

UM NOVO MODELO DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS?

A MP 926 pode funcionar como experimento para a reforma das licitações

Marçal Justen Filho

*Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP
Sócio fundador da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

A dinâmica da evolução da pandemia vai evidenciando a obsolescência das normas do direito administrativo “tradicional”.

Essa constatação se aplica inclusive às previsões da Lei 13.979, de 6.2.2020, destinada precisamente a veicular normas específicas para o combate à pandemia.

Bastaram alguns dias para ser constatada a insuficiência das regras da Lei 13.979. Isso conduziu à edição da MP 926, em 20.3.2020, que introduziu diversas modificações na dita Lei 13.979. As inovações versam sobre temas variados, inclusive sobre licitações e contratações administrativas.¹ Este estudo examina apenas as inovações da MP 926 relativamente a esse tema.²

1) A eventual não conversão da MP em Lei

Apenas por cautela, cabe ressaltar que existe a possibilidade teórica de que a MP não venha a ser convertida em lei. Se tal se passar, todos os atos concretos praticados em fundamento nela sujeitar-se-ão à disciplina dos §§ 3º e 11 do art. 62 da CF/88. Isso significa que, não ocorrendo a conversão da MP em lei, compete ao Congresso Nacional editar decreto legislativo para disciplinar os atos jurídicos nela fundados, praticados durante a sua vigência. Se não for editado referido decreto legislativo, haverá a consolidação dos referidos atos e relações jurídicas.

¹ Evidentemente, trata-se de normas gerais sobre licitação e contratação administrativa. Portanto, são vinculantes para todas as esferas da Federação.

² Em 20.3.20, divulguei estudo sobre os impactos da pandemia sobre as contratações administrativas (<http://jbox.justen.com.br/s/Ynd6jfdCnWFwX32>). Uma parcela relevante das considerações ali expostas permanece válida. Mas as inovações trazidas pela MP 926 acarretaram a obsolescência de diversas passagens. O presente estudo deve ser entendido como uma forma de atualização (e ampliação) do texto anterior. É recomendável a leitura conjugada dos dois artigos, eis que a essência do pensamento exposto no texto anterior não foi afetada.

Essa advertência inicial é relevante porque se pode estimar que os diversos entes federados promoverão muitas contratações com fundamento na Lei 13.979 (com a redação adotada pela MP 926).

2) Ainda a preocupação com a responsabilização pessoal

A edição da MP 926 refletiu a preocupação dos agentes estatais com os riscos de responsabilização pessoal por contratações diretas sem o atendimento preciso e exato das determinações normativas.

Somente será viável combater a pandemia e obter os melhores resultados possíveis se for superada a orientação da legislação tradicional atinente às licitações e contratações administrativas. Esse é o enfoque adotado nas inovações introduzidas pela MP 926.

2.1) A adoção das providências adequadas e necessárias

A pandemia exigirá dos administradores públicos a adoção das providências para enfrentar as dimensões dramáticas de uma crise sem precedentes.

Nesse contexto, deve prevalecer o entendimento de que a atuação dos agentes será norteadada especificamente pela dimensão da proporcionalidade. Isso significa legitimar a adoção de medidas concretas que se configurem, em vista das circunstâncias da realidade, como adequadas para enfrentar as exigências necessárias para evitar danos irreparáveis à saúde individual e coletiva.

2.2) Ainda as regras do art. 22, *caput* e § 1º, da LINDB

Mais precisamente, caberá aplicar o disposto no *caput* e no § 1º da LINDB, adiante reproduzidos:

“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”.

Em muitos casos, a premência do tempo, a gravidade das circunstâncias, a ausência de recursos disponíveis, a inviabilidade de soluções alternativas – o elenco é meramente exemplificativo – poderão impor ao agente administrativo que adote atos jurídicos e materiais não conformes, de modo perfeito e exato, às normas legais. Tais atos deverão ser qualificados como juridicamente perfeitos,

produzindo todos os efeitos jurídicos pretendidos e excluindo a responsabilização pessoal dos envolvidos. Será imperioso reconhecer que eventuais defeitos tem de ser superados – e, se necessário, saneados – sempre que as circunstâncias da realidade concreta forem suficientes para justificar a prática adotada.

2.3) A vedação a concepções abstratas e hipostasiadas da realidade

O que não se pode admitir é que o controle dos atos praticados seja orientado por concepções abstratas e hipostasiadas da realidade. É evidente que, em circunstâncias normais e fora de um contexto de crise dramática, a autoridade poderia adotar soluções distintas.

O agente administrativo, investido do poder-dever de enfrentar a crise, não pode ser onerado com o pesadelo de, vencidos esses desafios, ser chamado a responder por decisões adotadas, que se mostrem proporcionais e adequadas ao atendimento das finalidades a que se destinam.

