



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Apontamento acerca das Contratações Públicas no período de emergência em saúde pública – COVID 19 e da Responsabilidade dos Agentes Públicos.

O período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional exigiu no tema licitações e contratos, pronta adaptação, com o fim de atender de maneira eficaz as exigências do direito à saúde. Nesse sentido, em submissão ao estado democrático de direito, o Governo Federal editou normas que impactam as novas licitações e os novos contratos.

A Coordenação da Central de Apoio Operacional do Patrimônio Público e Terceiro Setor, entendeu pertinente a elaboração do presente apontamento, com intuito compilar as atualizações legislativas, no que diz respeito ao tema da COVID19 e suas implicações no âmbito do Patrimônio Público, em especial quanto às contratações públicas e a responsabilidade dos agentes públicos neste período pandêmico.

Nesse sentido, a seguir, passaremos a pontuar as principais alterações legislativas promovidas nos últimos meses:

**1. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106, DE 07 DE MAIO DE 2020:
institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de
contratações para enfrentamento da calamidade pública
decorrente do coronavírus**



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

A EC 106/2020 institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento da calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Trata-se de Emenda Constitucional avulsa e de vigência temporária, que excepciona o cumprimento de alguns artigos da Constituição Federal, sem, contudo, alterá-los.

O art. 11 da emenda prevê expressamente que a EC 106/2020 “ficará automaticamente revogada na data do encerramento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional.” Lembramos aqui que o Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março 2020 reconheceu para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/00, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República, com efeitos até 31 de dezembro de 2020¹.

Analisaremos agora as novidades trazidas pela EC 106/2020.

Processos simplificados para a contratação e critérios objetivos para distribuição de equipamentos e insumos de saúde.

Primeiramente, a Emenda Constitucional estabeleceu que durante a vigência do estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional em razão da pandemia do coronavírus, a União adotará regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes. Ressalte-se que esse regime extraordinário

¹ Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

somente deverá ser adotado naquilo em que, em virtude da urgência, não for possível ser cumprido com o regime regular.

O regime extraordinário fiscal provoca a possibilidade de serem excepcionadas obrigações constitucionais, entre elas, destacaremos agora a hipótese de adoção de Processos simplificados de contratação. Vejamos o texto da Emenda Constitucional:

Art. 2º Com o propósito exclusivo de enfrentamento do contexto da calamidade e de seus efeitos sociais e econômicos, no seu período de duração, o Poder Executivo federal, no âmbito de suas competências, poderá adotar processos simplificados de contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, e de obras, serviços e compras que assegurem, quando possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes, dispensada a observância do § 1º do art. 169 da Constituição Federal² na contratação de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal³,

² Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

limitada a dispensa às situações de que trata o referido inciso, sem prejuízo da tutela dos órgãos de controle.

Parágrafo único. Nas hipóteses de distribuição de equipamentos e insumos de saúde imprescindíveis ao enfrentamento da calamidade, a União adotará critérios objetivos, devidamente publicados, para a respectiva destinação a Estados e a Municípios.

A partir da leitura do artigo depreende-se que o Poder Executivo, no âmbito de suas competências, fica autorizado a adotar processos simplificados para a contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial; e para a contratação de obras, serviços e compras. Trata-se, portanto, de uma exceção constitucional e temporária da regra da licitação e do concurso público.

Vale ressaltar, no entanto, que esse processo simplificado de contratação deve assegurar, quando possível, a competição e a igualdade de condições a todos os concorrentes. Esses processos simplificados somente poderão ser realizados com propósito exclusivo de enfrentamento do contexto da calamidade e de seus efeitos sociais e econômicos, no seu período de duração.

Em regra, a contratação por tempo determinado de que trata o art. 37, IX, CF, também precisa respeitar essa exigência prevista no § 1º do art. 169.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

A EC 106/2020, contudo, excepciona a regra acima destacada e afirma que, durante o regime extraordinário, fica “dispensada a observância do § 1º do art. 169 da Constituição Federal na contratação de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, limitada a dispensa às situações de que trata o referido inciso, sem prejuízo da tutela dos órgãos de controle.”.

Em seguida, o parágrafo único do mesmo artigo aduz que serão adotados critérios objetivos para distribuição de equipamentos e insumos de saúde. Dessa maneira, quando a União for realizar a distribuição, para Estados e Municípios, dos equipamentos e insumos de saúde imprescindíveis ao enfrentamento da calamidade, deverá adotar critérios objetivos, devidamente publicados.

Dispensa das limitações legais ao aumento de despesa e renúncia de receitas

O regime extraordinário fiscal também provoca a possibilidade de serem excepcionadas obrigações constitucionais relativas à dispensa das limitações legais ao aumento de despesa e renúncia de receitas.

