

A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS NA ÁREA DA
SAÚDE – REFLEXOS DO COVID-19

RIBEIRO & DAMASCENO
Sociedade de Advogados

A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA ÁREA DA SAÚDE – REFLEXOS DO COVID-19

Adelson Barbosa Damasceno. Mestrando em Direito Público pela Universidade FUMEC. Pós graduação em Direito Público pela PUC-Minas e em Direito Eleitoral pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro. Advogado no Escritório Ribeiro e Damasceno Sociedade de Advogados e na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.



1. INTRODUÇÃO

Vivemos, nos últimos dias, uma das mais graves crises da nossa história.

A situação brasileira vem se arrastando, do ponto de vista econômico, desde o ano de 2015, com o desaquecimento da economia e com a escalada no déficit das contas públicas da União, Estados e também dos Municípios.

Para salvar a economia vieram medidas amargas como o teto de gastos da Emenda Constitucional 95, Regime de Recuperação Fiscal e a Reforma da Previdência mas, nem tudo isso foi capaz de frear o que se iniciou em 2020.

2020 se iniciou com uma projeção pessimista de crescimento do PIB em apenas 0,2%, cotação do dólar batendo o maior índice da história e, em seguida, chega uma pandemia onde, mais do que nunca, toda a sociedade passa a depender mais e mais do Estado, ou seja, aumento das despesas públicas.

O reflexo econômico da pandemia não se limita aos Estados e à União, que deverão assumir a responsabilidade financeira de operacional para o tratamento dos infectados, já que se enquadram no conceito de alta ou média complexidade, haverá reflexo econômico e financeiro também na situação dos Municípios.

O receio da doença fez com que muitas pessoas se lançassem a uma busca desenfreada por equipamentos de proteção e de higiene, tais como máscaras e álcool em gel.

Esses insumos são essenciais em qualquer unidade básica de saúde, pronto atendimento, hospital, ambulatórios e demais estabelecidos de saúde mantidos pelos Municípios.

Mas o que fazer o gestor de saúde ao se deparar com um aumento de 300, 400 ou 500% em um insumo? O que fazer quando mesmo licitações e contrato vigente, o fornecedor não cumprir com os prazos e obrigações pactuadas? O fornecedor não tiver o produto para entregar? O fornecedor exigir a liquidação antecipada para o fornecimento?

Assim, diante das situações concretas que certamente surgirão, tem o presente estudo a finalidade auxiliar os gestores e responsáveis pelos departamentos de compras nessa decisão difícil.

Trata-se de um momento difícil porque qualquer iniciativa, mesmo que voltada ao atendimento de uma necessidade pública, pode ser passível de questionamentos por parte dos órgãos de controle, especialmente Tribunais de Contas e Ministério Público, daí a necessidade de que as decisões sejam tomadas de forma segura pelo gestor.

2. O QUE FAZER QUANDO HÁ AUMENTO NO PREÇO DE INSUMOS?

Ao examinar a Teoria da Imprevisão e revisão do contrato, José dos Santos Carvalho Filho faz os seguintes apontamentos:

"O fundamento da teoria da imprevisão é o princípio da cláusula rebus sic stantibus, segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual foi o pacto ajustado. Mudadas profundamente tais condições, rompe-se o equilíbrio contratual, e não se pode imputar qualquer culpa à parte inadimplente" (FILHO, 2017, p 163)

E continua o autor:

O efeito da teoria da imprevisão calca-se em duas vertentes. Se a parte prejudicada não puder cumprir, de nenhum modo, as obrigações contratuais, dar-se-á a rescisão sem atribuição de culpa. Se o cumprimento for possível, mas acarretar ônus para a parte, terá esta direito à revisão do preço para restaurar o equilíbrio rompido. Já se observou, oportunamente, que o direito brasileiro não contemplou objetivamente o instituto, podendo-se apontar o art. 55, II, b, da antiga lei licitatória, que admitia o ajuste bilateral para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial, como tímido fundamento para seu reconhecimento.¹⁰² O argumento persiste, porque essa previsão é repetida no art. 65, II, d, do vigente Estatuto. (FILHO, 2017, p 163)

Assim, a teoria da imprevisão tem sua matriz fincada nos problemas de ordem econômica que sejam capazes de afetar momentaneamente a execução do contrato. Situações como guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda e, porque não, pandemias, são situações que podem ensejar a invocação dessa regra que encontra-se prevista no art. 65, II da Lei 8.666/93.

