da população.



2.4 Abrangência subjetiva

O art. 2º preceitua quem se encontra autorizado a utilizar a Medida Provisória n.º 1.047/2021 como fundamento de validade dos atos de contratações de enfrentamento à pandemia.

A norma alcança a Administração Pública dos entes federativos, de todos os poderes e órgãos autônomos. Diga-se, ademais, que, por não haver restrição expressa, outrossim, também abrange a Administração indireta dos entes federativos, inclusive, as estatais, pois não há qualquer restrição subjetiva no texto¹².

2.5 Instrumentos da Medida Provisória n.º 1.047/2021

Conforme o art. 2º, os entes federativos estão autorizados a dispensar licitação, realizar licitação na modalidade pregão com prazos reduzidos e prever em contrato cláusula com pagamento antecipado, desde que nos termos da medida provisória.

Observa-se que as 3 (três) ferramentas disponibilizadas já estavam incorporadas na Lei n.º 13.979/2020. Desse modo, a nova legislação não apresenta inovações, mas restabelece, de fato, um conjunto de instrumentos que pode contribuir com os gestores na atual situação.



Capítulo 3 – Dispensa de licitação

CAPÍTULO II DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

Art. 3º Nos processos de dispensa de licitação decorrentes do disposto no inciso I do caput do art. 2º, presumem-se comprovadas a:

I - ocorrência de situação de emergência em saúde pública de importância nacional decorrente da pandemia de covid-19;

II - necessidade de pronto atendimento à situação de emergência de que trata o inciso I;

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.

Art. 4º Na hipótese de dispensa de licitação de que trata o inciso I do caput do art. 2º, quando se tratar de aquisição ou de 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.

§1º Na hipótese de que trata o caput, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal relativo ao sistema de registro de preços, caso não tenha editado regulamento próprio.

§2º O órgão ou a entidade gerenciadora da aquisição ou da contratação estabelecerá prazo de dois a oito dias úteis, contado da data de divulgação da intenção de registro de preço, para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços realizado nos termos deste artigo.

§3º O disposto nos §2º e §3º do art. 8º não se aplica ao sistema de registro de preços fundamentado nesta Medida Provisória.

§4º Para as aquisições e as contratações celebradas, após trinta dias, contados da data de assinatura da ata de registro de preços, o órgão ou a entidade deverá realizar estimativa de preços a fim de verificar se os preços registrados permanecem compatíveis com os praticados no mercado ou na comercialização com a administração pública, promovido o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso necessário.

§5º A aquisição ou a contratação a que se refere o caput não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e de funcionamento do objeto contratado.

3.1 Contratação direta por dispensa

O art. 37, inciso XXI, da CF estabelece como regra geral a realização de licitação pública isonômica para promover a seleção de um fornecedor ou prestador de serviço com objetivo de firmar um contrato com a Administração Pública. Todavia a mesma norma constitucional autoriza que o legislador estabeleça hipóteses de contratações diretas, visto que podem existir situações em que a licitação pública não seja o melhor meio para alcançar o interesse público.

Garcia¹¹ explica que o princípio licitatório, como qualquer outro, notadamente os de natureza formal, tem caráter relativo e cede perante a concorrência de princípios que expressem valores substantivos fundamentais a serem satisfeitos.



Nesse sentido, podem ser enquadradas as contratações de bens e serviços imprescindíveis ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, porque o crescimento exponencial dos casos de pessoas infectadas pelo vírus pode indicar a impossibilidade de esperar a conclusão do trâmite burocrático de uma licitação pública.

Trata-se de caso que a competição é possível de ser realizada, mas a demora em concluir uma licitação poderia pôr em risco o interesse público¹⁵, por isso, a Medida Provisória n.º 1.047/2021 prevê a possibilidade de contratação direta por dispensa de licitação.

Por fim, diferente do disposto na Medida Provisória n.º 961/2020, posteriormente convertida na Lei n.º 14.064/2020, que alterou a Lei n.º 13.979/2020, a dispensa de licitação prevista no novo regime emergencial de contratação não possui limites de valores. Dessa forma, trata-se de hipótese de dispensa de licitação sem teto de valor para contratação. Logo, os limites da nova Lei de Licitação (Lei n.º 14.133/2021) ou os limites da Lei n.º 8.666/93 não lhes são aplicáveis.

3.2 Presunções

O art. 3º inicia o processo de dispensa estabelecendo 4 (quatro) presunções relativas sobre determinados fatos e circunstâncias. Trata-se de presunção relativa porque aceita prova em sentido contrário, mas o ônus da prova recai sobre quem alegar que as condições não estavam presentes⁷. Assim, o processo não precisa ser instruído com prova robusta, visto que já se encontra respaldado pelas presunções previstas.

Primeira presunção é da ocorrência da emergência em saúde pública, de importância nacional (ESPIN), decorrente da pandemia da Covid-19. Trata-se de item desprovido de polêmica, visto que se encontra calcado na Portaria do Ministério da Saúde n.º 188/2020. Por conseguinte, apenas no caso de revogação da normativa que a presunção perderá sua validade.

A segunda presunção trata do reconhecimento da necessidade de pronto atendimento à emergência reconhecida na retrocitada normativa do Ministério da Saúde. No momento de maior crise, com recordes de números de casos de Covid-19, o item não será objeto de larga discussão por ser notória a necessidade de atendimento das demandas. Porém se torna relevante em períodos de redução da curva de contágio, visto que podem surgir questionamentos sobre a existência ou inexistência da necessidade de pronto atendimento. Assim, com a presunção, o gestor não precisa apresentar grandes justificativas sobre a matéria e possui maior respaldo na sua atuação.

A terceira presunção é de existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares. O risco da pandemia é de conhecimento notório que dispensa maiores comentários sobre o ponto.



Por fim, a quarta presunção é de que a contratação foi limitada à parcela necessária ao atendimento da emergência. Tal presunção mitiga o risco de futuras discussões sobre a ação do gestor, reduzindo polêmicas e eventuais punições diante de escolhas difíceis que não tiveram tempo de passar por reflexões e debates no momento da tomada de decisão. Essa presunção abre espaço para um planejamento menos detalhado da contratação, porém não significa inexistência de planejamento, conforme demonstra-se no capítulo 6.

3.3 Sistema de Registro de Preço na dispensa de licitação

O Sistema de Registro de Preço (SRP) é um instrumento auxiliar que tem por escopo contribuir para o planejamento, a racionalização e a economicidade nos processos de contratações públicas.

De forma resumida, o Manual de Orientação ao Gestor Público da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul elucidada que o sistema visa selecionar a proposta de preços unitários que ficarão disponibilizados à Administração para futuras aquisições de bens ou contratações de serviços⁶.

Entre as vantagens do uso do registro de preço, Garcia¹¹ destaca a economia de escala por permitir a participação de diversos órgãos, cada um com sua necessidade, assim, aumentando o quantitativo demandado que permite que os fornecedores proponham menores preços. O autor ainda ressalta que o SRP consente a redução do número de licitações porque os preços são registrados em uma ata e os contratos administrativos são celebrados na medida da necessidade dos órgãos¹¹.

A título ilustrativo, no enfrentamento à Covid-19, cita-se como possível o uso do SRP na aquisição de máscaras para diversas secretarias municipais, que promoveram a contratação com base no preço fixado em ata e à medida da sua demanda, dispensando a existência de almoxarifados nos órgãos.

O art. 4º prescreve que é possível utilizar o sistema de registro de preço nas dispensas de licitações. Assim, por exemplo, uma contratação direta do Ministério da Saúde pode ser realizada por meio do SRP e diversos entes estaduais podem participar da ata e promover futuras contratações com base nela.