É sabido que existem limitações impostas nas leis para a realização de medidas governamentais que gerem aumento de despesa; ou que concedam incentivos ou benefícios tributários, implicando em renúncia de receita. Durante o regime extraordinário, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo que tenham o propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas ficam dispensados da observância dessas limitações legais, desde que isso não implique em despesas permanentes. É o que prevê o caput do art. 3º da EC 106/2020:



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Art. 3º Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.

Parágrafo único. Durante a vigência da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, não se aplica o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

O parágrafo único do mesmo art. 3º traz a permissão para que empresas com débitos na previdência contratem com o poder público ou recebam benefícios e incentivos.

Recordemos que o § 3º do art. 195 da CF/88 prevê que a pessoa jurídica que estiver em débito com a Previdência Social não pode celebrar contratos com o Poder Público (logo, também não pode participar de licitações); e também não pode receber benefícios ou incentivos do Poder Público. Assim, em regra, aquele que não tiver situação de regularidade para com a seguridade social não pode ser contratado pelo Poder Público e não pode receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Vejamos a redação do texto constitucional:



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Art. 195 (...) § 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

A EC 106/2020, todavia, trouxe uma exceção temporária para essa exigência e autorizou que, durante o período de calamidade decorrente do coronavírus, as pessoas jurídicas com débitos na previdência possam celebrar contratos com o poder público ou receber benefícios e incentivos.

Excepcionadas obrigações constitucionais relativas ao cumprimento da “Regra de Ouro” do art. 167, III, da CF/88.

O regime extraordinário fiscal também provoca a possibilidade de serem excepcionadas obrigações constitucionais relativas ao cumprimento da “Regra de Ouro” do art. 167, III, da CF/88.

A regra de ouro, prevista no art. 167, III, da CF/88, objetiva limitar que operações de crédito⁴ financiem despesas correntes⁵, mas a hipótese pode ser ressalvada por autorização legal específica (são os créditos suplementares ou especiais específicos, aprovados pelo Poder Legislativo). A finalidade⁶ dessa norma é proibir que, em cada ano, contraia-se dívida em

⁴ Operação de crédito é o “compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.” (art. 29, III, da LC 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal).

⁵ Despesas de capital são gastos produtivos da Administração Pública, considerando que são feitos para aquisição ou construção de bens de capital que contribuam para a formação de novos bens. São, portanto, gastos que geram um crescimento do patrimônio público (VIEIRA, Danilo. Direito Financeiro. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 131).

⁶ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-06/contas-vista-recuperar-financas-publicas-frangalhos-desafio-2018>



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

volume superior ao das despesas de capital (basicamente investimentos e amortização da dívida pública). Na realidade, regra de ouro é a denominação que a doutrina especializada deu ao princípio do equilíbrio orçamentário⁷.

A previsão do art. 167, III, da CF/88 é conhecida pela doutrina como “regra de ouro” da responsabilidade fiscal. Isso porque ela limita os gastos públicos evitando que o poder público se endivide mais do que o valor que ele gasta com despesas de capital⁸.

Isso compreendido, é necessário saber que o art. 4º da EC 106/2020 afirma que no exercício financeiro da calamidade pública (2020) não será necessário cumprir o inciso III do art. 167 da CF/88.

Assim, na prática, esse art. 4º autoriza que o governo gaste mais com despesas de custeio, como despesas de pessoal (por exemplo, médicos, enfermeiros, fisioterapeutas); e materiais de consumo (por exemplo, remédios, soros, EPIs, alimentos), tendo em vista que são os gastos atualmente necessários nesse período de pandemia. Vejamos a redação:

Art. 4º Será dispensada, durante a integralidade do exercício financeiro em que vigore a calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, a observância do inciso III do caput do art. 167 da Constituição Federal.

⁷ Atlas, 2017.

KIOSHY, Harada. Direito financeiro e tributário, 26ª edição. São Paulo,

⁸ comentada. São Paulo, p. 701.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Constituição Federal



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Parágrafo único. O Ministério da Economia publicará, a cada 30 (trinta) dias, relatório com os valores e o custo das operações de crédito realizadas no período de vigência do estado de calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional.

Sobre esse artigo, Fernando Facury Scaff⁹ - professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo (USP) aduz que “há preocupação com a transparência de todas as operações está bastante evidenciada na EC 106, como se vê: (a) o Ministério da Economia publicará, a cada trinta dias, relatório com os valores e o custo das operações de crédito realizadas (art. 4º, parágrafo único); (b) as autorizações de despesas relacionadas ao enfrentamento do covid-19 devem constar de programações orçamentárias específicas (art. 5º, I); e (c) o Banco Central do Brasil fará publicar diariamente as operações realizadas, de forma individualizada, com todas as respectivas informações, inclusive as condições financeiras e econômicas das operações, como taxas de juros pactuadas, valores envolvidos e prazos (art. 7º, §2º)”.