Há ainda uma segunda hipótese capaz de permitir a repactuação dos contratos administrativos mas que, nesse caso, o desequilíbrio é causado pelo próprio Estado, o chamado fato do príncipe.

Marçal Justen Filho (2018) assim situa o fato do príncipe:

"esse fato oriundo da Administração Pública não se preordena diretamente ao particular contratado. Ao contrário, tem cunho de generalidade, embora reflexamente incida sobre o contrato, ocasionando oneração excessiva ao particular independentemente da vontade deste. [...] O efeito da aplicação da teoria do fato do príncipe, à semelhança do que ocorre com a teoria da imprevisão, comporta duas hipóteses. A primeira é aquela em que o ato estatal dificulta e onera o particular para o cumprimento de suas obrigações; nesse caso, terá o particular o direito à revisão do preço para ensejar a restauração do equilíbrio contratual. Outra hipótese é aquela em que o fato impede definitivamente o particular de adimplir as obrigações. Impossibilitado de fazê-lo por motivo a que não deu causa, não pode ser por isso prejudicado, de modo que fará jus à indenização integral. Observe-se que, nesta segunda hipótese, a solução adotada difere da que se aplica na teoria da imprevisão, como vimos anteriormente. (FILHO, 2018, p. 164)

Dessa forma o primeiro grande desafio é entender se o caso concreto se refere à teoria da imprevisão – o que permite a aplicação do art. 65, II da Lei 8.666/93 – ou, diferentemente se trata de fato do príncipe, cuja solução a ser adotada pela Administração será outra, vejamos:

2.1. Teoria da Imprevisão:

Identificável na hipótese de sobrevir fato imprevisível ou, se previsível, de consequências incalculáveis e suficientes para impedir ou retardar a execução do que foi ajustado, concretiza no atraso insuportável que decorreria exclusivamente do fato, como consequência da ruína do particular ou lesão aos cofres públicos, inviabilizando a manutenção da relação negocial, diferentemente da mera redução do ritmo da execução contratual.

Durante a execução do contrato administrativo pode ocorrer determinados eventos capazes de afetar o equilíbrio econômico ajustado entre a Administração Pública e o particular.

Nesses casos, uma vez presentes os requisitos legais, deve a equação econômico-financeira ser reequilibrada, sob pena de haver enriquecimento ilícito por parte de um dos contratantes.

Com efeito, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro representa atendimento do interesse público primário:

“A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar à própria Administração. Se os particulares tivessem de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmos quando inoportunos, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou onerosos posterior.” (FILHO, 2018. p 747/748).

Ainda segundo, FILHO (2018), a Administração somente deve arcar com os custos provenientes de eventos não esperados que aumente os encargos do particular e não, conforme citado acima, em razão de uma proposta com custos de infortúnios que sequer vão acontecer, in verbis:

Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública. (FILHO, 2018, p 748).

Os ensinamentos acima destinam-se tanto ao particular quanto à própria Administração, já que o instituto do reequilíbrio visa, na verdade, o interesse público.

Assim, tanto pode o reequilíbrio promover uma recomposição dos custos do particular, onerando, por consequência, a avença outrora aviada, como pode, em favor da Administração, promover a redução do valor do contrato.

Tais infortúnios são tratados pela Lei nº 8.666/93 como causa legitimadora das alterações contratuais bilaterais. É o que se depreende da leitura do art. 65, inciso II, alínea “d”, veja-se:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I – omissis

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Em suma: o fato superveniente deve ser (i) imprevisível; (ii) não decorrente de culpa do particular contratante; (iii) desestabilizador da equação econômico-financeira da avença que, por sua vez, deve (iv) ser de longa duração ou, trazer efeitos imediatos severos que impeçam o cumprimento dessa obrigação, ainda que por curto espaço de tempo.

O que vemos nos últimos dias são aumentos substanciais, em alguns casos superiores a 500%, para produtos e insumos essenciais na área da saúde cujas causas podem estar atreladas à desvalorização do real, escassez do produto no mercado ou, ainda, a própria intenção do particular/contratado em promover um aumento injustificado nos preços.

Na última hipótese tem-se que, sendo o aumento causado por iniciativa do particular e sem qualquer tipo de fator externo, não há direito ao reequilíbrio da relação contratual.