2.4) O controle de resultados e a repressão à improbidade efetiva

As considerações anteriores não refletem o entendimento da eliminação do controle, nem propugnam pela suspensão da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

O aspecto essencial reside na prevalência de controles de resultados e na superação de questões puramente formais. A ausência de observância de formalidades não produzirá consequência negativa quando evidenciado o atingimento de resultado satisfatório. Pode ser que alguma medida não produza resultados satisfatórios e seja o melhor que se poderia ter feito. Ainda mais porque se trata de uma pandemia de efeitos absolutamente imprevisíveis.

Por outro lado, é imperioso afastar a jurisprudência que dispensa a prova efetiva do prejuízo aos cofres públicos em casos do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Mesmo a interpretação do art. 11 da LIA exige a observância de uma pluralidade de princípios norteadores da atividade administrativa. Em muitos casos, o princípio da eficiência deve prevalecer sobre as exigências formalistas de uma lei (que foi editada para dispor sobre a atuação administrativa em situações rotineiras).

2.5) A gravidade da situação e eventuais desvios comprovados

Ao longo do tempo, as contratações administrativas têm propiciado grandes controvérsias. Em muitos casos, houve a comprovação de práticas criminosas de lesão ao erário e violação aos direitos de terceiros. Em outras hipóteses, constataram-se desvios por negligência e imperícia na gestão dos recursos públicos.

O cenário examinado impõe a redução do formalismo e a deferência em favor das escolhas a serem realizadas pelos gestores de recursos públicos. Essa modificação do modelo normativo para as contratações públicas exige a contrapartida da elevação do nível de consciência dos agentes estatais. A confiança que neles é depositada deve ser honrada com condutas ilibadas e decisões cautelosas. Eventuais desvios, se vierem a ocorrer, precisam ser sancionados com rigor exemplar.

3) Ainda a competência discricionária

A ausência da exigência de procedimento licitatório não elimina a obrigatoriedade da adoção da melhor solução possível, em vista das circunstâncias do caso concreto. Aplicam-se as orientações atinentes à discricionariedade da autoridade administrativa para promover a contratação direta, tal como se passa nas diversas hipóteses de dispensa.

3.1) A escolha do particular a ser contratado

A identificação do particular a ser contratado obedece ao princípio da isonomia. Isso significa que a Administração tem o dever, nos limites do possível, de avaliar o universo de eventuais interessados em contratar. Todos necessitam ser tratados com igualdade.

A autoridade dispõe do poder-dever de realizar a escolha do sujeito a ser contratado. Essa escolha pode ser orientada por critérios diversos, conforme as peculiaridades do caso.

É evidente que não se admitem critérios incompatíveis com a natureza funcional da atividade administrativa. Assim, por exemplo, a autonomia discricionária não autoriza a contratação de sujeito destituído de condições para executar satisfatoriamente a prestação.

3.2) A vantajosidade na utilização dos recursos públicos

Por outro lado, a escolha tem de ser orientada a promover o uso mais satisfatório dos recursos públicos. Isso exige a verificação dos preços de mercado, ainda que seja admissível adquirir produtos e serviços por preço superior ao de mercado (tal como adiante exposto).

4) O reconhecimento da inadequação do modelo licitatório tradicional

A contratação direta prevista na Lei 13.979, com as normas da MP 926, pode ser interpretada como o reconhecimento da inadequação do modelo licitatório tradicional.

4.1) A dissociação do tema da emergência

A Lei 8.666 previu, no art. 24, inc. IV, uma hipótese de contratação direta em situações emergenciais, em que o tempo necessário ao desenvolvimento da licitação produz o risco de sacrifício de pessoas, bens e interesses.

Mas a disciplina da contratação direta da Lei 8.666 é insuficiente e inadequada – especialmente no cenário de uma crise – porque continua a incidir um modelo normativo que não assegura contratações eficientes.

4.2) Ainda a prioridade à eficiência na gestão pública

A Lei 8.666 impõe formalidades, impedimentos e limitações à atividade administrativa. A pluralidade de exigências e detalhes acarreta demora e dificulta providências imediatas e ágeis. Em suma, o gestor público acaba enredado nas formalidades legais e em minúcias. Ao invés de conceber e implementar as medidas indispensáveis ao atendimento de necessidades relevantes, é constrangido a dedicar a sua atenção às formalidades jurídicas.

4.3) O procedimento simplificado da Lei 13.979

O procedimento de contratação previsto na Lei 13.979 envolve não apenas o afastamento do procedimento licitatório típico, como aquele previsto nas Leis 8.666 e 10.520.³ Mais do que isso, há a atenuação dos requisitos de habilitação, a simplificação do procedimento administrativo prévio e a flexibilização quanto à escolha do fornecedor.

4.4) A vigência temporal limitada e as perspectivas para o futuro

As regras sobre as contratações simplificadas têm vigência limitada. Superada a pandemia, esse modelo normativo perderá a sua vigência, por força do próprio art. 8º (MP 926).

No entanto, é relevante tomar em vista que a atuação administrativa eficiente não será obtida por meio do modelo licitatório da Lei 8.666. Essa é uma meditação inafastável no momento em que tramita no Congresso Nacional um projeto de lei para substituir todas as leis atualmente vigentes sobre o tema.

