

Contratações Públicas Emergenciais para combater o coronavírus: dispensa temporária de licitação e pregão especial para enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)

Augusto Nogueira

Advogado da Jacoby Fernandes e Reolon Advogados. Formado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Unyleya e Pós-Graduado em Atividade Processual pela Faculdade Fortium. Possui experiência em licitações e contratos administrativos, advogando, realizando consultoria e ministrando cursos para a Administração Pública e licitantes, além de ser autor de artigos sobre o tema.

Victor Scholze

Advogado e Consultor Jurídico Jacoby Fernandes e Reolon Advogados. Cursa *Master of Business Administration – MBA* em Finanças Corporativas pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). É pós-graduado em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Tem atuação com ênfase empresarial e sólida experiência em licitações e contratos administrativos, tribunais de contas, estruturas societárias, regulação econômica, contencioso administrativo e judicial. Autor de diversos artigos nas searas do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Sumário: 1 Introdução – 2 Apresentação das novas regras – 3 Âmbito de aplicação das novas regras – 4 Dispensa temporária de licitação para enfrentamento da emergência de saúde – 5 Pregão especial para enfrentamento da emergência de saúde – 6 Especificidades sobre contratos decorrentes de dispensa temporária ou pregão especial para enfrentamento da emergência de saúde – 7 Análise de jurisprudência do TCU sobre epidemias anteriores – 8 Conclusão

1 Introdução

É certo que a realização de procedimento licitatório é a regra para as contratações da Administração Pública e visa estimular competitividade e igualdade de condições entre os fornecedores, buscando a seleção da proposta mais adequada aos interesses do órgão ou entidade contratante.¹

Como exceção, devidamente justificada, as contratações públicas poderão ser efetivadas de forma direta, sem licitação, com base nas hipóteses de dispensa previstas no art. 24, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou de

inexigibilidade, nas situações em que a disputa for inviável, com base no art. 25, da citada lei.

Independente da forma utilizada para contratar com os particulares, a Administração deve respeitar os preceitos previamente disciplinados em norma, via de regra, elaborando estudos técnicos sobre a viabilidade da contratação, justificando a necessidade do serviço, bem ou obra, definindo detalhadamente as condições da licitação e do contrato nos instrumentos que compõem as fases interna e externa do procedimento.²

Essa é a métrica das contratações públicas que foi consolidada no tempo, mediante edição de leis e regulamentos, assim como orientação jurisprudencial do Judiciário e do Controle.

Por força dos atuais acontecimentos que assolam o mundo, relacionados ao coronavírus (COVID-19), o Legislativo e o Executivo passaram a editar normas especiais com medidas para o enfrentamento da pandemia, as quais acabaram modificando, provisoriamente, os caminhos tradicionais das contratações públicas relacionadas à saúde.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a pandemia teve início na China, em dezembro de 2019, sendo propagada desde

¹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 jun. 1993: [...] Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

² Termo de referência ou projeto básico e instrumento convocatório, estimando os preços dos objetos pretendidos, verificando a disponibilidade orçamentária para cobrir a contratação, emitindo parecer jurídico, publicando o edital, aguardando o prazo legal para abertura do certame, realizando a sessão pública e efetivando o contrato, com a devida publicação.

então para todo o mundo.³ Antes mesmo da confirmação de contágio no Brasil, foi promulgada a Lei⁴ nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, trazendo medidas para o enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII).

Entre as medidas inicialmente publicadas, com reflexo nas contratações públicas, foi dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da ESPII, enquanto perdurar a emergência.⁵

O Brasil registrou o primeiro caso⁶ de COVID-19 em 25.02.2020, fato que demonstrou a necessidade de aprimoramento das medidas tomadas até então pelo Governo. Aproximadamente um mês após a confirmação do vírus no país, foi publicada a Medida Provisória⁷ nº 926, de 20 de março de 2020, alterando a Lei nº 13.979/2020 e detalhando os procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da ESPII.

Cerca de dois meses após do primeiro caso de COVID-19 identificado no Brasil, foi publicada a Medida Provisória⁸ nº 951, de 14 de abril de 2020, ampliando os procedimentos a serem utilizados para o enfrentamento da pandemia, permitindo a utilização do Sistema de Registro de Preços (SRP)

nas dispensas fundamentadas com base na Lei nº 13.979/2020.

Entre as inovações elencadas na Lei nº 13.979/2020, o presente trabalho se desenvolverá com o foco nos temas ligados à dispensa temporária de licitação e no pregão especial para enfrentamento da emergência de saúde, com destaque para novas funcionalidades do Portal de Compras do Governo Federal (Comprasnet).

Abordar-se-á também análise de jurisprudência do TCU sobre epidemias anteriores como as causadas pelo *Aedes Aegypti* (Dengue, Febres Amarela, Zika e Chikungunya), e possíveis semelhanças e diferenças em relação à pandemia do coronavírus.

2 Apresentação das novas regras

Com as alterações das medidas provisórias, as contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da ESPII, passaram a seguir as seguintes regras:

- a) o Sistema de Registro de Preços (SRP) poderá ser utilizado nos processos de dispensa de licitação, quando mais de um órgão ou entidade possuir interesse em comprar ou contratar serviços destinados ao enfrentamento da pandemia;⁹
- b) a empresa declarada inidônea ou suspensa de contratar com o Poder Público pode ser contratada, desde que seja comprovado que é a única fornecedora do objeto pretendido;¹⁰

³ Disponível em: <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>.

⁴ BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7. fev. 1993.

⁵ Lei nº 13.979/2016: [...] Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. [o presente texto foi alterado com a publicação da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020]. §1º A dispensa de licitação a que se refere o *caput* deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

⁶ Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-1-resultado-positivo-para-coronavirus-mas-ainda-falta-teste-para-confirmar-diagnostico,70003210088>.

⁷ Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 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. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20. mar. 2020.

⁸ Medida Provisória nº 951, de 15 de abril de 2020. Estabelece normas sobre compras públicas, sanções em matéria de licitação e certificação digital e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15. abr. 2020 – Edição extra.