Todavia há uma limitação no texto legal no uso do SRP em dispensa de licitação por dispor que poderá ser utilizado o SRP quando se tratar de aquisição ou de contratação por mais de um órgão ou entidade. Ressalta-se que se trata da literalidade da norma, entretanto é de conhecimento geral que os órgãos de consultoria jurídica, Tribunais de



Contas ou Poder Judiciário podem não seguir uma leitura literal ou restritiva, visto que não há essa restrição quando a ata de registro de preço decorre de uma licitação pública.

Quanto às contratações futuras decorrentes da ata de registro de preço, o §4º, do art. 4º da Medida Provisória n.º 1.047/2021, preceitua que, caso a contratação seja celebrada após 30 (trinta) dias contados da assinatura da ata, o contratante deve realizar nova estimativa de preço com o fito de verificar se os preços registrados ainda são compatíveis com o mercado. Além disso, a norma previu que se a nova estimativa indicar a necessidade, o órgão pode promover reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tal medida é salutar visto que, em tempos de crises, o mercado pode reagir oscilando de forma acentuada nos preços.

Ademais, no caso de o ente federativo não possuir regulamento próprio relativo ao sistema de registro de preço, a medida provisória autorizou que poderá ser aplicado o regulamento federal, o qual, atualmente, encontra-se no Decreto Federal n.º 7.892/2013.

Por fim, a medida provisória restabeleceu a possibilidade de aquisição ou a contratação de equipamentos usados por meio de dispensa. Dessa forma, por exemplo, para reduzir o valor do contrato, diante da escassez da produção ou incapacidade de fabricação em tempo reduzido, o gestor pode adquirir bens usados para atendimento da demanda, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e de funcionamento do objeto contratado.



Capítulo 4 – Da licitação

CAPÍTULO III DA LICITAÇÃO

Art. 5º Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, de que trata o inciso II do caput do art. 2º, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade.

§1º Quando o prazo original de que trata o caput for número ímpar, este será arredondado para o número inteiro antecedente.

§2º Os recursos interpostos terão somente efeito devolutivo.

§3º Fica dispensada a realização da audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 1993.

§4º As licitações realizadas para fins 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 §2º do art. 4º.

§5º As atas de registro de preços terão prazo de vigência de seis meses, prorrogável uma vez, pelo mesmo período, se comprovada a vantajosidade de suas condições negociais.

Art. 6º Os órgãos e as entidades da administração pública federal ficam autorizados a aderir à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal em procedimentos realizados nos termos desta Medida Provisória, até o limite, por órgão ou entidade, de cinquenta por cento dos quantitativos dos itens constantes do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes.

Parágrafo único. As contratações decorrentes das adesões à ata de registro de preços de que trata o caput não poderão exceder, na totalidade, o dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem à ata.

4.1 Contexto histórico e benefícios do pregão

A Medida Provisória n.º 2.026, de 4 de maio de 2000, instituiu, no âmbito da União, a modalidade de licitação denominada pregão para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado da licitação. Essa MP foi reeditada diversas vezes até ser convertida na Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, a qual estendeu a aplicabilidade do pregão para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

O pregão é uma modalidade licitatória que busca a máxima efetividade do princípio da eficiência, porquanto supera diversas barreiras burocráticas presentes nas modalidades licitatórias tradicionais da Lei n.º 8.666/93, incrementando agilidade, competitividade e economicidade⁹.



Diversos pontos podem ser levantados como exemplos da quebra de paradigma e da desburocratização alcançada pelo pregão: A) Aquisição apenas de bens e serviços comuns, independentemente do valor total estimado; B) Previsão de utilização de recursos de tecnologia da informação; C) Existência de uma etapa competitiva, oportunidade em que os licitantes podem encaminhar lances; D) Previsão da possibilidade de negociar diretamente com os licitantes após a etapa de lances visando melhorar a proposta; E) Inversão de fases: a proposta do vencedor é analisada antes da documentação de habilitação; F) Fase recursal somente após declaração do vencedor; G) Apenas um servidor é responsável pela condução do certame¹⁰.

4.2 Objeto do pregão

O art. 1º da Lei n.º 10.520/2002 estabeleceu a possibilidade de ser adotada a licitação na modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor da licitação.

O conceito legal de bens e serviços comuns encontra-se no parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 10.520/2002, que estabelece o seguinte: consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Embora exista uma definição legal de bens e serviços comuns, ao longo do tempo, a relativa indeterminação do conceito legal e as situações concretas enfrentadas pelos órgãos e agentes públicos fizeram surgir amplo debate doutrinário e jurisprudencial sobre o alcance da norma. Rotineiramente, surgem dúvidas se determinado bem ou serviço pode ser considerado como comum, encaminhando a decisão final para os Tribunais de Contas e para o Poder Judiciário.

O TCU já se manifestou favorável ao uso do pregão em diversos objetos que, em uma análise apressada, poderiam ser definidos como não alcançados pela Lei n.º 10.520/2002, por exemplo: a) acórdão n.º 1046/2014 - serviços de auditoria independente; b) acórdão n.º 2801/2019 - serviços de consultoria; c) acórdão n.º 6504/2017 - fornecimento de infraestrutura para a realização de *shows*; d) acórdão n.º 1940/2015 - gestão de folha de pagamento de servidores; e) acórdão n.º 1074/2017 - serviços de assessoria de imprensa, *clipping*, *media training*; f) acórdão n.º 2050/2014 - concessão de uso de bens públicos.



Além desses importantes exemplos, a jurisprudência do TCU consolidou a possibilidade de utilizar a modalidade pregão para contratação de serviço comum de engenharia que restou consignada na Súmula n.º 257.

Nesse contexto jurisprudencial, o inciso VIII, do art. 3º, do Decreto Federal n.º 10.024/2019, conceituou serviço comum de engenharia como atividade ou conjunto de atividades que necessite da participação e do acompanhamento de profissional engenheiro habilitado, nos termos do disposto na Lei n.º 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela Administração Pública, mediante especificações usuais de mercado.

Contudo a definição supracolocada não supera as dificuldades práticas enfrentadas pelos servidores responsáveis por elaborarem o edital e definirem a modalidade licitatória, sendo oportuno e indispensável parecer técnico prévio, emitido por engenheiro devidamente registrado no Conselho de Engenharia, em cada licitação, quando for utilizado o pregão para serviços comuns de engenharia.

4.3 Fases do pregão

A modalidade licitatória pregão é dividida em duas fases, a saber: fase preparatória e fase externa.

Na fase preparatória, de acordo com o art. 3º, da Lei n.º 10.520/2002, a Administração deverá: a) justificar a necessidade da demanda; b) definir o objeto do certame; c) estabelecer as exigências de habilitação, os critérios de aceitação da proposta, as sanções e as cláusulas do contrato; d) elaborar o orçamento estimado da licitação.

A fase preparatória é a etapa de planejamento da licitação, sendo objeto de maior análise no capítulo 6.

Ao passo que a fase externa observará as seguintes etapas sucessivas: A) publicação do edital; B) envio de propostas; C) abertura da sessão; D) lances ou competitiva; E) julgamento; F) habilitação; G) recursal; H) adjudicação; I) homologação.

4.4 O pregão da Medida Provisória n.º 1.047/2021

O art. 5º restabeleceu o pregão, presencial ou eletrônico, com os prazos dos procedimentos licitatórios reduzidos pela metade, conforme estava previsto na Lei n.º 13.979/2020. Assim, reintroduz, no ordenamento jurídico, um mecanismo que é ágil de contratação e ao mesmo tempo capaz de promover uma competitividade entre as empresas.