5) A autorização para a contratação direta

Aplica-se o entendimento de que a dispensa de licitação exige a observância de formalidades mínimas e não autoriza práticas abusivas ou desvantajosas para a Administração.

³ O raciocínio se estende também à Lei do RDC (Lei 12.462), mas não há muita pertinência em aludir a ela, eis que a sua aplicabilidade tornou-se muito limitada. Por outro lado, a Lei 13.303 contempla soluções menos formalistas para as sociedades estatais empresárias. Rigorosamente, no entanto, o enfrentamento da pandemia não envolve atuação dessas entidades da Administração indireta.

5.1) Ainda o vínculo efetivo de pertinência

A dispensa de licitação, prevista na Lei 13.979, abrange as contratações vinculadas ao enfrentamento da “emergência de saúde pública de importância internacional”. Essa questão será aprofundada a seguir.

5.2) A simplificação do procedimento prévio

O procedimento prévio à contratação não necessita atender todas as exigências das normas genéricas sobre o tema. Esse ponto será detalhado em tópicos adiante.

5.3) As contratações de pequeno valor

A Lei 13.979 pode ser empregada inclusive para contratações de pequeno valor, subsumíveis aos inc. I e II da Lei 8.666. Essa questão é relevante porque o regime simplificado adotado pela Lei 13.979 permite realizar contratações que poderiam encontrar obstáculo na Lei 8.666. Assim e para exemplificar, a dispensa por pequeno valor não autorizaria a contratação de particulares proibidos de contratar com a Administração.

5.4) As hipóteses de inviabilidade de competição

Idênticas considerações se aplicam relativamente a hipóteses que configurem inviabilidade de competição. A vinculação do contrato ao atendimento da pandemia permite a contratação por dispensa de licitação, sem a necessidade de avaliar a viabilidade de competição.

6) A amplitude das presunções absolutas (art. 4º-B)

O art. 4º-B dispõe sobre a amplitude das presunções absolutas adotadas no âmbito da dispensa de licitação. O dispositivo tem a seguinte redação:

“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”.

6.1) A presunção absoluta

A presunção absoluta consiste numa determinação normativa afastando a necessidade de comprovação e o cabimento de impugnação quanto à ocorrência ou inoccorrência de eventos fáticos e (ou) jurídicos. Lembre-se que a presunção

absoluta consagra uma solução compatível com o conhecimento científico ou com a experiência sobre a evolução dos fatos.⁴

A regra do art. 4º-B significa que a invocação pela Administração da existência de uma certa situação, subsumível ao elenco do referido dispositivo, é juridicamente imunizada quanto a questionamento ou impugnação.

6.2) O elenco do dispositivo

O elenco consagra a presunção absoluta quanto a diversos ângulos das decisões administrativas. Os temas sobre os quais versam essas presunções já foram objeto de discussão científica no plano mundial, o que torna descabido reabrir a sua discussão no plano interno.

Essas ponderações são aplicáveis especificamente às hipóteses dos três primeiros incisos do dispositivo. Já a questão do inc. IV comporta interpretação distinta.

7) O vínculo entre a contratação e o atendimento à emergência

A decisão administrativa de promover uma contratação sem licitação, invocando o atendimento à emergência, não pode estar ao abrigo de uma presunção absoluta de veracidade.

7.1) O vínculo de pertinência entre a crise e a contratação

Admite-se a dispensa de licitação para contratações essenciais e úteis ao enfrentamento da pandemia. Exige-se, portanto, um vínculo de pertinência entre a prestação a ser executada e o atendimento a necessidades relacionadas com a pandemia.

7.2) O art. 3º da Lei 13.979

A interpretação da exigência deve considerar inclusive a previsão do art. 3º da Lei 13.979. Ali estão previstas competências estatais relativas ao enfrentamento da emergência.

Lembre-se que o § 2º, inc. II, do referido dispositivo estabelece inclusive o direito a tratamento gratuito para as pessoas afetadas pelas medidas previstas.

7.3) O vínculo direto

Existem questões diretamente vinculadas à pandemia. Isso compreende prestações necessárias à prevenção da disseminação e do contágio, tal como o tratamento dos doentes.

⁴ Essa é a distinção entre presunção absoluta e ficção. Esta se configura quando o direito consagra como versão jurídica uma solução incompatível com a realidade. A presunção absoluta produz a generalização inquestionável daquilo que usual ou necessariamente ocorre.

De modo geral, o vínculo direto entre a contratação e o atendimento à necessidade não desperta dúvidas maiores. A compra de medicamentos para tratamento de pacientes afetados pelo COVID-19 é uma hipótese de dispensa de licitação.

7.4) O vínculo indireto

Mas há hipóteses de vínculo indireto entre a prestação e a finalidade a ser atendida. São os casos em que o contrato não envolve uma atuação de cunho sanitário. Porém, a contratação tem por causa o combate à pandemia ou é afetada significativamente por essa circunstância.