⁹ Lei nº 13.979/2016: [...] Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. [...] §4º Na hipótese de dispensa de licitação de que trata o *caput*, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, o sistema de registro de preços, de que trata o inciso II do *caput* do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderá ser utilizado. §5º Na hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal sobre registro de preços. §6º O órgão ou entidade gerenciador da compra estabelecerá prazo, contado da data de divulgação da intenção de registro de preço, entre dois e quatro dias úteis, para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços nos termos do disposto no §4º e no §5º.

¹⁰ Lei nº 13.979/2016: [...] Art. 4 [...]§3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.

- c) a aquisição de bens e a contratação de serviços não se restringem a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas condições de uso e funcionamento do bem adquirido;¹¹
- d) na dispensa de licitação fica presumida a emergência, a necessidade de pronto atendimento e a existência de risco a segurança de pessoa, bens, serviços ou obras;¹²
- e) não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns necessários ao enfrentamento da epidemia;¹³
- f) o gerenciamento de riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato;¹⁴
- g) será admitida a apresentação de termo de referência ou de projeto básico simplificado;¹⁵
- h) poderá ser dispensada a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação;¹⁶
- i) nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, os prazos

dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade;¹⁷

- j) os contratos por ela regidos terão prazo de duração de até 6 (seis) meses, podendo ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade;¹⁸ e
- k) os contratados ficarão obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto, em até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato.¹⁹

3 Âmbito de aplicação das novas regras

Por se tratar de norma geral de licitações e contratos públicos, a Lei nº 13.979/2020 será aplicável a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme dispõe o art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal.²⁰

As Empresas Estatais também estão permitidas de utilizar os procedimentos do novo regimento, objetivando o enfrentamento da ESPII, vez que a própria Constituição Federal, no dispositivo acima citado, engloba as entidades pertencentes à Administração indireta, ao tratar da competência da União legislar sobre normas gerais de licitação.

4 Dispensa temporária de licitação para enfrentamento da emergência de saúde

Objetivando a proteção da coletividade, com contratação mais célere e eficiente de demandas necessárias, o Governo criou possibilidade

¹¹ Lei nº 13.979/2016: [...] Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o *caput* do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido.

¹² Lei nº 13.979/2016: [...] Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: I - ocorrência de situação de emergência; II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

¹³ Lei nº 13.979/2016: [...] Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns.

¹⁴ Lei nº 13.979/2016: [...] Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato.

¹⁵ Lei nº 13.979/2016: [...] Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

¹⁶ Lei nº 13.979/2016: [...] Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 7º da Constituição.

¹⁷ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade.

¹⁸ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.

¹⁹ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988: [...] Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;

específica de dispensa de licitação, passando a permitir a não realização de procedimento licitatório para obtenção de objetos destinados ao enfrentamento da ESPII, com características distintas das contratações normalmente empregadas pelo Poder Público.

4.1 Objeto de utilização da dispensa temporária

Frisa-se que a utilização da dispensa de licitação prevista na Lei nº 13.979/2020 não é aplicável a toda as contratações públicas, somente sendo permitida para as aquisições de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública. Não se aplica, portanto, a obras.

4.2 Temporalidade da dispensa temporária

O uso dessa nova forma de contratação não tem caráter definitivo, ou seja, é temporária e apenas poderá ser utilizada enquanto durar no país a emergência de saúde, decorrente do coronavírus.²¹

4.3 Análise comparativa entre dispensa temporária e dispensa emergencial

Fazendo um paralelo entre a dispensa temporária de licitação para enfrentamento da ESPII e a dispensa emergencial prevista na Lei de Licitações,²² percebem-se diferenças relevantes entre os institutos.

4.3.1 Caracterização da urgência

A dispensa emergencial prevista na Lei Geral de Licitações e Contratos²³ e na Lei das Estatais²⁴

exige do gestor público a apresentação de justificativa no processo administrativo referente à contratação, com a demonstração da urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, além de limitar sua aplicabilidade apenas pelo tempo necessário ao atendimento da emergência e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

O TCU geralmente exige dos órgãos e entidades que nos seus processos de contratação emergencial constem o termo de referência ou projeto básico,²⁵ mesmo que de forma sucinta,²⁶ com caracterização da situação emergencial e a comprovação de que é a via adequada para eliminar o risco de dano ou de comprometimento da segurança²⁷ e a justificativa dos preços a serem praticados.²⁸

do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1º jul. 2016: [...] Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: [...] XV - em situações de emergência, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto no §2º;

²⁵ TCU - Acórdão nº 614/2010-Plenário: [...] determinar ao DNIT que, mesmo em obras emergenciais, providencie projeto básico com todos os elementos do art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, em obediência ao art. 7º, §2º, inciso II, e 9º, da Lei nº 8.666/1993, sob pena de anulação dos contratos com base no §6º do mesmo artigo, ressaltando, para o caso de obras emergenciais de baixa complexidade executiva, em caráter excepcional, a possibilidade de substituição do projeto básico por planilha estimativa, desde que esta se encontre devidamente fundamentada em relatório técnico.

²⁶ TCU - Acórdão nº 943/2011-Plenário: [...] Na dispensa de licitação amparada no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 podem ser utilizados projetos básicos que não contemplem todos os elementos previstos no art. 6º, inc. IX da mesma norma, sendo que a contratação direta deve estar restrita somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados.

²⁷ TCU - Acórdão nº 1.162/2014-Plenário: A caracterização de situação emergencial, que autoriza o procedimento de dispensa de licitação, deve estar demonstrada no respectivo processo administrativo, evidenciando que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

²⁸ TCU - Acórdão nº 2.019/2010-Plenário, TC-008.804/2009-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 11.08.2010: Em casos de dispensa de licitação... há a necessidade de se fazer consignar nos autos do respectivo processo elementos que demonstrem a compatibilidade dos preços contratados com aqueles vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os que constam em sistemas de registro de preços, bem como que foi consultado o maior número possível de fornecedores ou executantes.