Amorim destaca que a redução se aplica a todo e qualquer prazo do pregão, a despeito de ser prevista em lei ou ato normativo infralegal, inclusive, quanto aos prazos em que a fixação é realizada no edital, conforme a discricionariedade da unidade de compra. O autor, analisando a Lei n.º 13.979/2020, sistematizou um quadro comparativo entre os prazos originais e os novos prazos¹. Observe:

Quadro 2 - Comparação entre os prazos originais e o novo prazo

Evento Procedimental	Prazo Original	Novo Prazo
Divulgação do edital	8 dias úteis (art. 4º, V, Lei n.º 10.520/2002)	4 dias úteis
Apresentação de razões recursais	3 dias (art. 4º, XVIII, Lei n.º 10.520/2002)	1 dia
Envio de documentação complementar no pregão eletrônico	2 horas (art. 38, §2º, Decreto n.º 10.024/2019)	1 hora
Suspensão em caso de desconexão do pregoeiro	24 horas (art. 35 do Decreto n.º 10.024/2019)	12 horas
Suspensão para realização de diligências com vistas ao saneamento de erros ou falhas	24 horas (art. 35 do Decreto n.º 10.024/2019)	12 horas
Envio de documentação Resposta do pregoeiro à impugnação e ao pedido de esclarecimento	Pregão Presencial: 24 horas (art. 12, §1º, do Decreto n.º 3.555/2000)	Pregão Presencial: 12 horas
Pregão Eletrônico: 2 dias úteis		Pregão Eletrônico: 1 dia útil
(art. 23, §1º, e art. 24, §1º do Decreto n.º 10.024/2019)		

Fonte: Amorim¹



Nota-se que o quadro já observa a regra que quando o prazo original for número ímpar (§1º do art. 5º), este será arredondado para o número inteiro antecedente. Por exemplo, no caso do prazo de apresentação das razões recursais, que originalmente são de 3 (três) dias, conforme a Lei n.º 10.520/2002, com a regra da medida provisória, o novo prazo é de 1 (um) dia.

4.5 Prazo de vigência da ata de registro de preço

O pregão reduzido previsto na Medida Provisória n.o 1.047/2021 também pode utilizar o Sistema de Registro de Preço para formação de uma Ata de Registro de Preço (ARP) com o objetivo de contratações futuras.

As ARPs constituídas com fundamento na Medida Provisória n.o 1.047/2021 possuem prazo de vigência de seis meses, prorrogável uma vez, pelo mesmo período, se comprovada a vantajosidade de suas condições negociais.

Desse modo, caso o órgão gerenciador da ARP entender que é necessário prorrogar sua vigência, deverá promover nova pesquisa de mercado para avaliar se é mais vantajoso realizar nova licitação ou prorrogar a vigência da ata. Todavia vale salientar que a decisão sobre a vantajosidade não se limita às condições negociais, porquanto deva ser balanceado o custo administrativo inerente a novo processo licitatório e o risco de fracasso em eventual nova licitação diante da relevância do objeto no enfrentamento à pandemia.

4.6 Adesão de ata de registro de preço por órgão da Administração Pública federal

Conforme explicado no capítulo anterior, o Decreto Federal n.º 7.892/2012 regulamentou, no âmbito da União, o sistema de registro de preços previsto no art. 15, da Lei n.º 8.666/93.

O capítulo IX do retrocitado regulamento dispõe sobre a utilização da ata de registro de preços por órgão ou entidades não participantes, mas que podem aderir à ARP desde que atendidos a alguns requisitos. Trata-se da denominada "carona", ou seja, órgão público que não participou do processo de seleção do fornecedor e do estabelecimento do preço registrado, porém, posteriormente, demonstra interesse em contratar nas condições da ARP.

O §9º, do art. 22 do Decreto Federal n.º 7.892/2012, faculta que órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais realizem adesão à ARP da Administração Pública federal. Em sentido contrário, o §8º do mesmo artigo veda que órgãos e entidades da Administração Pública federal façam adesão à ARP gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual.



Dois motivos podem ser levantados para explicar a vedação, primeiro, que a demanda da União pode ser expressiva e suficiente para ser realizada nova disputa de preços entre os interessados por meio de uma licitação.

O segundo é referente ao sistema de controle do órgão gerenciador, quanto mais frágeis os mecanismos de controle, maior o risco de a ARP ter sido formada fora de um ambiente adequado de competitividade. Assim, a União precisaria analisar o sistema de controle interno e os mecanismos de governança com fito de ter a confiança necessária para aderir à ARP, o que demandaria mais tempo do que promover nova licitação.

No entanto, entendendo que momentos de crise como o atual exigem respostas e instrumentos excepcionais, o art. 6º da Medida Provisória n.º 1.047/2021 dispõe que os órgãos e as entidades da Administração Pública federal ficam autorizados a aderir à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal em procedimentos realizados nos termos da própria medida provisória.

Destarte, quando ente estadual ou municipal realizar licitação pública por meio do sistema de registro de preço cujo objeto tenha como finalidade o enfrentamento da pandemia da Covid-19 e promova a disputa nos termos da Medida Provisória n.º 1.047/2021, os órgãos e as entidades da Administração Pública federal podem aderir à ARP.

Vale salientar que existem dois tipos de limites impostos na MP: (i) a adesão seja de até cinquenta por cento do quantitativo dos itens constantes do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes; (ii) as contratações decorrentes das adesões à ata de registro de preços não poderão exceder, na totalidade, o dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem à ata.

Exemplificando: Secretaria Estadual de Saúde e Polícia Militar do Rio Grande do Sul, por meio da Central de Licitações do Estado, promovem licitação para registro de preço de 1.000 (mil) ventiladores pulmonares. Sendo 500 unidades para Secretaria de Saúde e 500 unidades para os hospitais da Polícia Militar. No primeiro mês de vigência da ata, o Estado de Santa Catarina manifesta interesse em aderir à ARP e o fornecedor se compromete a entregar 200 unidades. Posteriormente, o Ministério da Saúde manifesta interesse em aderir à ata solicitando 600 unidades. Nesses termos, a adesão à ata não é autorizada ao Ministério da Saúde, pois o limite individual é de (50%) cinquenta por cento do número de itens registrados. Assim, o órgão federal só possui autorização para aderir até o limite de 500 unidades.



Por fim, elucida-se que, de acordo como Acórdão n.º 894/2021, do Plenário do Tribunal de Contas da União, o órgão gerenciador da ata de registro de preços é o responsável pelo controle das autorizações de adesão a fim de que os quantitativos de cada item registrado contratados pelos caronas não superem os limites previstos.



Capítulo 5 – Pagamento antecipado

DO PAGAMENTO ANTECIPADO

Art. 7º A administração pública poderá, nos termos do disposto no inciso III do caput do art. 2º prever cláusula contratual que estabeleça o pagamento antecipado, desde que:

I - represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou

II - propicie significativa economia de recursos.

§1º Na hipótese de que trata o caput, a administração pública deverá:

I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e

II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto, atualizado monetariamente pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, ou índice que venha a substituí-lo, desde a data do pagamento da antecipação até a data da devolução.

§2º Sem prejuízo do disposto no §1º, a administração pública deverá prever medidas de cautela aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como:

I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente;

II - a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, de até trinta por cento do valor do objeto;

III - a emissão de título de crédito pelo contratado;

IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da administração pública; e

V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

§3º É vedado o pagamento antecipado pela administração pública na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

5.1 Contextualização do pagamento antecipado

Não obstante a antecipação de pagamento já ser admitida como medida excepcional pela Advocacia-Geral da União (AGU), na Orientação Normativa n.º 37, de 20097, e pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1826/2017 – Plenário e a crise de saúde pública atual ser algo notoriamente extraordinária, o tema ganhou destaque no início da pandemia e gerou relevantes debates doutrinários sobre a possibilidade ou não de pagamento antecipado pela Administração Pública^{9,16}.