Imagine-se que, para enfrentar a pandemia, ocorra a suspensão do atendimento presencial em repartições públicas. Em decorrência, há de se assegurar o teleatendimento, por meio de call centers. Se essa solução exigir uma contratação administrativa, configura-se o vínculo de pertinência exigido para a dispensa de licitação. Isso porque a contratação destina-se ao combate à pandemia.

7.5) As situações problemáticas

Podem existir situações problemáticas, que propiciem dúvida relevante sobre a existência do vínculo de pertinência. Em tais hipóteses, deverá avaliar-se a imprescindibilidade da contratação para enfrentamento da pandemia, ainda tomando em vista a questão da emergência.

Observe-se que não é adequada a dispensa de licitação para contratações que, embora úteis, não sejam fundamentais ao combate à epidemia. Cabe identificar se a ausência de execução da prestação comprometerá o combate à pandemia.

Isso não significa a vedação à contratação de prestações úteis ao combate à pandemia. Apenas implica que tais contratações subordinar-se-ão ao regime licitatório comum.

8) As inovações relativas à fase interna e preliminar

A MP 926 trouxe diversas alterações relativamente à fase interna da contratação administrativa. Foram atenuadas e minoradas diversas exigências constantes da Lei 8.666 (e da Lei 10.520).

8.1) A redução do prazo para formalização da contratação

Essas inovações são orientadas a permitir que a contratação seja formalizada em prazos reduzidos. As exigências de planejamento minucioso, contidas na legislação geral, foram concebidas em vista de situação rotineiras da atividade administrativa.

8.2) A desnecessidade de estudos preliminares para objeto comum

O art. 4º-C dispensa a elaboração de estudos preliminares quando a contratação, destinada a enfrentar a situação emergencial da pandemia, versar sobre objeto comum.

8.2.1) O conceito de bem ou serviço comum

Obviamente, o conceito de “objeto comum” é aquele consagrado na Lei 10.520. Em suma, trata-se de bem ou serviço destituído de peculiaridades distintas daquelas difundidas no mercado e cujos atributos padronizados são satisfatórios para o atendimento pelos fins almejados pela Administração.

8.2.2) A ausência de vedação à elaboração dos estudos preliminares

O dispositivo autoriza a ausência de estudos preliminares (referidos no art. 3º, inc. IV, do Dec. 10.024). Mas é perfeitamente cabível que tais estudos venham a ser elaborados, especialmente em circunstâncias em que o mercado contemple diversos “níveis” de objetos comuns. Ou seja, pode haver objetos comuns que não satisfaçam as necessidades administrativas.

8.2.3) A ausência de obrigatoriedade de uso do pregão

A referência a objetos comuns não implica obrigatoriedade do uso do pregão. O tema envolve outro dispositivo introduzido pela MP 926. Portanto, é perfeitamente possível a contratação direta de bem ou serviço que se configure como objeto comum.

8.2.4) A necessidade de especificações mínimas

O dispositivo não elimina a exigência de especificações mínimas relativamente ao objeto. Tal como será adiante examinado, é indispensável a existência de um termo de referência ou de um projeto básico, ainda que simplificados.

9) Termos de referência e projetos básicos simplificados

O art. 4º-E da Lei 13.979 admite a elaboração de termos de referência e projetos básicos simplificados.

9.1) O projeto básico

A Lei 8.666 subordina a instauração da fase externa da licitação e a formalização da contratação direta à existência de projeto básico. O art. 6º, inc. IX, define o projeto básico. As diversas alíneas estabelecem o conteúdo mínimo do documento.

9.2) O termo de referência

Já o Decreto 10.024, que regulamenta a Lei 10.520, dispõe sobre o termo de referência no art. 3º, inc. XI e suas alíneas.

9.3) A solução adotada pela MP

Tanto o projeto básico da Lei 8.666 quanto o termo de referência do Dec. 10.024 devem contemplar especificações bastante detalhadas quanto às finalidades a serem atingidas, soluções a serem adotadas por ocasião da execução do contrato, além da estimativa quanto às demais normas contratuais.

O art. 4º-E admite que a contratação seja fundamentada em avaliações muito mais sumárias. Exige-se a especificação do objeto, a explicitação sintética das necessidades a serem atendidas, a descrição mínima da solução prevista, a definição quanto às exigências atinentes à contratação, os critérios para medir e pagar a prestação a ser executada, a estimativa de preço (identificada a partir de fontes disponíveis inclusive na rede mundial de computadores) e a demonstração da adequação orçamentária.

Pode-se prever que o termo de referência e o projeto básico simplificados comportam elaboração em questão de horas.

9.4) A ressalva da desnecessidade de estimativa quanto ao preço

O § 2º do art. 4-E admite que, mediante justificativa da autoridade competente, seja dispensada a estimativa de preços.⁵ A interpretação do dispositivo deverá tomar em vista as circunstâncias do caso concreto. Poderá ocorrer situação de grande emergência, que dificulte a formulação da estimativa.

Em outros casos, poderá verificar-se peculiaridade quanto ao objeto a ser contratado, afastando a viabilidade de estimativa quanto ao preço.