Nas duas hipóteses acima, diferentemente, estamos diante da típica incidência da teoria da imprevisão, o que obriga a Administração, nesses casos, a promover a devida e justa recomposição dos preços pagos ao contratado.

A dúvida é, como justificar perante os órgãos de controle, especialmente Ministério Público, um reequilíbrio contratual tão exorbitante em favor do particular?

O primeiro ponto é a necessidade que o fornecedor encaminhe para a Administração o pedido de reequilíbrio de comprove, através de documentos fiscais de compra desses produtos, o aumento do seu custo e ainda apresente as eventuais razões de mercado ou econômicas que levaram a esse aumento de custos.

O segundo passo é a Administração fazer uma consulta dentro dos bancos de dados oficiais como Comprasnet, bancos de preços dos Tribunais de Contas e, claro, contratos, atos e termos aditivos publicados por outros órgãos da região para que, com isso, se tenham as condições mínimas para a realização do aditamento que irá deferir o reequilíbrio de preços.

Há ainda a necessidade de verificar as condições orçamentárias (art. 14, Lei 8.666/93) as quais está atrelado o contrato uma vez que, acaso o saldo orçamentário seja insuficiente, deverá ser realizada a sua suplementação através de Decreto (caso haja margem na Lei Orçamentária Anual) ou, através de Projeto de Lei no caso essa margem já tenha exaurido.

Portanto, verificado que a situação que promoveu o desequilíbrio contratual decorre de situações de natureza econômica e das quais a Administração, ainda que de forma genérica, não tenha dado causa, tem-se a ocorrência da teoria da imprevisão e o direito ao reequilíbrio da relação contratual na forma ao art. 65, II da Lei 8.666/93.

2.2. Fato do príncipe:

O Fato do príncipe, conforme visto, decorre de uma determinação do Poder Público, ainda que geral e não direcionada diretamente ao contratado, mas que, de alguma forma, crie embaraços à plena execução do contrato, tornando-o excessivamente oneroso ou até mesmo impossível de ser cumprido.

Com a crise do coronavírus, a Organização Mundial de Saúde e o Ministério da Saúde têm adotado uma política de distanciamento social com o objetivo de impedir o colapso do sistema de saúde.

Seguindo essas mesmas orientações os Estados e uma grande parte dos Municípios impuseram ao comércio e às empresas a adoção de turnos de trabalho ou até mesmo a suspensão de suas atividades.

É cediço que em alguns casos isso implica em sérias dificuldades para que o particular, que nesse caso não se refere a oscilações do mercado, se veja impossibilidade de cumprir ou de manter as condições previamente pactuadas.

Vimos, há poucos dias, decisões por parte de alguns prefeitos no sentido de promover o fechamento das entradas dos Municípios, dessa forma, por exemplo, como um fornecedor que tenha sede nessa cidade poderia promover a entrega dos produtos?

Ainda que de maneira equivocada, a Lei 8.666/93 trouxe no art. 65, II, d, a possibilidade de reequilíbrio decorrente do fato do príncipe, todavia, não trouxe qualquer hipótese de eximir a responsabilidade do contratado quando esse, por determinação geral do poder público, ficar inviabilizado de cumprir integralmente as cláusulas contratuais.

Nesse caso a Lei 8.666/93 é taxativa nos artigos 77 e 78 ao prever que a penalidade pela inexecução contratual é a rescisão, acompanhada da multa e demais sanções previstas no contrato administrativo isso porque, mesmo a hipótese do inciso XVII do art. 78 trata-se exclusivamente do caso fortuito e força maior, excluindo o fato do príncipe.

Nesse caso compete ao contratado demonstrar, de forma documentada, os impedimentos que foram lançados sob seu ramo de atividade e que inviabilizaram o cumprimento das obrigações pactuadas.

Daí surge o primeiro grande problema a ser equacionado e que poderá, a depender da natureza do contrato e de sua relevância nesse momento de crise, levar à responsabilização do agente.

Todavia, somente diante da situação concreta e das dificuldades enfrentadas no momento é que uma decisão entre não aplicar as sanções contratuais ou a aplicação deve ser avaliada e, para isso, necessária a comprovação, por parte do contratado, da impossibilidade ou do atraso no cumprimento das obrigações contratuais.