A relevância do tema exigiu atuação orientativa da AGU realizada por meio do Parecer n.º 0012/2020/CNMLC/CGU/AGU. Por isso é salutar a regulamentação da matéria em ato normativo com força de lei promovendo segurança aos gestores públicos.

Desse modo, o art. 2º autoriza e o art. 7º regulamenta a possibilidade de prever em contrato ou em instrumento congênere cláusula que estabeleça o pagamento antecipado como medida excepcional para aquisição de bens e contratação de serviços destinados ao enfrentamento da pandemia.

5.2 Premissas do pagamento antecipado

O art. 7º estabelece duas premissas para autorizar o uso do pagamento antecipado: I - represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; II - propicie significativa economia de recursos.

No Parecer n.º 0012/2020/CNMLC/CGU/AGU, a Advocacia-Geral da União orientou que as premissas I e II tratam de pressupostos alternativos e não cumulativos. Cabendo, por conseguinte, ao gestor avaliar se o pagamento antecipado vai propiciar relevante economia ou é indispensável para obtenção do bem desejado.

Desse modo, a primeira premissa exige que o processo seja instruído com prova que o mercado esteja exigindo pagamento antecipado para fornecer o bem. Como exemplo, cita-se o impasse geopolítico decorrente da importação de insumos e equipamentos da China⁴ no início da pandemia.

A segunda premissa impõe que seja demonstrado que pagar antecipado permitirá a aquisição com menor custo aos cofres públicos. Todavia, em ambas as premissas, o gestor necessita analisar o risco da decisão.

5.3 Garantias obrigatórias do pagamento antecipado

O art. 7º da Medida Provisória n.º 1.047/2021 dispõe sobre as medidas cautelares que podem reduzir o risco de inadimplemento contratual no caso de pagamentos antecipados.

A primeira garantia é que a antecipação de pagamento seja prevista no edital da licitação, medida que garante publicidade e controle social sobre a decisão de gestor, bem como simetria de informação a todos interessados em participar do certame. Assim, aquele que ingressar na disputa já saberá das condições de pagamento.

A segunda trata da exigência de diligência, por parte do gestor, em caso de descumprimento parcial ou total do objeto pelo contrato. Logo, caso haja inexecução contratual, o gestor deverá adotar as medidas administrativas e judiciais cabíveis para exigir a devolução integral do valor antecipado, atualizado monetariamente pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA.



Além dessas medidas é necessário que o edital estabeleça a obrigatoriedade de comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente. Dessa forma, a Administração Pública não pode antecipar o pagamento sem antes ser iniciada parcialmente a execução do contrato.

Ademais, o fornecedor deve prestar garantia de até 30% (trinta por cento) do valor do objeto. É relevante que o processo seja instruído com os motivos que justificam o percentual definido, sendo obrigatória a expressa previsão editalícia.

Refere-se, também, que as modalidades de garantia autorizadas são as previstas no art. 56 da Lei n.º 8.666/93, a saber: a) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública; b) seguro-garantia; c) fiança bancária.

Outra medida de cautela é a emissão de título de crédito pelo contratado que não pode ser superior ao valor antecipado, visto que o objetivo é apenas reverter o valor pago antecipadamente em caso de descumprimento, conforme orienta o Parecer n.º 0012/2020/CNMLC/CGU/AGU.

Por fim, as últimas medidas cautelares são o acompanhamento da mercadoria por representante da Administração Pública com o escopo de evitar o desvio ou a apreensão dos bens por outros países; e a exigência de certificação do produto ou do fornecedor cujo objetivo é obter maior certeza da qualidade do item adquirido ou avaliar a confiabilidade do produtor, respectivamente.



Capítulo 6 – Do planejamento da contratação

CAPÍTULO V DO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO

Art. 8º No planejamento das aquisições e das contratações de que trata esta Medida Provisória, a administração pública deverá observar as seguintes condições:

- I - fica dispensada a elaboração de estudos preliminares, quando se tratar de bens e serviços comuns;
- II - o gerenciamento de riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato; e
- III - será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado de que trata o inciso III do caput conterá:

- I - a declaração do objeto;
- II - a fundamentação simplificada da contratação;
- III - a descrição resumida da solução apresentada;
- IV - os requisitos da contratação;
- V - os critérios de medição e de pagamento;
- VI - a estimativa de preços obtida por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:
 - a) Portal de Compras do Governo federal;
 - b) pesquisa publicada em mídia especializada;
 - c) sites especializados ou de domínio amplo;
 - d) contratações similares de outros entes públicos; ou
 - e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e
- VII - a adequação orçamentária.

§2º Será dispensada, excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, a estimativa de preços de que trata o inciso VI do §1º.

§3º Os preços obtidos a partir da estimativa de preços de que trata o inciso VI do §1º não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, desde que observadas as seguintes condições:

- I - negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas; e
- II - fundamentação, nos autos do processo administrativo da contratação correspondente, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente.

Art. 9º Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º e no §3º do art. 195 da Constituição.



6.1 Estudos técnicos preliminares

O estudo técnico preliminar é o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação e que dá base ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados.

Trata-se do documento que caracterizará o interesse público, a melhor solução para atendê-lo e que fornece os subsídios para avaliação da viabilidade da contratação.

Em apertada síntese, os estudos técnicos devem demonstrar aspectos como adequação, eficiência e economicidade do modelo de solução encontrado, devendo ser devidamente documentado no processo, conforme orienta o Acórdão n.o 120/20218 do Plenário do Tribunal de Contas da União.

Por exemplo, antes de iniciar o ano letivo escolar, o diretor de uma escola pública municipal identifica a necessidade de transportar alunos da zona rural do município diariamente até a escola no centro da cidade.

Diante da constatação da necessidade, a Secretaria Municipal de Educação elabora um documento formalizando a demanda e justificando a contratação. Em seguida, o processo é encaminhado ao órgão responsável pelo planejamento da contratação.

Na situação hipotética, a equipe de planejamento realizará pesquisas sobre a legislação que regulamenta o objeto, análise das contratações anteriores, dos modelos de contratações realizadas por outros entes da federação, do levantamento da quantidade, custos e requisitos para contratação, bem como das soluções de transporte por meio da análise das modalidades disponíveis no mercado, por exemplo: a) compra de novos veículos e contratação de postos de motorista ou nomeação de concursados; b) locação do veículo já prevendo o posto de motorista; c) contratação de aplicativos de transporte particular de pessoas.

Concluídos os levantamentos supramencionados, o setor de planejamento formalizará um documento e instruirá o processo de compra com os elementos obtidos, submetendo à decisão dos gestores quanto à contratação.

A exigência de estudo técnico preliminar também consta no art. 6º, inciso IX, da Lei n.º 8.666/93, e no art. 3º, inciso IV, do Decreto Federal n.º 10.024/2019, ou seja, ordinariamente é um documento exigido para contratações de bens e serviços comuns e não comuns.



Entretanto o art. 8, inciso I, da Medida Provisória n.º 1.047/2021, dispensou a elaboração de estudos técnicos preliminares quando a pretensão aquisitiva recair sobre bens e serviços comuns. Com isso, a Administração Pública possui uma fase interna mais simplificada, o que não quer dizer que não deva promover qualquer planejamento.