Também poderá ocorrer o reconhecimento de que as circunstâncias de mercado tornaram superadas as fontes disponíveis sobre o preço, tal como se passaria com produtos cujo preço seja vinculado à moeda estrangeira.

Essas são apenas algumas das hipóteses imagináveis.

Note-se que a dispensa da estimativa quanto ao preço deve ocorrer de modo excepcional. Isso não impede, contudo, a sua adoção de modo até frequente, sempre que as circunstâncias anômalas estejam presentes.

9.5) A contratação por valor superior ao estimado

O § 3º do art. 4º-E admite a contratação por preço superior ao estimado. Alude às hipóteses de variações de preços. A dinâmica da crise poderá gerar

⁵ Há um erro material na redação do § 2º, que alude ao inc. VI do *caput* do dispositivo. Na verdade, trata-se de inc. VI do § 1º do artigo. Aliás, o erro é reiterado no § 3º do mesmo art. 4º-E.

efeitos sobre o mercado, acarretando a elevação de preços além do que era praticado anteriormente.

Anote-se que a variação de preços nem sempre configura abuso de poder econômico.

Compete à autoridade justificar formalmente as razões que justificam a contratação por valor superior ao estimado. No entanto, também não se olvide que o art. 3º, inc. VII, da própria Lei 13.979 admite a requisição de bens e serviços em situações excepcionais (assegurado o pagamento posterior da justa indenização).

9.6) A vedação a documentos imprestáveis

A previsão normativa não implica legitimar a adoção de documentos imprestáveis. Há um núcleo conceitual mínimo a ser observado. Ou seja, não foi extinta a exigência de planejamento, nem autorizada a contratação de um objeto qualquer, sem especificações prévias precisas, padrões de qualidade mínimos e estimativa confiável quanto ao preço.

10) A dispensa de requisitos de habilitação (art. 4º-F)

Houve a explicitação de uma solução que se afigura como inafastável inclusive fora do âmbito do combate à pandemia. Admite-se a contratação com sujeitos que não preencham os requisitos de habilitação, quando não houver alternativa para a satisfação da necessidade.

Essa é a previsão do art. 4º-F, incluído pela MP 926:

“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”.

Deve-se ter em vista que os requisitos de habilitação consistem em indícios escolhidos pela Lei para adotar uma presunção absoluta quanto à confiabilidade do sujeito para executar a prestação contratual.

10.1) A presunção absoluta de confiabilidade

Portanto, é possível que um sujeito não preencha os requisitos de habilitação, mas disponha de condições de executar o contrato. O inverso também é verdadeiro: alguém pode atender aos requisitos de habilitação e ser incapaz de executar o contrato. No entanto, a lei adotou uma padronização sobre o tema em vista da inconveniência de solução distinta.

Logo, a lei também pode afastar a exigência dos requisitos de habilitação, em situações dotadas de peculiaridade. Tal se passou no caso ora exposto.

10.2) A excepcionalidade da situação

Não foi consagrada autorização para a Administração eliminar a exigência dos requisitos de habilitação em todos os casos. Como regra, a contratação direta fundada na Lei 13.979 somente pode ser pactuada com particular que preencha os requisitos de habilitação, tal como disciplinado na Lei 8.666. Somente em hipóteses anômalas é que se admitirá o afastamento desses requisitos.

10.3) A ausência de fornecedores com habilitação

Uma das hipóteses cogitáveis reside na ausência de fornecedores titulares dos requisitos de habilitação. Não foi casual a expressa referência à ausência de regularidade fiscal. Essa é a situação mais comum: o sujeito não dispõe de certidão negativa de dívidas fazendárias. Anote-se que, em muitos casos, esse sujeito dispõe de condições para executar a prestação.

10.4) A hipótese do fornecedor mais qualificado

Em muitos casos, pode-se constatar que um determinado sujeito dispõe de condições diferenciadas para satisfação das necessidades existentes. Se essa for a melhor solução, porque não existe outro sujeito privado em condições equivalentes, será cabível a contratação, mesmo que não haja o preenchimento de requisitos de habilitação.

Um exemplo permite compreender a questão. Suponha-se que o atendimento aos pacientes demande habilidades que são preenchidas de modo perfeito por um certo médico. Admita-se que ele não preencha os requisitos de habilitação e que existam muitos outros médicos em situação regular. No entanto, trata-se de uma situação infungível: a Administração precisa especificamente dos serviços daquele profissional. Cabe a sua contratação, aplicando-se o dispositivo ora examinado.

10.5) A situação emergencial e a dificuldade burocrática

Mas também pode ocorrer situação em que os trâmites burocráticos para a comprovação da titularidade dos requisitos de habilitação são incompatíveis com a formalização em prazo reduzido da contratação. Esse é um efeito indireto do combate à pandemia, em que verifica inviabilidade material de o sujeito obter certidões e outros documentos.

10.6) A avaliação da qualificação por outras vias

A dispensa dos requisitos de habilitação não autoriza contratações com sujeitos destituídos da qualificação necessária à execução satisfatória do

contrato. Portanto, a Administração deve adotar cautelas para avaliar a capacidade do sujeito, ainda que por vias diversas do modelo da Lei 8.666.