²¹ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º [...] §1º A dispensa de licitação a que se refere o *caput* deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

²² Lei nº 8.666/1993 art. 24, inc. IV; e Lei nº 13.303/2016, art. 2, inc. XV.

²³ Lei nº 8.666/1993: [...] Art. 24. É dispensável a licitação: [...] IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados,

De forma distinta, o art. 4º-B da Lei nº 13.979/2020, visando simplificar os procedimentos administrativos e tornar mais ágil a contratação para o enfrentamento do coronavírus, disciplinou que na utilização da dispensa temporária de licitação estarão presumidas a ocorrência de situação de emergência, a necessidade de pronto atendimento da situação e a existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.²⁹

Dessa forma, não será exigida do gestor público a inclusão de tais informações nos processos administrativos, tampouco poderá partir dos órgãos de controle recomendações contrárias ao que dispõe a legislação especial.

4.3.2 Termo de referência ou projeto básico simplificado

Outro ponto que merece destaque, mesmo que em uma primeira análise pareça não existir divergência de procedimento entre a dispensa temporária e a dispensa emergencial, está relacionado ao detalhamento das regras que conduzirão a contratação.

Importante evidenciar o art. 4º-E, da nova lei,³⁰ permite a apresentação de termo de referência ou de projeto básico simplificado nas contratações para combater a emergência de saúde. O TCU já possuía jurisprudência no sentido de admitir esses instrumentos, em forma simplificada, para situações excepcionais.³¹

²⁹ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: I - ocorrência de situação de emergência; II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

³⁰ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, 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 a que se refere o *caput* conterá: I - declaração do objeto; II - fundamentação simplificada da contratação; III - descrição resumida da solução apresentada; IV - requisitos da contratação; V - critérios de medição e pagamento; VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: a) Portal de Compras do Governo Federal; b) pesquisa publicada em mídia especializada; c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; d) contratações similares de outros entes públicos; ou e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e VII - adequação orçamentária.

³¹ TCU - Acórdão nº 943/2011-Plenário, TC-007.965/2008-1, rel. Min. Valmir Campelo, 13.04.2011: “[...] em certas situações devidamente justificadas, também pode ser permitida a simpli-

4.3.3 Compatibilidade com os preços de mercado

Observa-se que no processo da dispensa temporária, destinada ao enfrentamento da ESPIL, não será preciso constar a estimativa de preços, sendo permitida, até mesmo, a contratação por valores superiores decorrentes de oscilações do mercado mediante justificativa.³²

De outro lado, nas contratações emergenciais realizadas com base na Lei nº 8.666/1993, tal prática não é aceita pelo TCU,³³ que entende ser primordial constar nos autos os elementos que demonstrem a compatibilidade dos preços contratados com aqueles vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente.³⁴

Necessário ressaltar que a possibilidade de contratar preços acima de mercado na dispensa temporária serve unicamente para atender a necessidades de extrema urgência e essencialidade. Não pode ser utilizada como subterfúgio para contratações eivadas de superfaturamento, que poderia ser evitado com um mínimo de diligência.

Atente-se ainda que, nessa análise, deverá ser observado o atual preço de mercado dos bens e serviços, evitando-se comparação com preços anteriores à situação de crise. Já existe exemplo vivenciado atualmente sobre o preço de máscaras hospitalares e equipamentos de proteção individual (EPIs), que passaram de centavos para reais.

ficção do projeto básico”, pois “não seria razoável exigir a presença de todos os elementos que definem um projeto básico elaborado em situações normais, podendo, portanto, existir casos em que alguns de seus aspectos possam não ser atendidos”.

³² Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-E [...] §2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do *caput*. §3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do *caput* não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.

³³ TCU - Acórdão nº 2.019/2010-Plenário, TC-008.804/2009-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 11.08.2010: Em casos de dispensa de licitação... há a necessidade de se fazer consignar nos autos do respectivo processo elementos que demonstrem a compatibilidade dos preços contratados com aqueles vigentes no mercado ou com os fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os que constam em sistemas de registro de preços, bem como que foi consultado o maior número possível de fornecedores ou executantes.

³⁴ TCU - Acórdão nº 2.436/2006 Segunda Câmara: [...] Analisando os processos, constatamos que, de fato, trata-se de situações emergenciais, porém isso não isenta a Administração de realizar a prévia pesquisa de preços de mercado. Entendemos que a busca do interesse público e a da continuidade administrativa não podem esconder-se sob o biombo da falta de transparência e da subjetividade, pois se maculam os princípios da moralidade e da motivação dos atos administrativos.

Lembrando-se sempre que eventual prática de preço injustificadamente exorbitante ou abusivo, em descompasso com a curva de oferta e demanda, deve ser prontamente combatida.

4.3.4 Da permissão de utilização do SRP

Com as alterações oriundas da Medida Provisória nº 951/2020, a Lei nº 13.979/2020 passou a permitir a aplicação do SRP na dispensa temporária.

Para perceber os benefícios trazidos pela citada medida provisória, importante entender como funciona o SRP.

O registro de preços é um método de contratação previsto no art.³⁵ 15, inciso II da Lei nº 8.666/1993, que possibilita a realização de licitação com base em procedimentos diferenciados.

Inicialmente, a Lei nº 8.666/1993 apenas permitia a utilização do SRP através da modalidade de licitação denominada Concorrência.³⁶ Com o advento da Lei³⁷ nº 10.520, de 17 de julho de 2002, a sistemática também passou a ser utilizada por meio do Pregão. Os procedimentos para licitar através do SRP, na esfera federal, estão previstos no Decreto³⁸ nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013.