Programação orçamentária específica e prestação de contas avaliada separadamente

O regime extraordinário fiscal também estabelece que as autorizações de despesas relacionadas ao enfrentamento da calamidade deverão ter programação orçamentária específica e que a prestação de

⁹

Disponível

em:

<https://www.conjur.com.br/2020-mai-12/contas-vista-orcamento-guerra-autonomia-gastos-inedita-presidente#autor>



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

contas, sobre essas despesas, será avaliada separadamente. Vejamos a redação do art. 5º da EC 106/2020:

Art. 5º As autorizações de despesas relacionadas ao enfrentamento da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional e de seus efeitos sociais e econômicos deverão:

I - constar de programações orçamentárias específicas ou contar com marcadores que as identifiquem; e

II - ser separadamente avaliadas na prestação de contas do Presidente da República e evidenciadas, até 30 (trinta) dias após o encerramento de cada bimestre, no relatório a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Decreto do Presidente da República, editado até 15 (quinze) dias após a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, disporá sobre a forma de identificação das autorizações de que trata o caput deste artigo, incluídas as anteriores à vigência desta Emenda Constitucional.

Dessa maneira, restou posto que o orçamento das questões atinentes à calamidade pública deve ser específico, assim como a prestação de contas.

Percebe-se, portanto, a preocupação com a prestação de contas apartada e continuada do orçamento. A mesma preocupação pode ser vista na determinação de que o Presidente do Banco Central do Brasil prestará



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

contas ao Congresso Nacional, a cada 30 (trinta) dias, do conjunto das operações de crédito realizadas (art. 7º, §3º da EC 106/2020).

Em nota técnica¹⁰ sobre a EC 106/2020 divulgada pelas Consultorias Legislativa (Conle) e de Orçamento (Conof) da Câmara dos Deputados, foi destacado que “as disposições do art. 5º visam ampliar a transparência das ações e facilitar o controle da execução orçamentária e financeira das despesas relacionadas ao enfrentamento da calamidade pública”¹¹.

Recursos das operações de crédito poderão ser utilizados para pagamento dos Juros e encargos

O regime extraordinário fiscal estabelece que recursos das operações de crédito poderão ser utilizados para pagamento dos juros e encargos. Nesse sentido, durante a vigência da calamidade pública nacional, os recursos decorrentes de operações de crédito realizadas para o refinanciamento da dívida mobiliária poderão ser utilizados também para o pagamento de seus juros e encargos. Vejamos a redação do art. 6º da EC:

Art. 6º Durante a vigência da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, os recursos decorrentes de operações de crédito realizadas para o refinanciamento da dívida mobiliária poderão ser

¹⁰ NOTA TÉCNICA CONJUNTA Nº 02 / 2020 - Nota Técnica Expositiva da EC 106/2020 – Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2020/NotaTecnicaConjuntaNo022020EC1062020.pdf>

¹¹ Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/noticias/660824-camara-divulga-nota-tecnica-sobre-emenda-constitucional-do-orcamento-de-guerra/>



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

utilizados também para o pagamento de seus juros e encargos.

Outra observação do regime extraordinário fiscal é autorização para o Banco Central comprar e vender títulos de emissão do Tesouro e outros ativos. Vejamos os arts. 7º e 8º da EC 106/2020:

Art. 7º O Banco Central do Brasil, limitado ao enfrentamento da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, e com vigência e efeitos restritos ao período de sua duração, fica autorizado a comprar e a vender:

I - títulos de emissão do Tesouro Nacional, nos mercados secundários local e internacional; e

II - os ativos, em mercados secundários nacionais no âmbito de mercados financeiros, de capitais e de pagamentos, desde que, no momento da compra, tenham classificação em categoria de risco de crédito no mercado local equivalente a BB- ou superior, conferida por pelo menos 1 (uma) das 3 (três) maiores agências internacionais de classificação de risco, e preço de referência publicado por entidade do mercado financeiro acreditada pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º Respeitadas as condições previstas no inciso II do caput deste artigo, será dada preferência à aquisição de



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

títulos emitidos por microempresas e por pequenas e médias empresas.

§ 2º O Banco Central do Brasil fará publicar diariamente as operações realizadas, de forma individualizada, com todas as respectivas informações, inclusive as condições financeiras e econômicas das operações, como taxas de juros pactuadas, valores envolvidos e prazos.

§ 3º O Presidente do Banco Central do Brasil prestará contas ao Congresso Nacional, a cada 30 (trinta) dias, do conjunto das operações previstas neste artigo, sem prejuízo do previsto no § 2º deste artigo.

§ 4º A alienação de ativos adquiridos pelo Banco Central do Brasil, na forma deste artigo, poderá dar-se em data posterior à vigência do estado de calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, se assim justificar o interesse público.