É evidente que, em situações de efetiva urgência, essa verificação poderá fazer-se de modo muito sumário. Mas essa hipótese somente será legítima em vista das circunstâncias. Em outros casos, caberá à Administração adotar algum procedimento para verificar a capacitação do sujeito a ser contratado.

10.7) O afastamento parcial ou (quase) total dos requisitos

Admite-se o afastamento de apenas alguns dos requisitos de habilitação ou da sua generalidade.

Anote-se que a MP 926 ressaltou os requisitos de habilitação exigidos em nível constitucional. Não se admite a contratação de sujeitos em débito com a Seguridade Social ou que infrinjam os limites atinentes à utilização do trabalho de menores.

Por outro lado, podem existir certos requisitos insuscetíveis de afastamento, especialmente no tocante à qualificação técnica. Assim, suponha-se o exercício de profissão regulamentada. Caberá contratar sujeitos que sejam devidamente habilitados para o exercício regular da atividade a ser desempenhada.

11) A contratação com sujeitos penalizados (art. 4º, § 3º)

Outra inovação consiste na admissibilidade de contratação de sujeitos submetidos a sanção impeditiva da contratação por parte da Administração Pública. Rigorosamente, a hipótese legal se refere a um caso de inviabilidade de competição.

O afastamento dos efeitos da punição somente será pertinente quando não existir outro sujeito em condições de executar a prestação. A redação legal do art. 4º, § 3º, refere-se à “única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido”. Há uma evidente relação entre essa disciplina e aquela constante do art. 25, inc. I, da Lei 8.666.

Em muitos casos, há bens ou serviços alternativos. Então, a existência de fornecedor exclusivo pode impor a escolha de solução alternativa. Contudo, pode ocorrer caso em que a necessidade a ser satisfeita envolva uma categoria específica e determinada de bem ou serviço. Se assim se passar, caberá promover a contratação do fornecedor, mesmo que sanção proibitiva esteja vigente.

O dispositivo alude àqueles submetidos a sanções de inidoneidade e de suspensão do direito de licitar e de ser contratado pela Administração. Essas são as sanções da Lei 8.666. Deve-se interpretar que o dispositivo alcança inclusive os submetidos à sanção de impedimento de licitar e contratar, prevista no art. 7º da Lei 10.520.

A determinação alcança também punições previstas em outros diplomas legais, de cunho restritivo do direito de contratar com a Administração. Assim se passa, por exemplo, com punição fundada no art. 12 da LIA. Mesmo um sancionamento fundado na Lei Anticorrupção (Lei 12.846) também poderia ser superado se presentes os requisitos previstos no dispositivo examinado.

12) As inovações relativas ao pregão

Na sua redação original, a Lei 13.979 veiculava regras restritas à contratação com dispensa de licitação, orientada ao atendimento das emergências relativas à pandemia. Dentre as inovações trazidas pela MP 926, encontra-se a disciplina sobre licitação na modalidade de pregão.

12.1) A regra do art. 4º-G

É relevante transcrever o art. 4º-G, para facilitar a compreensão abrangência do dispositivo:

“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.

*§ 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**”.*

12.2) A implicação inafastável

A previsão de normas atinentes ao pregão, a ser utilizado para atendimento à emergência relativa à pandemia, implica o reconhecimento de que nem sempre caberá adotar a dispensa de licitação.

Com as alterações da MP 926, a Lei 13.979 passou a prever duas alternativas para a Administração adquirir bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento das emergências. Há a dispensa de licitação, mas também existe um pregão simplificado.

Isso produz problemas hermenêuticos, especialmente em vista da presunção absoluta de emergência para a contratação destinada ao atendimento da emergência. Anote-se que essa presunção foi reforçada de modo ainda mais intenso pelo art. 4º-B, adotado pela MP 926.

12.3) A solução hermenêutica

Existe competência discricionária da Administração para escolher entre as duas alternativas, tomando em vista as circunstâncias do caso concreto. É inquestionável que a contratação direta envolve um procedimento mais rápido do que o pregão simplificado. Portanto, a Administração tem o poder-dever de avaliar a premência da contratação. Ser-lhe-á facultado valer-se do pregão quando o tempo para a conclusão do procedimento licitatório não colocar em risco o atendimento da finalidade pretendida.

Isso não significa que a viabilidade de aguardar um certo prazo para formalização e execução do contrato impeça a dispensa de licitação. Como mais bem examinado adiante, há uma presunção absoluta de situação emergencial nas contratações destinadas a atender as necessidades pertinentes à pandemia.

Assim, por exemplo, a Administração poderá optar pelo pregão quando a contratação direta envolver dificuldades na obtenção de um preço justo. Em outros casos, pode existir uma pluralidade de fornecedores, todos potencialmente interessados em realizar o fornecimento, inexistindo um critério objetivo para escolher entre eles. Também é possível que a contratação apresente valor muito elevado, o que reduz a conveniência de escolhas fundadas em critérios de conveniência e oportunidade.