Comprovada a impossibilidade, ante a ocorrência do fato do príncipe, cabe ao gestor, com base no princípio da razoabilidade e proporcionalidade, promover a rescisão contratual sem a imposição das sanções previstas na Lei e no contrato todavia, deverá fazê-la de maneira bem fundamentada, sob pena de depois, em sede de controle, ser responsabilizado por não adotar uma motivação razoável afastar, a teor do art. 28 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

2.3. Força Maior

Os casos de força maior, por sua vez, já se encontram dentro das previsões contidas na Lei 8.666/93 isso porque o art. 78, XVII que comprovada a ocorrência de caso fortuito ou força maior que impeça a execução do contrato, a Administração poderá rescindi-lo unilateralmente.

Prevê ainda que nesses casos o contratado terá os seguintes direitos, todos previstos no art. 79, § 2º, quais sejam: (i) devolução de garantia; (ii) pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e (iii) pagamento do custo da desmobilização.

No entanto, importante aqui entender o que caracterizaria a “Força Maior” apta a ensejar a rescisão unilateral dos contratos administrativos.

O caso fortuito, também previsto na Lei de Licitações e na doutrina administrativista e civil, decorre de intempéries da natureza, como fortes chuvas, alagamentos, desmoronamentos e outros aqueles não causados pela ação humana.

Já a força maior se dá a partir da vontade humana, intencional ou não, e tem como exemplo clássico a greve.

No entanto, em momentos como os atuais, existem grandes dificuldades na aquisição de produtos devido a uma procura não era esperada, como é o caso dos equipamentos de proteção individual tais como máscaras e luvas e álcool em gel.

A situação de calamidade na saúde causada pela pandemia e que fez com a população mundial procurasse, ao mesmo tempo, esses produtos que são essenciais na área da saúde, não decorrem da teoria da imprevisão, do fato do príncipe e tão pouco do caso fortuito, portanto, outra forma de enquadrá-lo senão na hipótese de força maior.

Ora, se a Administração possui uma ata de registro de preços para fornecimento desse tipo de material e não dispondo mais o fornecedor desse produto para entrega já que este atestou sua ausência no mercado, mesmo que por um preço acima do contratado, tem-se, por conclusão lógica, a ocorrência da força maior.

Assim, será permitido à Administração proceder à rescisão unilateral do contrato e, no caso das atas de registro de preços, dos preços registrados para aquele item o que irá lhe permitir tentar sanar essa necessidade perante outros fornecedores que possuam condições de lhe atender.

Todavia, não custa reforçar que nessa hipótese deverá ser observada a necessidade de que essa situação de força maior seja comprovada pelo contratado.

Se, por exemplo, uma empresa é fornecedora de equipamentos de proteção individual para o Município mas, esta não os encontra no mercado, deverá reportar essa situação para a Administração e comprovar, através de pedidos negados, respostas, notícias e tudo mais que tiver ao seu alcance a sua impossibilidade de promover a execução do objeto contratado.

Essa necessidade de comprovar se destina à preservação dos direitos do contratado e, especialmente do gestor isso porque, ao determinar a rescisão unilateral de um contrato destinado ao fornecimento de EPI's, ele necessita comprovar a total impossibilidade de sua manutenção já que será necessária nova licitação ou uma dispensa emergencial para adquirir esse produto junto a outro fornecedor que, eventualmente, poderá cobrar um valor acima do anteriormente contratado.

A justificativa, nessa hipótese, tem por finalidade impedir que pare sobre a decisão do gestor qualquer questionamento acerca de um desvio de finalidade, superfaturamento ou favorecimento a outro fornecedor.

3. COMO SUBSTITUIR OS CONTRATOS RESCINDIDOS?

Vamos lá! Agora que sabemos como e a forma de rescisão dos contratos administrativos em decorrência da pandemia, nos resta saber como promover as contratações para suprir as urgências relacionadas a ela.

Nisso é importante destacar que a Lei 13.979/2020, que traz as medidas de enfrentamento à COVID-19, insere uma nova hipótese de dispensa emergencial além daquelas já previstas no art. 24 da Lei 8.666/93.

Todavia, é muito importante que sejam observadas as diferenças relativas às duas formas de contratação emergencial, isso porque existem diferenças procedimentais e temporais a serem levadas em consideração.