Com base nos citados normativos, percebe-se que na utilização do SRP:

- a) é permitida a licitação sem a indicação da dotação orçamentária – que somente será exigida para a formalização da contratação;³⁹

b) é possível que diversos órgãos e entidades que pretendam licitar o mesmo objeto, se reúnam em um único procedimento, obtendo descontos consideráveis devido ao ganho na economia de escala;⁴⁰

c) a contratação é facultativa, ficando a critério da Administração o melhor momento para acionar o fornecedor ou, até mesmo, não acioná-lo;⁴¹

d) é possível que outros órgãos e entidades que não tenham participado da licitação contratem com a vencedora da licitação – detentora da Ata de Registro de Preços.⁴²

Visando intensificar o enfrentamento da ESPIL, a Lei nº 13.979/2020 foi alterada para ampliar as possibilidades de utilização do SRP, tornando possível, também, que a Administração Pública usufrua os benefícios da sistemática nos processos de dispensa temporária.

Em caso de inexistência de normativo estatal ou municipal sobre o registro de preços, os órgãos e entidades observarão os ditames do decreto federal para aplicar a dispensa por SRP.⁴³

tipo menor preço, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, ou na modalidade de pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, e será precedida de ampla pesquisa de mercado. [...] §2º Na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil.

⁴⁰ Decreto nº 7.892/2013: [...] Art. 4º Fica instituído o procedimento de Intenção de Registro de Preços - IRP, a ser operacionalizado por módulo do Sistema de Administração e Serviços Gerais - SIASG, que deverá ser utilizado pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, para registro e divulgação dos itens a serem licitados e para a realização dos atos previstos nos incisos II e V do *caput* do art. 5º e dos atos previstos no inciso II e *caput* do art. 6º.

⁴¹ Lei nº 8.666/1993: [...] Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...] §4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

⁴² Decreto nº 7.892/2013: [...] Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

⁴³ Lei nº 13.979/2016: [...] Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. [...] §4º Na hipótese de dispensa de licitação de que trata o *caput*, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, o sistema de registro de preços, de que trata o inciso II do *caput* do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderá ser utilizado. §5º Na hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal sobre registro de preços.

A possibilidade de utilização do SRP para atender contratações emergenciais, relacionadas com a emergência pública de saúde causada pelo coronavírus, além de ampliar selecionar previamente fornecedores com condições de atender as necessidades da Administração Pública, pode servir como parâmetro básico para delimitar o preço dos produtos registrados no período de vigência da ata, servindo assim para evitar contratações com valores exorbitantes no contexto de exponencial crescimento da curva de oferta e demanda.

4.3.5 Atenção para viabilidade de licitação

Observa-se que a Lei nº 13.979/2020, ao disciplinar sobre as contratações para o enfrentamento da pandemia, não excluiu a realização de procedimento licitatório. O *caput*⁴⁴ do art. 4º da citada norma é claro ao dispor que a licitação será dispensável. O termo dispensável remete à faculdade, permitindo a Administração licitar ou contratar diretamente para obter os objetos essenciais ao combate da emergência, utilizando a forma que entender conveniente ao atendimento da necessidade pública.⁴⁵

O art. 4º-G da Lei nº 13.979/2020⁴⁶ reforça o entendimento de que a licitação é viável e disciplina os procedimentos diferenciados a serem aplicados na modalidade pregão, caso o objeto licitado seja para o enfrentamento da ESPIL. Constata-se que, com base no novel normativo, a contratação com particulares poderá ser

efetivada através de contratação direta – dispensa temporária – e licitação na modalidade pregão – pregão especial.⁴⁷

A urgência na aquisição e a disponibilidade do objeto pretendido pela Administração serão fatores relevantes para conduzir o gestor público na escolha da forma de contratação para o enfrentamento do ESPIL.

Caso não exista tempo suficiente para a realização de procedimento licitatório, a contratação deverá ser fundamentada pela dispensa temporária, por ser a forma mais célere de atender os anseios da Administração e da sociedade.

Havendo tempo e condições para a realização de licitação, considera-se pertinente a realização do pregão, vez que amplia a participação de interessados e faz com que o preço possa ser reduzido durante a disputa.

5 Pregão especial para enfrentamento da emergência de saúde

Notoriamente, o Pregão é a modalidade licitatória mais utilizada nas contratações públicas. Até o mês de junho de 2019, o Portal de Compras do Governo Federal registrou aproximadamente seis mil licitações por meio de pregão, na esfera federativa da União.⁴⁸

A Lei⁴⁹ nº 10.520, de 17 de julho de 2002 e o Decreto Federal⁵⁰ nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, disciplinam as regras do pregão para a aquisição de bens e contratação de serviços comuns, inclusive os de engenharia.

Os normativos que tratam sobre o pregão, trazem as regras a serem observadas pela

⁴⁴ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

⁴⁵ Nos casos de licitação dispensável, embora possível a competição, não é obrigatória a utilização de qualquer uma das modalidades licitatórias previstas nos comandos legais. Enumera a Lei nº 8.666/1993 todas as hipóteses em que a licitação é considerada dispensável, conforme disposto no art. 24, incisos I a XXIV. A lista proposta é exaustiva, não podendo ser ampliada pelo aplicador da norma (*Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 590).

⁴⁶ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, 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 dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo.

⁴⁷ Outros nomes utilizados pela doutrina: Pregão *Express*, Pregão Excepcional ou Pregão Emergencial.

⁴⁸ Portal de Compras do Governo Federal – Painel de Compras Governo Federal. Disponível em: <http://paineldecopras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=paineldecopras.qvw&lang=en-US&host=QVS%40srvsaiasprd04&anonymous=true>. Acesso em: 08 ago. 2019.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, 18 jul. 2002, retificado em 30 jul. 2002.

⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, 23 set. 2019.

Administração nas fases interna e externa do certame, estando entre elas: a elaboração de estudo técnico preliminar e do termo de referência, definição dos prazos para a abertura da licitação, os locais de publicação do instrumento convocatório, os prazos para impugnação e pedido de esclarecimento do edital, os procedimentos da sessão pública e os prazos recursais, entre outros.

Com a publicação da Lei nº 13.979/2020 e alterações advindas da Medida Provisória nº 926/2020, diversos procedimentos foram flexibilizados, visando tornar a realização do pregão mais célere no período de crise. Surge, assim, uma forma especial de pregão, com regras distintas das aplicáveis ao pregão tradicional.