Em hipóteses tais como essas, o pregão simplificado pode ser útil para atendimento aos princípios da vantajosidade e do tratamento isonômico dos fornecedores.

13) O pregão “simplificado”

O referido art. 4º-G instituiu uma espécie de pregão simplificado, subordinado a regras distintas daquelas previstas na Lei 10.520. As inovações atinentes à ausência de obrigatoriedade dos estudos preliminares e do termo de referência simplificado já foram expostas anteriormente.

13.1) A redução dos prazos à metade

Os prazos previstos na legislação do pregão serão reduzidos à metade. O art. 4º, inc. V, da Lei 10.520 previu prazo mínimo de oito dias úteis entre a publicação do aviso e o recebimento das propostas. Logo, o prazo mínimo do pregão simplificado é de quatro dias úteis. O prazo para apresentação das razões de recurso e para a sua resposta é de três dias (Lei 10.520, art. 4º, inc. XVIII). Esse prazo passa a ser de um dia, tal como determina o § 1º do art. 4º-G.

Já o Dec. 10.024 estabeleceu prazo de até três dias úteis anteriores à data de abertura da sessão pública para pedidos de esclarecimentos e para impugnação ao edital (arts. 23 e 24). Esse prazo passa a ser de um dia útil. E a resposta do pregoeiro deverá apresentada também em um dia útil.

O §3º do art. 48 do Dec. 10.024 estabelece prazo de validade das propostas em 60 dias e permite a fixação de prazo diverso no edital. Não se afigura que essa regra tenha sido atingida pelo art. 4º-G. De todo modo e por precaução, é recomendável que o edital fixe o prazo de validade das propostas, para evitar controvérsias.

13.2) A dispensa da audiência pública (art. 4º-G, § 3º)

Foi dispensada a exigência da audiência pública prevista no art. 39 da Lei 8.666. Esse dispositivo prevê a formalidade será obrigatória quando a licitação ou sucessão de licitações tiver valor igual ou superior a cem vezes o valor previsto para a adoção de concorrências para obras e serviços de engenharia. Presentemente, valor seria de trezentos e trinta milhões de reais.

A expressa referência ao tema indica a cogitação do Poder Público quanto a contratações de valor vultoso, configuradas como essenciais para se enfrentar a pandemia.

14) A aplicação da disciplina do art. 26 da Lei 8.666.

O art. 26 da Lei 8.666 estabelece certas formalidades a serem observadas inclusive na hipótese de dispensa de licitação (ressalvadas algumas hipóteses, inaplicáveis no caso). A Lei 13.979 não prevê a ausência de observâncias dessas exigências.

14.1) A formalização da contratação

O parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666 dispõe sobre a instauração de um processo administrativo para formalizar a contratação direta. Essa determinação se estende às dispensas de licitação fundadas na Lei 13.979, naquilo em que for compatível.

Apenas para complementar, aplica-se ao caso inclusive a previsão do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666 (que exige o exame e a aprovação por assessoria jurídica).

14.2) A ratificação pela autoridade superior

Impõe-se a ratificação pela autoridade superior das contratações fundadas na Lei 13.979 – ressalvada a hipótese em que a autoridade competente para ratificar tenha participado da contratação.

14.3) A questão da publicidade da contratação

Por outro lado, o § 2º do art. 4º, cuja redação não foi alterada pela MP 926, prevê que as contratações realizadas com base no diploma serão objeto de divulgação imediata em sítio oficial na internet. O atendimento a essa formalidade não afasta a necessidade de publicação na imprensa oficial.

Assim se passa porque a obrigatoriedade da divulgação na internet não se constitui, até o presente, em solução jurídica apta a afastar a obrigatoriedade da publicação na imprensa oficial. Essa disciplina ampla não foi excetuada no âmbito das contratações simplificadas prevista na Lei 13.979.

14.4) Situações emergenciais incompatíveis com as formalidades

No entanto, podem ocorrer situações concretas dotadas de tamanha urgência que exigem a eficácia imediata da contratação. Deve-se reputar que, se tal ocorrer, compete à autoridade dar aplicação imediata à contratação e promover, tão logo possível, a observância das formalidades referidas.

15) A duração dos contratos e sua prorrogabilidade (art. 4º-H)

O dispositivo prevê que os contratos terão vigência por até seis meses, comportando prorrogação por períodos sucessivos.

15.1) Ainda a distinção entre contratos de escopo e de duração

Aplica-se a distinção entre contratos de escopo e de duração, com todas as suas dificuldades e limitações. Alguns contratos versam sobre uma prestação a ser executada num momento específico. Nesse caso, a execução da prestação acarreta a liberação do devedor. Esses são os contratos de escopo (ou ditos de colaboração).

Mas há prestações que envolvem prestações de conteúdo uniforme e homogêneo, que se repetem de modo reiterado (em períodos de tempo variáveis). Em tal hipóteses, o devedor está obrigado a renovar a prestação de modo sucessivo durante o prazo de vigência do contrato. Esses são os contratos de duração (ou referidos de delegação).