Nesse sentido, na vigência da Lei n.º 13.979/2020, o Tribunal de Contas da União teve a oportunidade de recomendar que:

Os processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo coronavírus (covid-19) devem ser instruídos com a devida motivação dos atos, por meio, no mínimo, de justificativas específicas acerca da necessidade da contratação e da quantidade dos bens ou serviços a serem contratados, com as respectivas memórias de cálculo e com a destinação a ser dada ao objeto contratado (art. 4º-E, §1º, da Lei n.o 13.979/2020).

Assim, não obstante a disposição da Medida Provisória n.º 1.047/2021, os gestores podem instruir os expedientes com previsões mínimas embasadas em memoriais de cálculos simplificados que justifiquem a quantidade adquirida, visto que a presunção não iria proteger compras completamente destoantes da realidade do órgão.

6.2 Gerenciamento de risco

A Instrução Normativa Conjunta MP/CGU n.º 01/2016 tornou obrigatórias a implementação e a manutenção de controles internos aos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, tendo por base a identificação, a avaliação e o gerenciamento de riscos que possam impactar a consecução dos objetivos estabelecidos pelo poder público.

Porém o que é gerenciamento de riscos e qual a finalidade ao gerenciar os riscos? De acordo com o inciso VII, do art. 2º, da IN MP/CGU n.º 01/2016, o gerenciamento de riscos é o processo para identificar, avaliar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações a fim de fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização.

Na verdade, trata-se de ferramenta gerencial para apoio ao processo decisório pelo qual são organizadas informações especulativas a respeito do futuro e sobre como os fatos do futuro poderão afetar o êxito no alcance dos objetivos⁸.

Desse modo, infere-se que gerenciar risco é identificar possíveis eventos futuros e avaliar seus eventuais impactos no objetivo da organização para subsidiar a decisão dos gestores no tratamento dos efeitos adversos com o fito alcançar os resultados e os objetivos pretendidos pela organização.



No âmbito das compras públicas, com fundamento no art. 25 da IN SEGES/MP n.º 05/2017, conceitua-se gerenciamento de risco como um processo que consiste nas atividades de identificar, avaliar e tratar os riscos que possam comprometer as atividades de planejamento da contratação, a seleção do fornecedor e a execução contratual.

Conforme o art. 26 da IN SEGE/MP n.º 05/2017, o gerenciamento de risco se materializa no mapa de riscos que deve ser atualizado pelo menos ao final da elaboração dos estudos preliminares, ao final da elaboração do termo de referência ou projeto básico, após a fase externa de seleção do fornecedor e quando ocorrerem eventos relevantes durante a execução contratual.

A nova lei de licitação colocou o gerenciamento de risco como uma ferramenta à disposição do gestor de compras públicas. O inciso XXVII, da Lei n.º 14.133/2021, define a matriz de risco e estabelece os elementos mínimos que devem constar:

[...] é a cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

Nos casos de contratações fundamentas na Medida Provisória n.º 1.047/2021, as contratações receberam um tratamento mitigado, visto que a norma determina que o gerenciamento de riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato.

Assim, prezando pela celeridade do procedimento, o diploma normativo ampliou o apetite ao risco ao renunciar ao gerenciamento de risco na fase de planejamento e na etapa de seleção do fornecedor.



6.3 Termo de referência simplificado

Concluído o estudo técnico preliminar com a verificação da melhor opção para a demanda e analisada a viabilidade da contratação, o procedimento de contratação deve progredir para a etapa de elaboração do termo de referência.

O termo de referência formaliza a pretensão contratual da Administração, sendo desenvolvido com fundamento nos estudos técnicos preliminares. O documento deve conter as informações necessárias e suficientes para a elaboração da proposta pelo licitante, o julgamento pelo pregoeiro, bem como execução e fiscalização contratual.

O art. 8º, inciso III, da Medida Provisória n.º 1.047/2021, admite a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado, definindo quais elementos devem constar no §1º:

§1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado de que trata o inciso III do caput conterà:

- I - a declaração do objeto;
- II - a fundamentação simplificada da contratação;
- III - a descrição resumida da solução apresentada;
- IV - os requisitos da contratação;
- V - os critérios de medição e de pagamento;
- VI - a estimativa de preços obtida por meio de (...);
- VII - adequação orçamentária.

Como os estudos técnicos preliminares estão dispensados no caso de contratações de bens e serviços comuns, de fato, tornar-se-ia inviável ou inútil exigir um termo de referência complexo diante da ausência de dados e elementos previamente levantados pela equipe de planejamento da contratação.

6.4 Pesquisa de preço

A leitura desatenta da Medida Provisória n.º 1.047/2021 pode passar a ideia de que a estimativa de preço será realizada de maneira simplificada quando comparada com a pesquisa ordinária que é realizada no rito tradicional. No entanto uma análise mais minuciosa e a realidade prática sedimentada por diversos entendimentos dos órgãos de controle demonstram que não apresenta grandes novidades sobre o assunto.

O inciso VI, do §1º, do art. 8 da Medida Provisória n.º 1.047/2021, prescreve que a estimativa de preços deve ser obtida por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

- a) Portal de Compras do Governo federal;
- b) pesquisa publicada em mídia especializada;
- c) sites especializados ou de domínio amplo;
- d) contratações similares de outros entes públicos; ou
- e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; [...]

Observe que, para atendimento da literalidade da regra disposta na MP, seria suficiente o uso de um orçamento e de único parâmetro, visto que nada dispõe sobre a quantidade mínima de orçamentos necessários quando utilizar apenas 1 (um) parâmetro.

Porém a realidade prática se impõe e verifica-se que é recomendável desenvolver boa pesquisa de mercado, combinando parâmetros e ampliando os números de orçamentos para que seja elaborada uma cesta de preço capaz de indicar o valor de mercado.

Nesse sentido é o recente Parecer n.º 00001/2021/COORD/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU, que trata da estimativa de custos na área da saúde, cuja ementa transcreve-se a seguir:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO PÚBLICA. ESTIMATIVA DE CUSTOS. ÁREA DA SAÚDE. BANCO DE PREÇOS DA SAÚDE (BPS). ANÁLISE DE EVENTUAL OBRIGATORIEDADE.

I – A identificação do preço envolve diversos fatores, de modo que a estimativa de custos nas licitações, em regra, apresenta apenas um parâmetro (preço de referência), uma baliza do valor potencialmente apresentado pelo mercado, para o órgão/ente contratante.

II – A oscilação de preços nos medicamentos, insumos e materiais, por conta da pandemia, prejudica ainda mais a manutenção do dogma burocrático que confunde o preço de referência com o preço transacional.

III – Embora a instrução Normativa nº 73/2020 não obrigue a adoção do BPS para a realização da estimativa de custos nas licitações públicas na área de saúde, a qualidade dos preços catalogados, em comparação com outros parâmetros admitidos, indica sim uma inclinação positiva para sua utilização preferencial, não por que seja normativamente obrigatório, mas por ser mais eficiente que outros parâmetros, em contratações por ele abrangidas.

IV – O BPS não possui a capacidade de servir de maneira indefectível como boa baliza para as contratações públicas, notadamente em períodos de grande oscilação, motivo pelo qual sua utilização isolada ou sua definição como preço máximo pode produzir referências destoantes dos preços praticados pelo mercado, no momento da licitação, induzindo licitações desertas ou fracassadas.

V – Eventuais riscos de desvio dos preços buscados no BPS podem ser mitigados com escolha dos filtros adequados no sistema, formação de uma cesta de preços com outras fontes, exclusão de preços inexequíveis ou excessivos, adoção de metodologia adequada e, se for o caso, indicação justificada de um preço máximo superior ao valor de referência identificado.