Art. 8º Durante a vigência desta Emenda Constitucional, o Banco Central do Brasil editará regulamentação sobre exigências de contrapartidas ao comprar ativos de instituições financeiras em conformidade com a previsão do inciso II do caput do art. 7º desta Emenda Constitucional, em especial a vedação de:

I - pagar juros sobre o capital próprio e dividendos acima do mínimo obrigatório estabelecido em lei ou no estatuto social



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

vigente na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional;

II - aumentar a remuneração, fixa ou variável, de diretores e membros do conselho de administração, no caso das sociedades anônimas, e dos administradores, no caso de sociedades limitadas.

Parágrafo único. A remuneração variável referida no inciso II do caput deste artigo inclui bônus, participação nos lucros e quaisquer parcelas de remuneração diferidas e outros incentivos remuneratórios associados ao desempenho.

Outrossim, o regime extraordinário fiscal aduz que o Congresso Nacional poderá sustar decisões do Executivo que descumprirem a, reforçando, portanto, o controle externo. Vejamos o art. 9º EC 106/2020:

Art. 9º Em caso de irregularidade ou de descumprimento dos limites desta Emenda Constitucional, o Congresso Nacional poderá sustar, por decreto legislativo, qualquer decisão de órgão ou entidade do Poder Executivo relacionada às medidas autorizadas por esta Emenda Constitucional.

Confirmação dos atos de gestão



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Por fim, houve a confirmação dos atos de gestão¹² já praticados anteriormente pelo Executivo e que sejam compatíveis com a EC 106/2020. Tal convalidação¹³ pode ser lida no art. 10 da EC 106/2020:

Art. 10. Ficam convalidados os atos de gestão praticados a partir de 20 de março de 2020, desde que compatíveis com o teor desta Emenda Constitucional.

Parte da doutrina, aqui representada por Fernando Facury Scaff¹⁴ - professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo (USP)- afirma que "considerando um primeiro olhar sobre a EC 106/2020, a impressão geral é que se trata de um bom produto legislativo, com pesos e contrapesos bastante adequados, mantido o poder de controle no Congresso, que se espera venha a ser exercido com atenção e responsabilidade. Na verdade, trata-se de uma moldura, cuja tela deve ser preenchida pelo Executivo, pois afasta de suas obrigações a busca pelo equilíbrio fiscal, retirando diversos limites financeiros estabelecidos pela Constituição e pela LRF, por período certo e para objetivos específicos."

Importante ressaltar que a EC 106/2020 implicou a extinção por perda do objeto da ADI 6357¹⁵ no STF.

¹² Os atos de gestão podem ser conceituados como aqueles praticados pela administração na qualidade de administradora de seus bens e serviços, a exemplo dos atos relativos à contratação de bens e serviços

¹³ A convalidação é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte (Manual de Direito Administrativo. José dos Santos Carvalho Filho. 16ª Ed. p. 139)

¹⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-12/contas-vista-orcamento-guerra-autonomia-gastos-inedita-presidente#aut> hor

¹⁵ O teor da ADI6357 foi tratado no primeiro Boletim Informativo do CAOPPPTS enviado por email.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

A ADI 6357 pedia o afastamento de algumas exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 13.898/2020) relativas à demonstração de adequação e compensação orçamentária para a criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da Covid-19¹⁶. Na oportunidade do julgamento da cautelar na ADI 6357, o Ministro Alexandre de Moraes decidiu dar interpretação conforme a Constituição para os dispositivos questionados. Vejamos trecho da decisão:

"O excepcional afastamento da incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19, não conflita com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário intertemporal consagrados pela LRF, pois não serão realizados gastos orçamentários baseados em propostas legislativas indefinidas, caracterizadas pelo oportunismo político, inconsequência, desaviso ou imprevisto nas Finanças Públicas; mas sim, gastos orçamentários destinados à proteção da vida, saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados por essa gravíssima situação; direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e merecedores de efetiva e concreta proteção (...)"

¹⁶

arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), e ao art. 114, caput e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

A temporariedade da não incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020 durante a manutenção do estado de calamidade pública; a proporcionalidade da medida que se aplicará, exclusivamente, para o combate aos efeitos da pandemia do COVID-19 e a finalidade maior de proteção à vida, à saúde e a subsistência de todos os brasileiros, com medidas sócio econômicas protetivas aos empregados e empregadores estão em absoluta consonância com o princípio da razoabilidade, pois, observadas as necessárias justiça e adequação entre o pedido e o interesse público.”

Em seguida, no dia 13 de maio de 2020, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou, a medida cautelar deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes na ADI 6357, para afastar as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 13.898/2019), com aplicação a todos os entes federativos que, nos termos constitucionais e legais, tenham decretado estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19.

Na mesma oportunidade, o Plenário, ao analisar pedido da Advocacia-Geral da União, declarou a extinção da ADI 6357, por perda de objeto, em razão da aprovação da EC 106/2020. Os ministros entenderam que, como a norma constitucional atende ao que foi pedido na ADI 6357 pelo presidente da República, autor da ação, e deferido na medida cautelar, não há motivo para prosseguir sua tramitação. Ficou vencido o Ministro Luiz



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Edson Fachin, para quem a similitude entre a liminar e a emenda constitucional mereceria exame a parte.