Entre as alterações, podem ser destacadas a dispensa da elaboração de estudos preliminares,⁵¹ a simplificação do termo de referência,⁵² a redução dos prazos dos procedimentos licitatórios pela metade⁵³ e a dispensa da apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação.⁵⁴

⁵¹ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns.

⁵² Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, 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 a que se refere o *caput* conterá: I - declaração do objeto; II - fundamentação simplificada da contratação; III - descrição resumida da solução apresentada; IV - requisitos da contratação; V - critérios de medição e pagamento; VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: a) Portal de Compras do Governo Federal; b) pesquisa publicada em mídia especializada; c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; d) contratações similares de outros entes públicos; ou e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e VII - adequação orçamentária.

⁵³ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade.

⁵⁴ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 7º da Constituição.

5.1 Estudo técnico preliminar no pregão especial

No pregão especial, foi expressamente dispensada a utilização de estudo técnico preliminar,⁵⁵ como medida para conferir celeridade na realização do procedimento.

Salienta-se que no Novo Decreto do Pregão Eletrônico – Decreto⁵⁶ nº 10.024/2019 – já havia previsão relativizando essa etapa, com disposição no sentido de que apenas seria pertinente realizar estudo técnico preliminar quando necessário.⁵⁷

A jurisprudência TCU, anterior ao cenário de crise, era no sentido de exigir esse estudo nos pregões tradicionais, por entender ser essencial ao detalhamento do objeto licitado.⁵⁸ Certamente futuras interpretações da Corte de Contas haverão de estar compatíveis com a legislação especial.

Além disso, efetuar estudo preliminar detalhado se afigura incompatível com o cenário de extrema urgência e imprevisibilidade, causados pela pandemia, e a conseqüente dificuldade de prever ou planejar minuciosamente contratações públicas no momento.

5.2 Prazos e procedimentos no pregão especial

A nova legislação estabeleceu prazos e procedimentos específicos para o pregão especial, que já se encontram instrumentalizados no Portal

⁵⁵ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

⁵⁶ Decreto nº 10.024/2019: [...] Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, consideram-se: [...] IV – Estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação e que dá base ao termo de referência, que somente é elaborado se a contratação for considerada viável.

⁵⁷ Decreto nº 10.024/2019: [...] Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo: I - estudo técnico preliminar, quando necessário;

⁵⁸ TCU: Acórdão nº 310/2013-Plenário: [...] SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CAUTELAR. OITIVA. AUDIÊNCIA. DIRECIONAMENTO A PRODUTOS DE DETERMINADO FABRICANTE. AUSÊNCIA DE ESTUDOS PRÉVIOS COMPROBATÓRIOS DA NECESSIDADE DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS. CANCELAMENTO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS APÓS A ATUAÇÃO DESTA CORTE. REVOGAÇÃO DA CAUTELAR. MULTA. DETERMINAÇÕES. - As especificações técnicas dos objetos a serem adquiridos devem decorrer de necessidades identificadas em estudos prévios ao certame licitatório. - Do processo administrativo para aquisição de bens e serviços deve constar os estudos e levantamentos que fundamentaram a fixação das especificações técnicas.

de Compras Governamentais do Governo Federal (Comprasnet).⁵⁹

Visando à compreensão do tema e compilando as principais informações apresentadas pelo Governo Federal, passa-se a demonstrar através de tabela explicativa os prazos do pregão tradicional e do especial:

PROCEDIMENTOS	PRAZOS DO PREGÃO TRADICIONAL (Decreto nº 10.024/2019)	PRAZOS DO PREGÃO ESPECIAL (Lei nº 13.979/2020)
Prazos para elaboração da proposta e apresentação de documentos de habilitação	8 dias úteis	4 dias úteis
Impugnações e Esclarecimentos	3 dias úteis antes da abertura	1 dia útil antes da abertura
Respostas aos esclarecimentos e impugnações	2 dias úteis	1 dia útil
Prazos internos da disputa (da abertura do item ao seu encerramento antes do julgamento)	2, 5, 10 ou 15 minutos a depender do caso	Mantidos os prazos originais
Prazo para Razões do Recurso e contrarrazões	3 dias úteis	1 dia útil
Prazo para intenção de recurso	20 minutos	10 minutos
Suspensão da sessão pública para diligências	Mínimo de 24 horas	Mínimo de 12 horas
Prazo para novo lance de desempate ME/EPP	5 minutos	Mantido o prazo original
Prazo para ME/EPP regularizar habilitação (Art. 43, §1º da Lei Complementar 123/2006)	5 dias úteis + 5 dias úteis	2 dias úteis + 2 dias úteis
Encaminhamento de Proposta Final e Documentação Complementar de Proposta ou Habilitação	Mínimo de 2 horas	Mínimo de 1 hora

⁵⁹ Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1275-novas-funcionalidades-no-compras-net-para-apoiar-no-combate-ao-covid-19>. Acesso em 31 mar. 2020.

Foi estipulado ainda que, nessa modalidade específica de pregão, os recursos terão apenas efeito devolutivo⁶⁰ e não é necessária audiência pública para contratações de elevado montante.⁶¹

A redução de prazos e otimização de procedimentos está em conformidade com os desígnios de eficiência e celeridade, absolutamente necessários para que as medidas de combate ao coronavírus tenham a maior eficácia possível, com o condão de criar soluções ou ainda mitigar prejuízos decorrentes do cenário.

5.3 Requisitos de habilitação no pregão especial

No pregão especial, foi criada ainda possibilidade excepcional de se mitigar condições de habilitação sobre regularidade fiscal e trabalhista, ou ainda algum outro requisito específico,⁶² desde que atendidos os seguintes pressupostos concomitantes:

- cenário em que haja restrição de fornecedores ou prestadores de serviço;
- justificativa fundamentada;
- prova de regularidade perante a seguridade social; e
- vedação a trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

⁶⁰ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade. [...] §2º Os recursos dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo.