6.5 Contratação por valor superior ao estimado

O §3º, do art. 8º da Medida Provisória n.º 1.045, autoriza a contratação por valores superiores à estimativa de preço realizada com base nos parâmetros aqui apresentados. Ou seja, apesar da cota de preço elaborada pelo órgão indicar o valor de mercado, é possível firmar contrato com valor superior quando houver oscilações ocasionadas pela variação de preços.

A previsão visa abranger as hipóteses em que a lei da oferta e da procura atuar diante das circunstâncias de falta de produtos ou busca generalizada^{15,19}.

Todavia o afastamento da pesquisa de mercado previamente promovida não pode ser feito sem atendimento de dois requisitos: I - negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas; e II - fundamentação, nos autos do processo administrativo da contratação correspondente, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente.

6.6 Dispensa da estimativa de preço

Uma grande novidade sobre a pesquisa de preço é o restabelecimento da autorização prevista na Lei n.º 13.979/2021 para dispensar, excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, a estimativa de preços, conforme estabelece o §2º, do art. 8º da Medida Provisória n.º 1.047/2021.

Ao analisar os hipotéticos conflitos entre o risco à economicidade e o direito à vida, Niebuhr¹⁵ alerta que:

Sem estimativa e sem orçamento, é preciso reconhecer a possibilidade da Administração arcar com preços superiores ao praticados no mercado, contratar com sobrepreço. Admite-se o risco de pagar preço superior ao mercado para proteger outros valores e bens, nomeadamente a vida e a saúde pública.¹⁵

Entretanto, não obstante a relevância dos direitos fundamentais e da simplificação prevista em medida provisória, é salutar que o gestor se certifique de que se trata de valor compatível aos praticados no mercado, sob o risco de ser responsabilizado por superfaturamento.

Diga-se, ademais, que o texto normativo possui elemento indeterminado por não definir a autoridade competente para justificar a dispensa de pesquisa de preço, outrossim, o assunto deverá ser definido com base na regulamentação interna de cada ente federativo.



6.7 Habilitação

A habilitação é a etapa do procedimento licitatório pela qual é analisada a aptidão do licitante para contratar com a Administração Pública e executar satisfatoriamente o objeto contratual.

Na fase preparatória de compra pública, a Administração deve examinar o objeto da contratação, levar em consideração o vulto, a complexidade do objeto, a essencialidade do serviço e os riscos decorrentes de sua interrupção para definir os requisitos de habilitação que permitam aferir a capacidade de contratar e executar do licitante.

Com os elementos supra, os critérios de habilitação devem ser elaborados em harmonia com o princípio da competitividade, insculpido no art. 37, inciso XXI, da CF/88, e que norteia o processo licitatório. Com isso, permite a participação do maior número possível de licitantes na concorrência pública.

Por conseguinte, somente as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais podem ser estabelecidas no instrumento convocatório.

Quanto à fase externa, na etapa de habilitação, é irrelevante a eventual análise sobre qual empresa aparenta possuir melhor qualificação, pois só há duas hipóteses: habilitado ou inabilitado. Portanto, inexistente a situação do licitante parcialmente ou o mais habilitado¹⁸.

Nesse contexto, o interessado em contratar deverá apresentar documentos idôneos capazes de atender aos requisitos definidos no instrumento convocatório para ser declarado habilitado e, conseqüentemente, prosseguir no certame.

Sucintamente, a partir do estudo do art. 27 da Lei Geral de Licitações, é possível afirmar que o processo licitatório possui 6 (seis) macrocategorias de habilitação, a saber: jurídica; fiscal; social; trabalhista; técnica; econômico-financeiro.

Cada categoria possui um rol de documentos (art. 27 até art. 33 da Lei n.º 8.666/93) que devem ser apresentados pelo licitante para comprovar que reúne condições técnicas, econômicas e jurídicas para firmar um contrato e executar adequadamente o objeto.

6.8 Dispensas dos requisitos de habilitação

O art. 9º da Medida Provisória n.º 1.047/2021 prescreve que, na hipótese de haver restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço, a Administração Pública poderá dispensar a apresentação de documento de um ou mais requisitos de habilitação,



ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º e no §3º do art. 195 da Constituição Federal.

Trata-se de medida excepcional que precisa ser devidamente justificada e documentada no processo de contratação, outrossim, impende-se que seja comprovada a hipótese de restrição do mercado para liberar o potencial fornecedor de apresentar provas da sua qualificação para cumprir o contrato. Sempre, ressaltando que se trata de um risco que deve ser avaliado e balanceado conforme a urgência e indispensabilidade do bem, visto que amplia a possibilidade de falha na execução contratual.

Além disso, o §1º, do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, demonstra que não se trata de algo inédito, porquanto a documentação de que tratam os arts. 28 a 31 da Lei n.º 8.666/93, ordinariamente, já pode ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta-entrega e leilão.



Capítulo 7 – Da contratação

CAPÍTULO VI DA CONTRATAÇÃO

Art. 10. Todas as aquisições ou contratações realizadas com base no disposto nesta Medida Provisória serão disponibilizadas, no prazo de cinco dias úteis, contado da data da realização do ato, em sítio oficial 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, e conterão:

- I - o nome do contratado e o número de sua inscrição na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia ou identificador congêneres no caso de empresa estrangeira que não funcione no País;
- II - o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou de contratação;
- III - o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato;
- IV - a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação do serviço;
- V - o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista;
- VI - as informações sobre eventuais aditivos contratuais;
- VII - a quantidade entregue ou prestada em cada ente federativo durante a execução do contrato, nas contratações de bens e serviços; e
- VIII - as atas de registros de preços das quais a contratação se origine, se houver.

Art. 11. Quando a movimentação for realizada por meio de Cartão de Pagamento do Governo, para a concessão de suprimento de fundos e por item de despesa e para as aquisições e as contratações de que trata esta Medida Provisória, ficam estabelecidos os seguintes limites:

- I - na execução de serviços de engenharia, o valor estabelecido na alínea "a" do inciso I do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 1993; e
- II - nas compras em geral e em outros serviços, o valor estabelecido na alínea "a" do inciso II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 12. Fica autorizada a contratação de fornecedor exclusivo de bem ou de serviço de que trata esta Medida Provisória, inclusive no caso da existência de inidoneidade declarada ou de sanção de impedimento ou de suspensão para celebração de contrato com o Poder Público.

Parágrafo único. Na hipótese de que trata o caput, é obrigatória a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, que não poderá exceder a dez por cento do valor do contrato.

Art. 13. Para os contratos celebrados nos termos desta Medida Provisória, a administração pública poderá estabelecer cláusula com previsão de que os contratados ficam obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais iniciais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, limitados a até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.

Art. 14. Os contratos regidos por esta Medida Provisória terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, desde que vantajosos, e enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da pandemia da covid-19.

Art. 15. Aplica-se supletivamente o disposto na Lei nº 8.666, de 1993, quanto às cláusulas dos contratos e dos instrumentos congêneres celebrados nos termos desta Medida Provisória.



7.1 Publicidade dos contratos

O art. 10 da Medida Provisória n.º 1.047/2021 dispõe sobre o dever de publicidade das aquisições e dos contratos administrativos realizados com base no novo regime emergencial de compras públicas.