Conclui-se, portanto, que a EC 106/2020, ao estabelecer o regime extraordinário fiscal, da mesma forma que liberou travas constitucionais, impôs ressalvas importantes, no intuito de impedir a manipulação das circunstâncias excepcionais. Não por outra razão a EC 106/2020 recomendou que seja mantido o controle das finanças por meio de um orçamento paralelo; e estabeleceu que as autorizações das despesas relacionadas ao enfrentamento da calamidade deverão constar de programações orçamentárias específicas ou contar com marcadores que as identifiquem (art. 5º da EC 106/2020).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

2. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961, DE 06 DE MAIO DE 2020: Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC

O Governo Federal editou a MP 961/20, que flexibiliza as regras de licitações e contratos, para toda a administração pública, até 31 de dezembro deste ano, prazo do estado de calamidade pública relativo à pandemia do coronavírus. As regras valerão tanto para o governo federal, quanto para os estaduais e as prefeituras.

Pagamento antecipado

A primeira flexibilização que apontamos é a autorização para que qualquer órgão da administração pública pague antecipadamente por bem ou serviço, desde que o ato seja caracterizado como indispensável ou que resulte em uma significativa economia de recursos (art. 1º, II, da MP 961/20)¹⁷.

De outra monta, restou estabelecido que na hipótese de pagamento antecipado, a Administração deverá: " *I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e, II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto* "(artigo 1º, §1º, da MP 961/20).

A MP 961/20 também estabelece critérios visando a redução os riscos de inadimplência, como a apresentação de garantia de até 30% do

¹⁷

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos: II - o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que(...)



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

valor do contrato e a realização da etapa inicial de uma obra, para que o valor restante seja antecipado¹⁸.

A administração pública poderá, também, como cautela apta a reduzir o risco de inadimplemento contratual, solicitar a emissão de título de crédito pelo fornecedor, além do acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por um representante.

Por fim, importante registrar a possibilidade de se exigir a certificação do produto ou da empresa, em casos de pagamentos antecipados.

Lembramos que anteriormente a edição da MP 961/20, a rigor, e nos exatos termos da legalidade estrita, a Administração Pública somente poderia realizar o pagamento após o cumprimento das etapas de realização da despesa de que trata a Lei nº 4.320/64, quais sejam: a realização do empenho e a liquidação da despesa prévia.

¹⁸

Pela Lei 8.666/93 em seu art. 56 tem-se que a critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda

II - seguro-garantia

III - fiança bancária

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

O TCU, no mesmo caminho, entendia que “no âmbito dos contratos administrativos, é defeso realizar pagamentos anteriores à prestação dos serviços sem que tal procedimento seja tecnicamente justificável e que esteja previsto no instrumento convocatório, nos termos do art. 38 do Decreto 93.872/86, c/c os arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64 e art. 65, II, “c”, da Lei 8.666/93”¹⁹.

Vejamos a redação dos dispositivos relativos à possibilidade de antecipação de pagamento:

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:

II - o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que:

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

b) propicie significativa economia de recursos; e

§ 1º Na hipótese de que trata o inciso II do caput, a Administração deverá:

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

¹⁹

Marcos Bemquerer Costa,
09.02.2010.

Acórdão n.º 589/2010-1ª Câmara, TC-032.806/2008-3, rel. Min-Subst.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º, a Administração poderá prever cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como:

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

II - a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56²⁰ da Lei nº 8.666, de 1993, de até 30% (trinta por cento) do valor do objeto;

III - a emissão de título de crédito pelo contratado;

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

V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor

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

²⁰

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 1o Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda II - seguro-garantia III - fiança bancária.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Limites para as dispensas da realização de processos licitatórios

A MP 961/20, em outro ponto, alterou os limites para as dispensas de processos licitatórios. Os novos valores são de até R\$ 100 mil na contratação de obras e serviços de engenharia (antes esse limite era de R\$ 33 mil)²¹ e de até R\$ 50 mil para compras e outros serviços (antes o limite era de R\$ 17,6 mil), conforme Decreto 9.412/2018. Vejamos a redação do dispositivo:

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:

I - a dispensa de licitação de que tratam os incisos I e II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, até o limite de:

a) para obras e serviços de engenharia até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou, ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e

b) para outros serviços e compras no valor de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, desde

²¹

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Uso do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) em todas as Licitações

Outrossim, a MP 961/20 autorizou o uso do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) em todas as licitações realizadas no país até 31 de dezembro deste ano. Vejamos a redação do artigo:

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:

III - a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações.

O RDC poderá ser aplicado pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) nos três níveis administrativos (federal, estadual e municipal) na contratação de obras, serviços, compras, locações e alienações.