3.1. Dispensa Emergencial da Lei 8.666/93

O art. 24, em seu inciso IV, traz a possibilidade de que a Administração, em casos de calamidade pública, possa deixar de realizar o processo licitatório já que, nesse caso, haveriam riscos para a segurança de bens ou pessoas, vejamos a redação desse inciso:

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;

Essa modalidade de dispensa de licitação determina a observância de alguns requisitos sendo o primeiro dele a existência de uma situação de calamidade instalada.

Nesse sentido, considerando a transmissão comunitária do novo coronavírus em todo o território, bem como a existência de Decretos reconhecendo o estado de calamidade em praticamente todos os Estados da Federação, impossível e pueril qualquer questionamento posterior que venha a duvidar do cumprimento desse requisito.

Há de se convir ainda que a declaração de calamidade no âmbito Estadual tende, naturalmente, a suprir a necessidade de edição de decreto local para seu reconhecimento, razão pela qual pode-se entender que resta redundante que um Município inserido em um Estado que já reconheceu a calamidade tenha que também fazê-lo.

Outro ponto que merece especial destaque diz respeito à limitação de prazo, ou seja, da dispensa emergencial do art. 24, IV da Lei 8.666/93 poderão advir contratos que não devem ultrapassar 180 (cento e oitenta) dias.

Assim, uma contratação emergencial para aquisição de EPI's não poderá exceder 180 dias.

Existem, ainda, outros requisitos a serem observados nessa modalidade clássica de dispensa emergencial, os quais se encontram no parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/93:

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
I – caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
II – razão da escolha do fornecedor ou executante;
III – justificativa do preço.
IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Portanto, ainda que célere, tem-se que essa modalidade de dispensa emergencial é dotada de uma série de burocracias e de uma limitação temporal que poderá ocasionar, ao final dos 180 dias de sua vigência, o desatendimento às necessidades da Administração acaso ainda prevaleçam as limitações causadas pela pandemia.

3.2. Dispensa emergencial da Lei 13.979/2020

O art. 4º da Lei 13.979/2020 traz a hipótese de dispensa emergencial.

No entanto devemos perceber que trata-se de dispensa destinada exclusivamente ao enfrentamento do coronavírus. Outras situações e necessidades urgentes da Administração local deverão ser contratadas através de dispensa emergencial do art. 24, IV da Lei 8.666/93.

Assim, dispõe o art. 4º da Lei 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, 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.

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

§ 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.

Assim, o primeiro requisito para essa contratação excepcional é que ela seja necessária e urgente ao combate do coronavírus. Assim, obras emergenciais para ampliação de espaços de atendimento, construções de hospitais de campanha, aquisição de respiradores, testes de laboratório, equipamentos de proteção individual e outros ligados direta ou indiretamente ao enfrentamento da pandemia poderão ser adquiridos por essa modalidade de dispensa.

Ao contrário da dispensa do art. 24, IV da Lei 8.666/93, aqui temos a possibilidade de que os contratos dela advindos possam vigorar enquanto perdurar a situação de emergência, e não apenas pelo prazo rígido de 180 dias. Isso porque o art. 4º - H dispõe que os contratos terão duração de 6 meses podendo ser prorrogados por períodos sucessivos enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da situação de emergência.

Aqui não se fala na ratificação conforme determina do art. 26 da Lei 8.666/93 mas, em publicação imediata, de acordo com a Lei de Acesso à informação, do nome do contratado, número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, prazo contratual, o valor e do respectivo processo de contratação ou aquisição.

Além disso, prevê a possibilidade de contratação de empresas ou pessoas declaradas inidôneas ou impedidas de participar de licitação desde que sejam fornecedores ou prestadores exclusivos daquele produto ou serviço.

Dessa forma, afasta-se, de maneira temporária, a incidência do tipo penal do art. 97 da Lei 8.666/93 mas aqui há de se fazer uma observação relevante.

A primeira é que cessada a situação emergencial, não há, pelo menos até então, o restabelecimento automático a idoneidade do contratado, bem como não se deverá prorrogar o contrato.

Importante ainda esclarecer que a Lei não possibilita a contratação daquelas pessoas que são impedidas de participar da licitação, as quais estão elencadas no art. 9º da Lei 8.666/93.