Conforme o dispositivo legal, o órgão contratante deve disponibilizar as aquisições e contratações, no exíguo prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado da data da realização do ato, contendo os seguintes elementos:

- I - o nome do contratado e o número de sua inscrição na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia ou identificador congênere no caso de empresa estrangeira que não funcione no País;
- II - o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou de contratação;
- III - o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato;
- IV - a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação do serviço;
- V - o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista;
- VI - as informações sobre eventuais aditivos contratuais;
- VII - a quantidade entregue ou prestada em cada ente federativo durante a execução do contrato, nas contratações de bens e serviços; e
- VIII - as atas de registros de preços das quais a contratação se origine, se houver.

Indica-se observar que o dispositivo não trata da publicidade do edital, mas apenas da publicação das contratações¹⁵. Todavia não significa a inexistência de obrigações de cumprir os meios de publicidade dos editais nos termos da Lei n.º 8.666/93 e nos moldes do art. 8º da Lei n.º 12.527/20211 (Lei de acesso à informação).

7.2 Contratação de empresa sancionada

O art. 12 da Medida Provisória n.º 1.047/2021 restabelece a prescrição original da Lei n.º 13.979/2020, que admitia o afastamento dos efeitos das sanções de inidoneidade, impedimento ou suspensão de empresa que seja fornecedor exclusivo de bem ou de serviço. Fernandes et al.⁸ Explicam os tipos de sanções:

Em rápidas palavras, as sanções de suspensão ou impedimento de licitar são aplicadas aos licitantes que comprovadamente descumprem determinado ato convocatório, se assim estiver estabelecido no próprio edital, ou que descumprirem parcialmente ou por completo suas obrigações na execução dos contratos administrativos.

A penalidade é cabível ainda que o contratado ou licitante tenha agido com culpa, seja provocada por imperícia, imprudência ou negligência, podendo perdurar esta sanção por até 2 (dois) anos, nos termos do art. 87, inc. III da Lei Geral de Licitações – Lei n.º 8.666/93, ou até que consiga a declaração de reabilitação.

(...)

Por sua vez, a Declaração de Inidoneidade, prevista no art. 87, inc. IV, da Lei n.º 8.666/93, exige identificação de uma conduta muito mais danosa do particular, uma vez que o elemento dolo deve estar presente. (...) Essa penalidade, diante da literalidade do inc. IV, do art. 87, será aplicada e terá por efeito banir o fornecedor de participar de licitar e contratar com toda a Administração Pública, de qualquer esfera, por um período de até 2 (dois) anos.⁸

Também é possível citar a sanção de impedimento de até 5 (cinco) anos prevista na Lei n.º 10.520/2002 e a prevista na Lei de Improbidade Administrativa, sendo todas alcançadas pela Medida Provisória n.º 1.047/2021⁸.

Desse modo, em favor do direito à saúde e à vida, a norma optou por autorizar, excepcionalmente, que empresa punida – e que ainda esteja sob efeitos da sanção – promova nova contratação com o poder público quando for a única capaz de entregar o objeto de desejo da Administração Pública.

Niebuhr¹⁵ ressalva que não se trata de exclusividade absoluta, ou seja, de ser de fato o único produtor de determinado bem. O autor entende que o artigo se refere a uma demanda específica e delimitada no tempo que pode causar a falta do bem no mercado, podendo haver fabricantes e fornecedores que, temporariamente, não possuam condições de entregar o objeto do contrato¹⁵.

Assim, a licitação era viável, mas por motivos relacionados à alta demanda do produto para enfrentar a pandemia, pois há uma hipótese excepcional de inexigibilidade que autoriza contratar com fornecedora penalizada.

Todavia, para que a Administração Pública realize a contratação, nos moldes do dispositivo ora analisado, impende-se que o agente público adote as providências para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade, conforme exige a Súmula n.º 255/2010 do Tribunal de Contas da União.

7.3 Alterações contratuais

Assentada na racionalidade da primazia do interesse público sobre o interesse privado, no âmbito das contratações públicas, a Administração Pública é dotada de prerrogativas que a coloca na condição de supremacia em relação à contratada. Essas prerrogativas são denominadas cláusulas exorbitantes por permitirem o rompimento da igualdade entre as partes¹¹.

Entre as cláusulas exorbitantes existentes na Lei n.º 8.666/93, destaca-se o poder de alteração unilateral do contrato. Como se sabe, a regra prevista no §1º, do art. 65 da Lei Geral de Licitações, é de que o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou as supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

O art. 13 da Medida Provisória n.º 1.047/2021 expandiu o limite ao dispor que a Administração Pública pode inserir cláusula contratual com previsão de que os contratados ficam obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais iniciais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, limitados a até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato.

Ademais, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n.º 781/2021, definiu como deve ser aplicada a cláusula exorbitante de alteração quantitativa do objeto contratual:

As reduções ou supressões de quantitativos decorrentes de alteração contratual devem ser consideradas de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993.

Por fim, a modificação unilateral do contrato depende da ocorrência de fato superveniente que justifique a alteração e não pode impactar o equilíbrio econômico-financeiro, que deve ser mantido durante toda a vigência contratual, conforme estabelece o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Por conseguinte, são admitidas alterações nas cláusulas econômicas apenas por acordo entre as partes¹¹.

7.4 Duração dos contratos

De acordo com o art. 14 da Medida Provisória n.º 1.047/2021, os contratos terão prazo de duração de até 6 (seis) meses e podem ser prorrogados por períodos sucessivos de 6 (seis) meses enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Logicamente, a previsão normativa não objetiva abranger contratos de fornecimento imediato de bens, visto que esses se exaurem com o devido cumprimento do objeto contratual e pagamento pelo ente público. Logo, identifica-se que o objeto da normativa são os contratos continuados com e sem dedicação exclusiva de mão de obra.



Ademais, para prorrogação contratual, o órgão contratante precisa demonstrar que é vantajoso renovar o contrato, devendo levar em consideração o preço de mercado, o custo burocrático de promover nova licitação e a qualidade da execução contratual pelo atual contratado.

Por fim, é recomendável iniciar e concluir o processo de análise da vantajosidade antes de encerrar o prazo contratual para que o gestor tenha subsídios e tempo suficiente para decidir sobre nova licitação ou renovação do contrato sem prejuízo ao atendimento do interesse público.

7.5 Aplicação supletiva da Lei n.º 8.666/93

O art. 15 da Medida Provisória n.º 1.045/2021 determina que se aplica supletivamente o disposto na Lei n.º 8.666/93 quanto às cláusulas dos contratos e dos instrumentos congêneres celebrados com fundamento na MP.

Não obstante o art. 15 da Medida Provisória n.º 1.047/2021 citar aplicação supletiva da Lei n.º 8.666/93 às cláusulas contratuais, o novo regime emergencial previsto na MP não define um procedimento completo, o que inviabilizaria o processo de contratação pública exclusivamente com base em suas regras. Logo, é necessário o uso de outras normas para o desenvolvimento do procedimento de aquisição pública.

Além disso, identifica-se que a MP deixou de estabelecer a aplicação subsidiária da Lei n.º 10.520/2002 (Lei do Pregão), não obstante a modalidade licitatória constante na MP ser o pregão.

A melhor interpretação é que omissão foi um equívoco do legislador, podendo ser aplicado supletivamente a Lei do Pregão. Eventual interpretação em sentido contrário produziria o efeito de inviabilizar a aplicação dos artigos referente à licitação constante na MP.

Nesse sentido, Niebuhr¹⁵, ao analisar o texto da Lei n.º 13.979/2020, aduziu que não é o caso de fazer “terra arrasada” e de confinar a aplicação da Lei n.º 13.979/2020 aos seus próprios termos incompletos, negando as normas da legislação normal de regência que não lhe sejam contraditórias.

Portanto, deve-se aplicar, subsidiariamente, a Lei n.º 8.666/93 e a Lei n.º 10.520/2002 para promover o pregão, desde que não conflitantes com as regras da medida provisória.