Importante recordarmos que o RDC - Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi instituído pela Lei 12.462/11, como uma forma de desburocratizar a realização de obras relacionadas à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. A partir daí passou a ter seu



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

alcance cada vez mais ampliado, abrangendo também obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde (SUS), dos sistemas públicos de ensino e do sistema prisional²².

O RDC, ao oferecer um maior número de ferramentas para o deslinde da melhor contratação, ampliou o leque de alternativas ao gestor. Essa maior liberdade deve ser acompanhada, por óbvio, de um maior dever motivador.

Os princípios relacionados no art. 3º do RDC são similares aos elencados na Lei 8.666/1993: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Todos eles ultimam, em última instância, a obtenção da melhor proposta. Vejamos os dispositivos da Lei 12.462/11 pertinentes

Art. 1º§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de

²²

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.

Merece destaque, também, de acordo com o artigo 4º, a necessária observância, nas licitações e contratos regidos pelo RDC, das seguintes diretrizes: padronização do objeto da contratação e dos instrumentos convocatórios e minutas de contratos; busca de maior vantagem para a Administração, considerando custos e benefícios, inclusive de natureza social e ambiental; condições de aquisição, de seguros e de pagamentos compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável²³ utilização, sempre que possível, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas locais, desde que não comprometa a eficiência na execução do objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado; e o parcelamento do objeto, sempre que viável.

Conforme estabelece o artigo 6º do RDC²⁴, caso não conste no instrumento convocatório o orçamento previamente estimado para a contratação, este somente será tornado público apenas e imediatamente

²³ Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

²⁴ Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, sendo disponibilizado estrito e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

No que tange aos contratos administrativos pertinentes a obras, recordaremos que o RDC prevê a possibilidade de "Contratação Integrada". Trata-se de um regime de execução indireta a ser preferencialmente adotado nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia jungidas ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). De modo pontual, o regime de execução em questão confia ao contratado a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (§ 1º do art. 9º da precitada Lei nº 12.462/2011). Vejamos a redação do dispositivo:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I - inovação tecnológica ou técnica;

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias;
ou



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera o seguinte:

“No novo regime, não haverá o projeto básico aprovado pela autoridade competente, em anexo ao instrumento convocatório (ao contrário do previsto no artigo 40, § 2º, da Lei nº 8.666/93), tendo em vista que a contratação já abrange a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (art. 9º, § 1º, da Lei nº 12.462/11). Ao invés do projeto básico, o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço [...]”²⁵

O regime de contratação integrada assemelha-se, em boa medida, ao de empreitada integral²⁶ do art. 6º, inciso VIII, alínea “e”, da Lei nº 8.666/1993. Entretanto, é possível visualizar, como nota peculiar deste regime de execução fixado âmbito do RDC, que tanto o projeto básico

²⁵

Direito administrativo’. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 404

²⁶



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

quanto o executivo passam a constituir, juntamente com a execução da obra ou serviço de engenharia, o próprio objeto da contratação.

A propósito, calha referir que o Tribunal de Contas da União teve a oportunidade de ponderar que a “escolha do regime de execução da obra não é decisão de livre arbítrio do gestor, visto que deve ser pautada pelo interesse público e estar sempre motivada, pois impactará as relações entre contratado e contratante, as medições do contrato firmado, seus aditivos, entre outros fatores relacionados à gestão do empreendimento contratado. Decorre desse entendimento a constatação de que não existe, em tese, um regime de execução melhor que outro, e sim um regime que, no caso concreto, melhor atende ao interesse público.” (TCU, Plenário, AC 1977-28/2013, Rel. Ministro Valmir Campelo, Sessão de 31/07/2013).

A Corte de Contas da União firmou posicionamento no sentido de que o emprego deste regime de execução particular demanda “justificativa sob os prismas econômico e técnico. No econômico, a Administração deve demonstrar em termos monetários que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução. No técnico, deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra real competição entre as contratadas para a concepção de metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público.” (TCU, Plenário, Acórdão 1.850/2015, Relator Ministro Benjamin Zymler, Sessão de 29/07/2015 – confira-se a síntese deste expressivo julgamento no Informativo de Licitações e Contratos nº 253, publicado em 18/08/2015).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Demais, a mesma linha de intelecção é revelada nos seguintes arestos do Tribunal de Contas:

"A opção pelo regime de contratação integrada exige, nos termos do art. 9º da Lei 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações - RDC), que haja justificativa sob os prismas econômico e técnico, de modo a evitar a generalização desse regime, que tem como característica a transferência da responsabilidade pela elaboração do projeto básico ao contratado para execução das obras." (TCU, Plenário, Acórdão 2.153/2015, Rel. Ministro Vital do Rêgo, Sessão de 26/08/2015)

"A opção pelo regime de contratação integrada com base na possibilidade de execução com diferentes metodologias (art. 9º, inciso II, da Lei 12.462/2011) deve ser fundamentada em estudos objetivos que a justifiquem técnica e economicamente e considerem a expectativa de vantagens quanto a competitividade, prazo, preço e qualidade em relação a outros regimes de execução, especialmente a empreitada por preço global, e, entre outros aspectos e quando possível, considerem a prática internacional para o mesmo tipo de obra, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento." (TCU, Plenário, Acórdão 1.388/2016, Rel. Ministra Ana Arraes, Sessão de 01/06/2016).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Por fim, é necessário saber que a MP 961/20 entrou em vigor na data de sua publicação²⁷ e seguirá o rito sumário de tramitação das MPs definido pelo Congresso Nacional durante o período de calamidade pública²⁸.