Há, todavia, um ponto de insegurança nesse dispositivo que reside justamente no fornecedor exclusivo. Isso porque mesmo que um fornecedor não seja exclusivo, pode ser que outros manifestem seu desinteresse em contratar com a Administração e, nesse caso, lhe restaria apenas aquele impedido de contratar com a Administração.

Evidentemente que se espera o mínimo de sensibilidade dos órgãos de controle ao fazerem a revisão e a fiscalização desses contratos mas, cabe nessas hipóteses a mesma recomendação: a comprovação de que outros fornecedores se recusaram expressamente a contratar com a Administração.

Também o art. 4º-A da Lei 13.979/2020 permite a aquisição até mesmo de produtos usados, como por exemplo equipamentos para UTI, ambulâncias e outros necessários ao enfrentamento da situação de calamidade ocasionada pelo coronavírus. Todavia, nesse caso o fornecedor deverá se responsabilizar pelo produto.

Isso também se apresenta como razoável isso porque, diante da situação em que há uma intensa procura por produtos junto aos fabricantes que, por sua vez, encontram-se também com dificuldades de produção devido às medidas de distanciamento social e as determinações de suspensão de atividades pelo próprio Poder Público, justo que se permita recorrer a produtos usados desde que garantidos pelo fornecedor.

Por outro lado, isso gera uma dificuldade que está na precificação desse produto.

Se por um lado há um parâmetro de preços para a aquisição de um respirador novo, não há parâmetros para um usado. Daí tem-se, por exemplo, uma alternativa minimamente segura que é estipular, como critério de preços, aqueles arbitrados pelo patrimônio da própria Administração pela sua Comissão de Patrimônio, explica-se:

A Administração Pública possui seu patrimônio, formado pelos valores, direitos, bens móveis e imóveis, todos esses avaliados através de um balanço patrimonial cuja previsão decorre dos artigos 95, 96 e 106, § 3º da Lei 4.320/64 além de terminações locais expedidas pelas respectivas Constituições Estaduais, Leis Orgânicas Municipais e Normativas dos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais.

Além disso, talvez seja possível recorrer até mesmo a anúncios e sites especializados devendo e, por ser o objetivo da Lei o atendimento a uma situação e que é emergencial e imediata, tem-se que na maioria das vezes será impossível ao gestor proceder com todas as cautelas necessárias à aquisição pela melhor proposta, sujeitando-se assim às regras do próprio mercado, sob pena de apegar-se demais à burocracia e permitir que coloquem em risco a segurança das pessoas.

Já o art. 4º - B traz as seguintes condições para essa dispensa:

Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - ocorrência de situação de emergência; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

No art. 4º - C se dispensa a realização de estudos preliminares quando se tratar de bens ou serviços comuns que, nesse caso, são aqueles que podem ser adquiridos através de pregão, ou seja, aqueles usualmente encontrados no mercado.

O art. 4º - D permite a elaboração de projetos básicos e termos de referência simplificados obedecendo os seguintes moldes:

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. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterá: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - declaração do objeto; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

II - fundamentação simplificada da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

III - descrição resumida da solução apresentada; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

IV - requisitos da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

V - critérios de medição e pagamento; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

a) Portal de Compras do Governo Federal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

b) pesquisa publicada em mídia especializada; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

d) contratações similares de outros entes públicos; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VII - adequação orçamentária. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 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. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Aqui, além das diferenças em relação ao termo de referência e projeto básico, distingue-se da dispensa do art. 24, IV o fato de que, excepcionalmente, é dispensada até mesmo a própria estimativa de preços.

Todavia, por prudência, deve-se sempre analisar essa exceção com toda a cautela e devendo apenas ser invocada em situações em que a urgência impede a adoção dessa providência, o que não é difícil ocorrer se acaso os desdobramentos da crise venham a atingir patamares extremos, assim como a própria possibilidade de adquirir bens ou serviços acima dos preços estimados previamente.

Outra novidade interessante é a do art. 4º - F que permite que a Administração contrate fornecedores ou prestadores de serviço que não possuam comprovação da regularidade fiscal, trabalhista ou outro critério de habilitação mas que deverão apresentar comprovação da regularidade previdenciária e declaração de que não emprega menores nas condições descritas no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição.

Essa exceção, diga-se de passagem, limita-se apenas à contratação dos serviços e produtos necessários ao enfrentamento da situação de emergência relacionada ao coronavírus, para os demais casos, mantem-se as regras dos artigos 27, 28 e 29 da Lei 8.666/93, ou seja, prova da regularidade fiscal, trabalhista, previdenciárias, FGTS, atestados de capacidade técnica e regularidade jurídica.