⁶¹ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade. [...] §§3º Fica dispensada a realização de audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as licitações de que trata o *caput*. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020).

⁶² Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 7º da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020).

Em complemento, a Receita Federal editou Portaria⁶³ prorrogando por 90 (noventa) dias o prazo de validade das Certidões Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CND) e Certidões Positivas com Efeitos de Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CPEND).

Importante evidenciar que o afastamento de requisitos de habilitação deve ser considerado como medida absolutamente excepcional, a ser utilizada de maneira gradativa e apenas em último caso, quando se apresentar como única solução.

Em nossa avaliação, deve-se verificar um mínimo de habilitação, com objetivo de reduzir o risco de insucesso na contratação, tendo em vista que a inexecução no atual cenário crítico possivelmente teria efeitos catastróficos e irremediáveis.

Deve-se atentar ainda que todos os fornecedores ou prestadores de serviços, em alguma medida, passam por dificuldades para executar suas atividades, seja por escassez de material ou de pessoal, decorrentes das medidas de restrição social.

Dessa forma, existe grande probabilidade de que somente empresas bem estruturadas, com liquidez e fluxo de caixa disponível para enfrentar as turbulências que impactam na sua atividade, tenham condições de atender satisfatoriamente as necessidades da Administração nos tempos de calamidade e enfrentamento da emergência.

6 Especificidades sobre contratos decorrentes de dispensa temporária ou pregão especial para enfrentamento da emergência de saúde

Ao se analisar os dispositivos da Lei nº 13.979/2020 que tratam especificamente sobre os contratos originários da dispensa temporária ou do pregão especial, verificam-se inovações importantes sobre gerenciamento de riscos, duração dos contratos, limites de acréscimos ou supressões do objeto contratado, além da permissão de contratação de empresa anteriormente penalizada com impedimento licitar ou contratar com a Administração Pública.

⁶³ Portaria Conjunta nº 555, de 23 de março de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-555-de-23-de-marco-de-2020-249439539>.

6.1 Gerenciamento de riscos

Em relação ao gerenciamento de riscos, a norma dispõe que somente será exigível durante a gestão do contrato.⁶⁴

Entende-se como adequada a previsão, na medida em que não é possível fazer análise ou gerenciamento de riscos em cenário de incerteza e imprevisibilidade, conexões e desconexões simultâneas nas conjunturas globais de saúde e economia, efeitos disruptivos em todas as cadeias de produção.

De outro lado, não se pode simplesmente abandonar a ferramenta de gerenciamento de riscos, porquanto se trata de medida essencial para processos de eficiência, otimização e maximização de resultados. Dessa maneira, a matriz de riscos poderá ser formatada a partir de dados concretos verificados na fase de execução contratual e o gerenciamento feito ao longo do caminho.

6.2 Prazo de vigência dos contratos

Sobre a duração dos contratos, como regra, a Lei Geral de Licitações estipula que ficam adstritos à vigência dos respectivos créditos orçamentários, ou seja, por 12 (doze) meses, em respeito ao princípio da anualidade.

Existe a possibilidade de os serviços contínuos serem prorrogados por até 60 (sessenta) meses.⁶⁵ A Lei das Estatais dispõe que os contratos dessas entidades, em regra, serão de 5 (cinco) anos.⁶⁶

Já nos contratos procedentes da Lei nº 13.979/2020, ficou estipulado que terão duração de até 6 (seis) meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto existir a necessidade de enfrentamento da ESPII.⁶⁷

⁶⁴ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato.

⁶⁵ Lei nº 8.666/1993: [...] Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

⁶⁶ Lei nº 13.303/2016: [...] Art. 71. A duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto: I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista; II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio. Parágrafo único. É vedado o contrato por prazo indeterminado.

⁶⁷ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar

Tratando-se de contratações temporárias, para situação excepcional e urgente, é coerente, por silogismo lógico, que o prazo de duração das contratações seja equivalente à necessidade de combate à emergência de saúde pública.

6.3 Limites para acréscimos e supressões

A respeito dos acréscimos ou supressões dos contratos administrativos, tanto a Lei nº 8.666/1993⁶⁸ quanto a Lei nº 13.303/2016⁶⁹ trazem iguais limites para sua efetivação, estipulando em até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato nos casos de obras, serviços ou compras, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para acréscimos.

Os contratos gerados de dispensa temporária ou pregão especial, para enfrentamento de emergência de saúde pública, em observância da Lei nº 13.979/2020, poderão ser acrescidos ou suprimidos em até 50% (cinquenta por cento) por cento do valor inicial atualizado do contrato.⁷⁰

A ampliação dos limites para acréscimos e supressões nos referidos contratos serve para equalizar as necessidades supervenientes de alterações, diante das situações de elevadas urgência e imprevisibilidade, que se apresentam tanto do comento da contratação, quanto podem surgir em instantes no decorrer da execução.

a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.

⁶⁸ Lei nº 8.666/1993 [...] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] §1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou 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.

⁶⁹ Lei nº 13.303/2016: [...] Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos: [...] §1º O contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou 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.

⁷⁰ Lei nº 13.979/2020: [...] Art. 4º-I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.

Nada obstante, deve existir algum tipo de limite, definindo as margens de negociação, para evitar que uma contratação pública seja totalmente desnaturada ou desvirtuada, causando insustentável insegurança jurídica.

6.4 Possibilidade de contratação de empresa sancionada

Sobre a contratação de empresa sancionada por órgãos ou entidades, a Lei Geral de Licitações e Contratos traz dispositivos que expressamente vedam tal prática, não permitindo que a empresa firme contrato ou participe de licitações realizadas pela ou Administração Pública,⁷¹ dependendo do tipo de sanção aplicada e do órgão penalizador.⁷²

No mesmo sentido, a Lei Geral do Pregão⁷³ e a Lei das Estatais⁷⁴ também trazem vedações de contratação aos sancionados. A Lei nº 8.666/1993 inclusive tipifica como crime a contratação de empresas declaradas inidôneas.⁷⁵

⁷¹ Lei nº 8.666/1993 [...] Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

⁷² Lei nº 8.666/1993 [...] Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

⁷³ Lei nº 10.520/2002: [...] Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

⁷⁴ Lei nº 13.303/2016: [...] Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

⁷⁵ Lei nº 8.666/1993 [...] Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Apesar disso, excepcionalmente, com a publicação da Lei nº 13.979/2020, as empresas proibidas de contratar com o Poder Público por força de sanção, poderão voltar a firmar contratos com os órgãos e entidades da Administração Pública, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.