²⁷

publicado no DOU de 07/05/2020

²⁸

A regra consta do Ato Conjunto 1/20, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que regulamenta o tema.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

**3. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966 DE 2020, DE 13 DE MAIO DE 2020:
dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e
omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19**

A MP 966/20 dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. O diploma dispõe que o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implicará, necessariamente, a responsabilização do agente público.

Dessa forma, para que haja responsabilização do agente público será necessário que o ato tenha sido praticado com erro grosseiro ou dolo. Além disso, no caso de decisões baseadas em opiniões técnicas, o agente público só poderá ser responsabilizado caso tenha elementos para aferir o dolo ou o erro grave ou caso haja conluio entre os agentes.

O § 2º, do art. 1º, da MP 966/20, prevê que o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público. Dessa maneira, no enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19, são elementos necessários para responsabilização do agente público a comprovação do dolo ou do erro grosseiro do agente público, além da conduta, do resultado e do nexo causal. Vejamos a redação dos dispositivos pertinentes da MP 966/20:

Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I - Enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - Combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

§ 2º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público.

Para entender o que significa “erro grosseiro” é necessário saber que a doutrina divide a culpa em três subespécies: culpa grave, leve e levíssima. O erro grosseiro, nessa divisão doutrinária, é sinônimo de culpa grave. Assim, é como se o art. 1º da MP dissesse: o agente público somente responde em caso de dolo ou culpa grave.

Considera-se erro grosseiro, desse modo, o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia (art. 2º da MP). Isso significa que, se o agente teve culpa leve ou levíssima, ele não poderá ser responsabilizado.

O art. 1º, aproxima-se daquilo que prevê o art. 28 da LINDB:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. (Incluído pela Lei nº 13.655/2018)



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Na tentativa de conceituar o erro grave, o Plenário do Tribunal de Contas da União proferiu acórdãos acerca da interpretação adequada do referido art. 28 da LINDB. No voto condutor do Acórdão 2.391/2018²⁹, o Ministro Benjamin Zymler apresentou a definição de erro leve e erro grave. O erro leve só poderia ser percebido com diligências extraordinárias e acima do normal. Por sua vez, o erro grosseiro “é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio”³⁰.

Nesse mesmo sentido, o Ministro Augusto Sherman proferiu o voto condutor do Acórdão 2.860/2018, associando a ocorrência do erro grosseiro “quando a conduta culposa do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto”.

O STF, em 21 de maio de 2020, na análise ADI 6421, decidiu liminarmente dar interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP 966/20 para entender que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.³¹

Eis o teor da citada decisão:

²⁹

Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu>

³⁰

COSTA, Camila Batista Rodrigues. A definição do conceito de erro grosseiro pelo Tribunal de Contas da União. Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, Curitiba, n.º 144, fevereiro de 2019, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>.

³¹

Disponível

em

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

*“por maioria, deferiu parcialmente a cautelar para: a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Foram firmadas as seguintes teses: **“1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.***



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

A limitação da responsabilização trazida pela MP 966/20, todavia, não se aplica na esfera penal até mesmo porque é vedada a edição de medida provisória sobre direito penal (art. 62, § 1º, I, "b", da CF/88). Nesse sentido, a MP 966/20 somente incidirá na esfera civil e na esfera administrativa.

Outrossim, na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados o primado da realidade³², a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente, a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência e contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19. Vejamos o artigo correspondente à consideração:

Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados:

I - Os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;

II - A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;

III - A circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;

IV- As circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e

³²

Primado da realidade é a "necessidade de se interpretar o texto normativo e as exigências da gestão pública também da perspectiva das dificuldades reais do gestor e das exigências das políticas públicas a seu cargo, sendo averiguadas, quando da regularização da situação, portanto, as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente." (MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. LINDB no Direito Público. São Paulo: RT, 2019, p. 12).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

V - O contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas.

Noutro ponto, a MP 966/20 aborda a responsabilidade do parecerista e do decisor, concluindo que estas devem ser analisadas de forma independente.

Nesse sentido, para que o decisor seja responsabilizado, será necessário que fique demonstrado que ele tinha condições de aferir que o parecerista agia com dolo ou erro grosseiro ou que estivesse em conluio com o parecerista. Vejamos a redação do dispositivo da MP 966/20:

§ 1º A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará:

I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica;
ou

II - se houver conluio entre os agentes.