15.2) As implicações quanto ao prazo contratual

A distinção se reflete sobre o prazo contratual. No contrato de escopo, pode-se afirmar que o prazo de vigência se confunde com o período de tempo imposto ao devedor para executar a prestação.

No contrato de duração, o prazo de vigência é o período de tempo durante o qual o devedor está obrigado a executar, de modo renovado, a prestação devida.

15.3) A Lei 13.979 e a inaplicabilidade do art. 57, inc. II, da Lei 8.666

A Lei 13.979 não incorporou a disciplina prevista no art. 57, inc. II, da Lei 8.666. Isso significa que o referido dispositivo se aplica amplamente a todos os contratos e a sua interpretação não comporta submissão aos entendimentos desenvolvidos a propósito das polêmicas despertadas a propósito dos ditos “serviços de duração continuada”.

15.4) A Lei 13.979 e os contratos de escopo

Os contratos da Lei 13.979, mesmo quando de escopo, podem ter prazo de duração de até seis meses. Mas isso não afasta a exigência de fixação de prazo compatível com a prestação específica a ser executada. O prazo para execução da prestação deverá ser observado de modo rigoroso e a sua prorrogação sujeitar-se-á às regras do art. 57, parágrafo único, da Lei 8.666.

Não há cabimento em promover a prorrogação do contrato de escopo para duplicar a prestação originalmente prevista. Assim, suponha-se um contrato de compra de equipamentos, com objeto definido em termos qualitativos e quantitativos. Executada a prestação pelo devedor, exaure-se o contrato. Se houver necessidade de outros fornecimentos, versando sobre objeto de idêntica qualidade, a solução não será a prorrogação do contrato, eis que o seu objeto estará extinto. Caberá promover uma nova contratação, que também será submetida à Lei 13.979, se ainda presentes os pressupostos legais exigidos.

15.5) A Lei 13.979 e os contratos de duração

Todos os contratos de duração pactuados com fundamento na Lei 13.979 comportam prorrogações sucessivas. Essa regra não se restringe àqueles de duração continuada, ainda que sejam esses os mais propícios à prorrogação.

Por outro lado, a prorrogação ocorrerá a cada seis meses, cabendo às partes avaliar a conveniência da solução. O contrato admite sucessivas prorrogações, sem limitação de prazo máximo. Lembre-se que a Lei 8.666 previu o limite máximo de sessenta meses para a prorrogação em situação similar. Esse limite total não está previsto na Lei 13.979, mas seria despropositado cogitar de um limite de sessenta meses: em princípio, não se pode conceber que a pandemia perdure por período tão longo.

15.6) A questão da repactuação

Se for o caso de promover a prorrogação num período de seis meses, não será aplicável a repactuação de preços. Esse instituto somente pode ser empregado num período mínimo de doze meses. Daí se segue que poderá cogitar-se de repactuação se for cabível promover uma segunda prorrogação.

Por outro lado, a vedação à repactuação não significa a vedação à faculdade de as partes promoverem a revisão de preços em virtude de eventos supervenientes de cunho extraordinário (Lei 8.666, art. 65, inc. II, al. "d").

16) A ampliação dos limites de alteração unilateral (art. 4º-I)

Foram afastados os limites dos § 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666 para a modificação dos contratos submetidos à Lei 13.979. Fixou-se a possibilidade de alterações de até 50% sobre o valor inicial atualizado.

16.1) A inclusão da regra no contrato

O art. 4º-I exige que o contrato preveja o cabimento dessa alteração. Na omissão da previsão, incidirão as regras gerais da Lei 8.666.

16.2) A modificação unilateral

A previsão contratual disporá sobre a competência para a Administração promover, de modo unilateral, a ampliação ou a redução do objeto contratual. Essa previsão não implica a vedação à alteração consensual, nem elimina as garantias do particular quanto à recomposição da equação econômico-financeira, quando for o caso.

17) A extinção do regime e os contratos vigentes

O regime da Lei 13.979 extinguir-se-á quando for encerrado o estado de emergência de saúde internacional relativo ao surto de 2019. Quando esse evento ocorrer, extinguir-se-á a vigência da Lei 13.979.

O art. 8º, introduzido pela MP 926, previu a perda de vigência da Lei não afetará os contratos disciplinados pelo art. 4º-H. Há um equívoco jurídico grave: continuarão em vigor todos os contratos e não apenas aqueles contratos subordinados ao referido art. 4º-H. Ao menos, todos os contratos cuja execução prolongar-se no tempo e ainda não estiver exaurida no momento da extinção da emergência permanecerão em vigor.

Há garantia constitucional determinando que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”* (art. 5º, inc. XXXVI), o que também é previsto na legislação infralegal (art. 6º e 24 da LINDB).

Daí não se segue a vedação à Administração cessar de utilizar o regime da Lei 13.979 antes mesmo de ato formal reconhecendo a extinção da emergência de saúde internacional, na medida que se atenuem os efeitos da pandemia.