Há reconhecimento na disposição que o atendimento da emergência de saúde pública deve se sobrepor ao dever de repressão por infração cometida. A dimensão da crise pela qual passamos, demanda a ampliação máxima das possibilidades de atendimento das prementes necessidades coletivas.

7 Análise de jurisprudência do TCU sobre epidemias anteriores

Importante analisar posições anteriores do TCU, no exercício do mister de fiscalização, sobre casos similares de outras epidemias, com objetivo de auxiliar em possíveis caminhos a serem tomados ou evitados.

No país, podem ser citados os surtos de Dengue, Febre Amarela, Zika e Chikungunya causados pelo mosquito *Aedes Aegypti*.

Em 2015, houve um aumento significativo da incidência de casos de neonatos com perímetros cefálicos inferiores ao esperado – microcefalia, em recém-nascidos da região Nordeste do Brasil, causados pelo vírus da Zika.

Para combater a epidemia, o Ministério da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional⁷⁶ e a OMS, por força do avanço do vírus em outros países, decretou estado de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional.

Ainda em 2015, o Ministério da Saúde anunciou o Plano Nacional de Enfrentamento à Microcefalia com medidas emergenciais para intensificar as ações de combate ao *Aedes Aegypti*, visando à mobilização e combate ao mosquito, o atendimento às pessoas, bem como o desenvolvimento tecnológico, educacional e de pesquisa sobre o tema, para o adequado controle e contenção de riscos à saúde pública.

Em 2016, foi promulgada a Lei nº 13.301,⁷⁷ de 27 de junho de 2016, dispendo sobre as medidas de vigilância quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da Dengue, Chikungunya e Zika. Na época, as principais medidas foram:

- a) instituição, em âmbito nacional, do dia de sábado como destinado a atividades de limpeza nos imóveis, com identificação e eliminação de focos de mosquitos vetores, com ampla mobilização da comunidade;
- b) realização de campanhas educativas e de orientação à população, em especial às mulheres em idade fértil e gestantes, divulgadas em todos os meios de comunicação, incluindo programas radiofônicos estatais;
- c) realização de visitas ampla e antecipadamente comunicadas a todos os imóveis públicos e particulares, ainda que com posse precária, para eliminação do mosquito e de seus criadouros, em área identificada como potencial possuidora de focos de transmissão; e
- d) ingresso forçado em imóveis públicos e particulares, no caso de situação de abandono, ausência ou recusa de pessoa que possa permitir o acesso de agente público, regularmente designado e identificado, quando se mostre essencial para a contenção das doenças.

O TCU, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento das ações de combate ao *Aedes Aegypti* e às doenças por ele transmitidas, entendeu necessário examinar o tratamento dispensado pelo Ministério da Saúde para combater o mosquito.

A Corte de Contas, por meio do Acórdão nº 1.073/2017-Plenário, em fiscalização posterior, identificou⁷⁸ irregularidades como:

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016. Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus *chikungunya* e do vírus da *zika*; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28. jun. 2016.

⁷⁸ TCU - Acórdão nº 1.073/2017-Plenário.

- a) ausência de monitoramento da execução financeira dos recursos transferidos a estados e municípios a serem empregados em ações de combate ao mosquito;
- b) falha na capacitação dos agentes responsáveis pelo combate da endemia;
- c) irregularidades na gestão dos insumos encaminhados aos entes federados para aplicação nas ações de combate ao *Aedes Aegypti*;
- d) ausência de regulamentação do Programa Nacional de apoio ao Combate às Doenças Transmitidas pelo *Aedes*, infringindo o art. 10 da Lei nº 13.301/2016.⁷⁹

Posteriormente, por meio do Acórdão nº 2.607/2018-Plenário, analisando atos praticados pelo Ministério da Saúde em pregão eletrônico para registro de preços de reagentes para diagnósticos clínicos de Dengue, Zika e Chikungunya, com comodato de equipamentos, o TCU entendeu pela ocorrência das seguintes irregularidades:

- a) o órgão iniciou o certame sem que houvesse definição de orçamento estimativo detalhado, não elaborou estudos técnicos;
- b) não justificou a adjudicação por menor preço global;
- c) e realizou possível favorecimento de empresa em função da inclusão de especificação praticamente idêntica à do equipamento distribuído exclusivamente por ela.⁸⁰

Observando a atuação do TCU, em fiscalização posterior a momentos de crise ou emergências de saúde pública, verifica-se que a Corte possui tendência a seguir com sua tradicional atuação repressiva, sem observar precisamente todos os aspectos que envolvem emergências de saúde, principalmente a necessidade que os gestores públicos possuem de tomar medidas sob elevada pressão e extrema urgência.

Acontece que a pandemia do coronavírus não se compara a outras epidemias anteriores

enfrentadas no mundo ou no Brasil no presente século, tanto em aspectos de saúde quanto de economia.

Em termos de saúde, já se faz referência às catástrofes mais graves da humanidade, como Peste Negra e Gripe Espanhola. Em termos econômicos, especialistas já apontam que a atual crise supera a crise do “*subprime*” de 2008 e pode se equiparar à crise da Bolsa de Nova Iorque de 1929.

Sob a ótica jurídica, a legislação especial recentemente editada traz uma série de especificidades e flexibilizações diferentes da forma tradicional da Administração Pública se relacionar, como dispensa temporária de licitação, caracterização absoluta de urgência e emergência, permissão para ausência de estudos técnicos preliminares, termo de referência ou de projeto básico simplificado, mitigação de condições de habilitação, além de regras especiais para contratos decorrentes.