Portanto, de forma inegável a modalidade de dispensa de licitação da Lei 13.979/2020 é mais interessante e adaptada para atender as necessidades da Administração nos momentos de enfrentamento da pandemia.

Cabe aqui uma velha e sempre útil dica que é a o cuidado para não se misturar modalidades distintas de licitação, bem como o fato de que a criação de modalidades de licitação é competência privativa da União.

Assim, todo cuidado é pouco e não deve o gestor utilizar uma dispensa emergencial híbrida formada a partir do art. 24, IV da Lei 8.666/93 com a Lei 13.979/2020 isso porque poderá violar flagrantemente o art. 22, § 8º da Lei 8.666/93.

3.3. Novidades no Pregão

A Lei 13.979/2020 também trouxe reflexos significativos para a modalidade pregão, desde que destinada a aquisição de bens e serviços necessários ao enfrentamento da situação de calamidade decorrente do coronavírus, conforme disposto no art. 4º - G.

Importante nesse caso que o preâmbulo do edital de licitação contenha previsão de que a licitação se regula pela Lei 10.520/2002 e pelas disposições da Lei 13.979/2020 e, ainda, que tanto o termo de referência simplificado quando o objeto façam remissão expressa ao enfrentamento da situação emergencial sob pena de, depois, lhe ser questionado o descumprimento de prazos e outros detalhes que constem expressamente da Lei do Pregão.

O primeiro reflexo dessa Lei diz respeito à diminuição dos prazos estabelecidos no pregão pela metade.

Assim, o prazo de publicação do edital de pregão poderá ser de 4 (quatro) anteriores à data da sessão presencial ou eletrônica, conforme determina o art. 4º, V da Lei 10.520/2002 cumulada com art. 4º-G da Lei 13.979/2020.

No prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões e contrarrazões em recursos, previsto no art. 4º, XVIII da Lei 10.520/2002, haverá o arredondamento para o primeiro número inteiro antecedente, ou seja, o prazo para apresentação de razões e contrarrazões nessas hipóteses será de apenas 1 (um) dia.

Outro ponto importante é que os recursos, nessa modalidade, terão apenas efeito devolutivo ou seja, não suspenderão as etapas subsequentes do contrato tais como a homologação do resultado e adjudicação do objeto.

Por fim, os contratados deverão aceitar acréscimos e decréscimos nos quantitativos de até 50% (cinquenta por cento) mantidas as mesmas condições previamente pactuadas (art. 4º - I), diferentemente dos 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 65, § 1º da Lei 8.666/93)

4. QUITAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS

Em situações normais de mercado e a depender do objeto contratual e da forma de execução, já é difícil encontrar empresas interessadas em contratar com o Poder Público, seja pela burocracia, os riscos decorrentes do relacionamento com a Administração e a complexidade dos contratos ou, até mesmo porque empresas que não possuam um bom fluxo de caixa têm dificuldades de suportar os atrasos nos pagamentos por bens ou serviços.

A situação vivenciada no momento é ainda mais complexa porque existem variantes do próprio mercado que colocam em risco a sobrevivência das empresas, algumas que já vinham amargando uma situação de penúria desde antes da pandemia.

Além disso, tende a haver uma desconfiança em relação à liquidação das obrigações assumidas pela Administração isso porque, dada a imprevisibilidade e a impossibilidade de calcular os efeitos da pandemia nas contas públicas, difícil afirmar que esta terá, no prazo pactuado, condições de remunerar o contratado.

Assim, acaso ocorra a recusa do fornecedor ou prestador em cumprir o contrato sem que lhe seja realizado o pagamento prévio e essa recusa colocar em risco o interesse público, poderá o gestor, em situações absolutamente excepcionais, autorizar a liquidação antecipada do contrato, conforme já decidiu o TCU no Nº 3614/2013 Plenário.

5. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

Para FILHO (2017) “requisição é a modalidade de intervenção estatal através da qual o Estado utiliza bens móveis, imóveis e serviços particulares em situação de perigo público iminente”.

Ao determinar que a propriedade deve cumprir sua função social (art. 5º, XXIII e o art. 170, III, da Constituição Federal), inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de que, em situações de manifesto risco ao interesse público, a Administração requisitar e utilizar a propriedade privada mediante posterior e justa remuneração.