Capítulo 8 – Disposições finais

CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 16. Os órgãos de controle interno e externo priorizarão a análise e a manifestação quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade das despesas decorrentes das aquisições ou das contratações realizadas com fundamento nesta Medida Provisória.

Art. 17. O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos atos praticados e aos contratos ou instrumentos congêneres firmados durante o período de enfrentamento da situação de emergência em saúde pública de importância nacional decorrente da pandemia de Covid-19, independentemente do seu prazo de execução ou de suas prorrogações.

Parágrafo único. Ato do Ministro de Estado da Saúde disporá sobre a duração da situação de emergência de saúde pública referida no caput.

Art. 18. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

8.1 Controle das contratações públicas

Carvalho Filho³ leciona que o controle da Administração Pública é o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder.

A partir da Teoria da Explosão da Auditoria de Michael Power, porém, a atividade de auditoria deixou de ser um instrumento de controle formal para atuar como instrumento de operacionalização de ideias de eficiência e eficácia das políticas públicas¹³. Portanto, a atuação do controle extrapola a análise da inconformidade para influenciar outras esferas da produção e implementação de políticas públicas.

Quanto às classificações doutrinárias do controle, para análise da Medida Provisória n.º 1.047/2021, será apresentada apenas aquela referente à origem. Nesse trilhar, o controle pode ser interno ou externo. Em poucas palavras, quando for realizado por autoridade fiscalizadora alheia àquela que praticou, é denominado de exterior. Por sua vez, sendo dentro da esfera de cada poder e sobre seus próprios atos, é denominado de interno³.

O art. 70 da Carta Magna de 1988 prevê a competência do Congresso Nacional para promover a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas.



O constituinte também prescreve que o exercício da competência de fiscalização do Congresso Nacional deve ser exercido mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada poder (art. 70 da CF/88). Dessa forma, extrai-se da norma constitucional que cada poder deve constituir seu próprio sistema de controle interno.

No que se refere à organização dos sistemas de controle interno e a forma de atuação, adverte-se que a estrutura administrativa é variável de acordo com a legislação de cada ente federativo, mas não podem ser afastados ou modificados os objetivos do controle interno¹⁴.

Quanto ao novo regime emergencial de contratação para enfrentamento à pandemia e o controle dos atos administrativos, por força do art. 16 da Medida Provisória n.º 1.047/2021, os órgãos de controle interno e externo devem priorizar a análise das contratações públicas fundamentadas na MP.

Verifica-se que a norma visa pôr em prática o guia de Recomendações para Transparência de Contratações Emergenciais em Resposta à Covid-19, elaborado em conjunto pelo TCU e a organização não governamental Transparência Internacional-Brasil:

A legislação sobre contratações emergenciais deve também atribuir aos órgãos de controle, explicitamente, a competência para acompanhar todas as fases dos processos administrativos relacionados às contratações com vistas a permitir a sua realização de forma célere e eficiente, garantir a sua transparência, prevenir a corrupção e oferecer maior segurança aos gestores públicos. (TCU e TI, 2020)²¹

O objetivo é que os órgãos de controle promovam a análise quanto à legalidade, legitimidade e economicidade de forma tempestiva, prevenindo ou mitigando riscos inerentes a um processo simplificado de contratação.

8.2 Vigência

O art. 18 da Medida Provisória n.º 1.047/2021 definiu que a norma entrou em vigor na data de sua publicação. Assim, desde o dia 4 de maio de 2021, a MP passou a produzir seus efeitos.

Diferentemente, da Lei n.º 13.979/2020, que tinha prazo de vigência limitado até 31/12/2020, a medida provisória não possui prazo preestabelecido. Desse modo, enquanto durar a situação de emergência de saúde pública, produzirá seus efeitos. No entanto, para isso, é necessário que a medida provisória seja convertida em lei nos termos do art. 62 da Constituição Federal.



Ademais, a duração da emergência de saúde pública é definida por ato do Ministério de Estado da Saúde, conforme parágrafo único do art. 17. Assim, cessada a situação de crise no entendimento do órgão, será emitida uma portaria decretando o fim da emergência e o novo regime emergencial de contratações públicas não será mais aplicável.



Referências

- 1- AMORIM, V. **Inovações procedimentais da modalidade pregão de acordo com a Lei Federal n.º 13.979/2020**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/pregao-e-a-lei-13-979-2020/>. Acesso em: 6 jul. 2020.
- 2- BITTECOURT, S. **Novo pregão eletrônico**: comentários ao novo Decreto n.º 10.024, de 20 de setembro de 2019. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.
- 3- CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- 4- CARVALHO, L. **Curto-circuito**: o vírus e a volta do estado. São Paulo: Todavia, 2020.
- 5- COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión. Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19. **Diario Oficial de la Unión Europea**, Espanha, 01 abr. 2020. p. 1. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN). Acesso em: 11 jun. 2020.
- 6- CONTADORIA E AUDITORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Manual de orientação ao gestor público**. Porto Alegre: Corag, 2018.
- 7- DOTTI, M.; TORRES, R.; VILAC, T. **Manual de licitações e contratações administrativas**. Brasília: AGU, 2014.
- 8-FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby; TEIXEIRA, Paulo Roberto; TORRES, Rony Charles. Covid-19 e o direito brasileiro. Curitiba: Fórum, 2020.
- 9- FORTINI, C.; PICININ, J. **Pagamento antecipado por bens adquiridos pelos órgãos públicos na pandemia**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pagamento-antecipado-por-bens-adquiridos-pelos-orgaos-publicos-na-pandemia-16042020>. Acesso em: 10 maio 2021.
- 10- FURTADO, L. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 3 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- 11- GARCIA, F. **Licitações e contratos administrativos**: casos e polêmicas. São Paulo: Malheiros, 2018.



12- JUSTEN FILHO, M. et al. **Covid-19 e o direito brasileiro**. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.

13- MARX, C. A. Combate à corrupção e aprimoramento da gestão: a dualidade do controle interno no Brasil. Revista da CGU/Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, p. 351-371, 2016.

14- MELLO, C. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

15- NIEBUHR, J. M. **Regime emergencial de contratação pública para o enfrentamento à pandemia de Covid-19**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

16- PEDRA, A.; OLIVEIRA, R.; TORRES, R. **A mística da impossibilidade de pagamento antecipado pela administração pública**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-mistica-da-impossibilidade-de-pagamento-antecipado-pela-administracao-publica/>. Acesso em: 10 maio 2021.

17- SANTOS, F. S. **Contratação pública, competição e desenvolvimento**: análise comparada da contratação pública brasileira e estadunidense. Curitiba: Íthala, 2019.

18- TORRES, R. **Leis de licitações públicas comentadas**. Salvador: Juspodivm, 2018.

19- TORRES, R. **Pesquisa de preços nas contratações públicas em tempos de pandemia**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/pesquisa-de-precos-nas-contratacoes-publicas-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 11 maio 2021.

20- TORRES, R. **Temas relevantes quanto ao objeto em caso de dispensa de licitação para enfrentamento da pandemia da COVID-19**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/temas-relevantes-quanto-ao-objeto-em-caso-de-dispensa-de-licitacao-para-enfrentamento-da-pandemia-covid-19/>. Acesso em: 12 maio 2021.

21- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO; ORGANIZAÇÃO TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL - BRASIL. **Recomendações para transparência de contratações emergenciais em resposta à COVID-19, 2020**. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/86:tibr-recomendacoes-de-contratacoes-emergenciais-covid19?stream=1>. Acessado em: 03.jul.2020.