Diante dessa conjuntura de certa forma inédita, extraordinária e de urgência extrema, eventuais equívocos ou excessos dos gestores públicos na condução das contratações para enfrentar o coronavírus, deverão necessariamente ser sopesados em fiscalizações futuras, considerando que estão na linha de frente do combate, tomando decisões em tempo real, com dificuldades de estrutura e logística, recursos escassos e enorme pressão.

Nessa linha, terá ainda maior densidade a aplicação do art. 22 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Regulamento)

§1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

⁷⁹ Lei nº 13.301/2016 [...] Art. 10. Em até trinta dias da publicação desta Lei, o Ministério da Saúde regulamentará os critérios e procedimentos para aprovação de projetos do Pronaedes, obedecidos os seguintes critérios: I - priorização das áreas de maior incidência das doenças causadas pelo vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika; II - redução das desigualdades regionais; III - priorização dos Municípios com menor montante de recursos próprios disponíveis para vigilância em saúde; IV - priorização da prevenção à doença.

⁸⁰ TCU - Acórdão nº 2.607/2018-Plenário.

§3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.⁸¹

Não há espaço para uma Administração Pública regida por medo do Controle, no cenário em que são imperativos, nos gestores que trabalham contra a pandemia, atributos como coragem, determinação, resiliência e firmeza. A atuação de fiscalização posterior da Corte de Contas, no caso do coronavírus, deverá ser pautada essencialmente por razoabilidade, proporcionalidade, solidariedade e caráter didático-pedagógico.

8 Conclusão

Foi visto que o Legislativo e o Executivo pátrios tentaram criar mecanismos imediatos, nas contratações públicas, na tentativa de combater a epidemia do coronavírus.

As principais medidas são a dispensa temporária de licitação, possibilidade de utilização do SRP e o pregão especial, que trazem uma série de procedimentos específicos, com otimização do regimento legal, para as contratações destinadas ao enfrentamento da emergência de saúde.

A legislação especial recentemente editada traz uma série de especificidades e flexibilizações diferentes da forma tradicional da Administração Pública se relacionar, como dispensa temporária de licitação, caracterização absoluta de urgência e emergência, permissão para ausência de estudos técnicos preliminares, termo de referência ou de projeto básico simplificado, mitigação de condições de habilitação, além de regras especiais para contratos decorrentes.

A urgência na aquisição e a disponibilidade do objeto pretendido serão os fatores determinantes para a escolha da Administração Pública na melhor forma de contratação, se por meio de dispensa ou realização de licitação.

Tem-se que a criação de regras especiais, a otimização de procedimentos e redução de prazos está em conformidade com os propósitos de eficiência e celeridade, atualmente imperativos para que as medidas de combate ao coronavírus tenham a maior eficácia possível, com capacidade de criar soluções ou reduzir prejuízos.

Medidas de planejamento, como estudo preliminar detalhado e gerenciamento prévio de riscos, precisam ser afastadas diante do cenário de extrema urgência e imprevisibilidade, causados pela pandemia, e a consequente dificuldade de prever ou planejar minuciosamente contratações públicas no momento.

Há de se considerar a gravidade das incertezas do momento, diante de conexões e desconexões simultâneas nas conjunturas globais de saúde e economia, efeitos disruptivos em todas as cadeias de produção e restrições de convívio social.

Apesar das situações de elevadas urgência e imprevisibilidade que se apresentam tanto na oportunidade da contratação, quanto podem surgir em instantes no decorrer da execução, devem existir parâmetros mínimos para balizar os contratos, como termo de referência ou projeto básico simplificado, definição de limites ampliados para acréscimos e supressões, gerenciamento de riscos na fase de execução do contrato e vigência dos contratos enquanto durar a necessidade de enfrentamento da pandemia.

Essas balizas evitam que uma contratação pública seja totalmente desnaturada ou desvirtuada, causando insustentável insegurança jurídica. Há a necessidade de se tentar equalizar urgência e segurança, sempre buscando, tanto quanto possível, o ponto de equilíbrio entre eficiência e legalidade.

Por isso que algumas medidas como afastamento de condições de habilitação e possibilidade de contratar empresa sancionada devem ser entendidas de maneira absolutamente excepcional, a serem utilizadas de maneira gradativa e apenas em último caso, quando se apresentar como única solução.

Existe maior probabilidade de que somente empresas bem estruturadas, com liquidez e fluxo de caixa disponível para enfrentar as turbulências que impactam na atividade, tenham condições de

⁸¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 set. 1942: [...] Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. §1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

atender satisfatoriamente as necessidades da Administração nos tempos de calamidade e enfrentamento da emergência.

Necessário destacar ainda que a possibilidade, também excepcional, de contratar preços acima de mercado, serve unicamente para atender a necessidades de extrema urgência e essencialidade. Não pode ser utilizada como subterfúgio para contratações evitadas de superfaturamento, que poderia ser evitado com um mínimo de diligência.

De outro lado, atente-se que a pandemia do coronavírus não se compara a outras epidemias anteriores enfrentadas no mundo ou no Brasil no presente século, tanto em aspectos de saúde quanto de economia.

Em vista desse cenário extraordinário, imprevisível e de extrema urgência, eventuais equívocos dos que estão na linha de frente do enfrentamento da emergência de saúde, em posterior fiscalização

de Corte de Contas, devem ser necessariamente analisados sob as óticas de razoabilidade, proporcionalidade e caráter didático-pedagógico.

Para superar o momento hodierno de grave crise interna e globalizada, será preciso união, consensualidade e solidariedade de todos os segmentos da sociedade, essencialmente, de todos os cidadãos brasileiros e, em maior escala, dos cidadãos de todos os países, uma união universal da humanidade.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NOGUEIRA, Augusto; SCHOLZE, Victor. Contratações Públicas Emergenciais para combater o coronavírus: dispensa temporária de licitação e pregão especial para enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 17-31, maio 2020.