Assim dispõe o art. 5º, XXV, da CF: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Nisso, a requisição administrativa não se limita apenas a bens imóveis mas, também bens móveis e qualquer outro equipamento ou até mesmo produtos necessários ao atendimento de uma situação emergencial.

Evidente que o diálogo e o consenso são os meios mais adequados para que a Administração possa atender aos interesses da sociedade, todavia, em situações graves em que esse consenso não é possível ou, que a urgência impede aguardar os trâmites burocráticos e negociais, essa poderá lançar mão do instituto da requisição administrativa.

Por se tratar de medida extrema de interferência na propriedade privada, deve ser a última opção do gestor.

6. DAS CONCLUSÕES

A Administração Pública e as pessoas que com ela se relacionam deverão se preparar para momentos difíceis, tanto durante o combate à pandemia quando ao final, ocasião em que irão se acentuar os desentendimentos agravados pela crise econômica.

O presente material, embora singelo e cuja pretensão não tenha sido aprofundar demasiadamente no tema, é uma diretriz e um caminho possível de ser seguido em tempos difíceis.

A recalcitrância em reconhecer a importância da prática democrática – que se materializa com as escolhas políticas daqueles que são os legítimos representantes do povo – levou à criação de um Direito Administrativo e de uma regulação dos contratos administrativos que partem do pressuposto de que as relações negociais da Administração são, em sua origem, evitadas de subjetividades e de má-fé. Lamentável!

Hoje, em cenário de profunda crise e de um risco eminente para toda a sociedade, independentemente de sua condição econômica, mesmo aqueles mais empolgados ao punitivismo na esfera da Administração, vê no Poder Público a única maneira de fazer superar esse momento de dificuldade da humanidade.

O distanciamento social, dificilmente cumprido por aqueles que dependem de trabalhar diariamente para seu sustento, coloca em risco a vida daquele que, no conforto de sua casa, pode aguardar as coisas se acertarem, ou seja, estão todos no mesmo barco.

E justamente nessa hora foi necessária a edição, às pressas, de uma Lei que permitisse que a Administração Pública pudesse dar a necessária celeridade aos seus processos de compras e contratações o que demonstra, de forma incontroversa, que o sistema atual, vigente há quase 100 anos, é ineficiente, fato que já teve a oportunidade denunciar em outras oportunidades.

Surge, ao final, uma pequena esperança de que, passadas as dificuldades e os traumas da pandemia, possamos repensar a importância democrática, a função assessoria do Direito Administrativo para atingimento dos interesses concretos da sociedade e não sua natureza punitivista.

Há esperança e, para esse momento de emergência, fica registrada a importância de Leis como a 13.655/2018 (atualização na LINDB) e a Lei 13.979/2020 que traz medidas para as contratações para combater a emergência do coronavírus.

Fica aqui uma última recomendação, especialmente no que tange às contratações públicas: a necessidade de verificação das Medidas Provisórias que eventualmente possam ser editadas no decorrer da pandemia e que podem, em curto espaço de tempo, deixar alguns pontos desse estudo ultrapassado.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Lei Nº 4.320 de 17 de março de 1964.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm Acesso em 07/04/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 13/12/2019.

BRASIL. **Lei Nº 8.666 de 21 de junho de 1993.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 12/12/2019

BRASIL. **Lei Nº 10.520/2020 de 17 de julho de 2020;** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm Acesso em 09/04/2020

BRASIL, **Lei Nº 12.527 de 18 de novembro de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm Acesso em 09/04/2020.

BRASIL. **Lei Nº 13.655 de 25 de abril de 2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 12/12/2019

BRASIL. **Lei Nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm Acesso em 09/04/2020.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** 31ª edição, Editora Atlas. 2017

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos,** 13ª ed. 2018

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 9ª ed. Editora Saraiva. SP. 2004

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo.** 7ª Edição. Editora Malheiros. 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, **Princípios do direito administrativo**, Lumen Juris, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Para Céticos** - 2ª Ed. Editora Malheiros. 2014

CONTATO
(35) 9 9871-7367
adelson@ribeiroedamasceno.com.br

www.ribeiroedamasceno.com.br

RIBEIRO & DAMASCENO
Sociedade de Advogados