Segundo o STF, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

internacionalmente; da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção³³.

Cabe enfatizar que o Conselho Nacional de Procuradores Gerais – CNPG, emitiu a Nota Técnica nº 09/2020 acerca da Medida Provisória 966/2020, posicionando-se no seguinte sentido:

a) Ao restringir a possibilidade de responsabilização civil e administrativa de agentes públicos apenas a atos praticados com dolo ou erro grosseiro (culpa grave), a Medida Provisória nº 966/2020 mostra-se incompatível com o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988 e não se harmoniza com o sistema de responsabilidade civil vigente no país, o qual não estabelece gradação para a culpa stricto sensu, consagrando sua concepção normativa;

b) A Medida Provisória nº 966/2020 não afeta a persecução e a responsabilização de agentes públicos pela prática de atos de improbidade administrativa, na medida em que a Lei nº 8.429/1992 disciplina a tipificação de atos de natureza culposa (artigo 10), sem promover a gradação da culpa, cujo grau de intensidade pode ser considerado na avaliação do comportamento do agente causador do dano, com as demais circunstâncias do caso concreto, a fim de verificar se agiu com culpa ou não, mas não com graus de culpa;

33

Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

c) Reconhecido o agir culposo do agente causador do dano, os graus de intensidade de reprovação de seu comportamento (erro grosseiro) não se prestam a alterar a materialização dos atos ímprobos que causem lesão ao erário, mas podem ser considerados, tão somente, como parâmetro para balizar a aplicação proporcional das sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Registre-se, por fim, que as regras da MP 966/2020 se aplicam não apenas para a União, mas também para os Estados, Distrito Federal e Municípios.

A MP 966/2020 entrou em vigor na data de sua publicação (14/05/2020) e sofreu duras críticas por órgãos de fiscalização.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

4. LEI 13.979/2020, DE 06 DE FEVEREIRO DE 2020 e suas alterações

A licitação por emergência e calamidade está prevista na Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, com requisitos estabelecidos no art. 24, inc. IV, e com procedimento próprio, disposto no art. 26. Logo, a Lei nº 8.666/1993, preconiza os requisitos e, também, ao procedimento a ser atendido. Desatendidos, o servidor e o contratado incorreriam em crime³⁴. O artigo citado dispõe o seguinte:

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;

A Lei Federal n.º 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória n.º 926/2020, por seu turno, promoveu uma série de modificações na forma de

³⁴

Lei nº 8.666/1993: Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as Formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

realização e gerenciamento de contratações efetivadas pela Administração Pública no período da pandemia. Devemos lembrar que essa norma é aplicável à Administração pública direta e indireta de todos os entes federados, sendo a competência privativa da União de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII, da Constituição Federal).

Segundo Luciano Elias Reis³⁵, o Estado, o Distrito Federal ou os Municípios poderão regulamentar para fins de determinar procedimentos especiais de acordo com a sua realidade fático-normativa e praxis administrativa habitualmente adotada. O fundamento constitucional está no artigo 24, XI conjunto com o artigo 30 da Constituição da República Federativa do Brasil. Desse modo, poderá ser que um Município determine que a dispensa de licitação seja, por exemplo, referendada por um Comitê Gestor da Crise ou os termos de referência deverão ser assinados pelo Secretário e pelo Diretor do Departamento X. Porém, dada a urgência das contratações, recomendamos que os Estados, Distrito Federal e Municípios ponderem sobre a real necessidade de regulamentação, pois o texto da Lei é autoaplicável.

De outra monta, por óbvio, os procedimentos licitatórios serão avaliados pelos órgãos de controle externo à luz das dificuldades impostas pelo momento atual, notadamente em face do disposto no artigo 22, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Todavia, o objetivo de observar esses procedimentos é que a contratação ocorra nas condições mais favoráveis à Administração pública, ante a finitude dos recursos.

³⁵

CONTRATAÇÃO PÚBLICA EXTRAORDINÁRIA NO PERÍODO DO

CORONAVÍRUS. Disponível em:

<https://portal.conlicitacao.com.br/plantao-coronavirus/covid-19-e-as-licitacoes/contratacao-publica-extraordinaria-no-periodo-do-coronavirus/>



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

A dispensa de licitação e a presunção legal dos requisitos

A Lei Federal n.º 13.979/2020 estabelece uma nova hipótese de dispensa de licitação em seu art. 4º, vejamos a redação do dispositivo:

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.”

Nesse sentido, entende a CGU, como exposto no PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU:

*“Considerando a situação de extrema urgência e emergência, a lei procurou abarcar uma hipótese de contratação direta **específica e temporária**, em que pese guardar inspiração em algumas das disposições regulares das contratações emergenciais disciplinadas pela Lei n. 8.666/93. Note-se que as contratações diretas a serem entabuladas no âmbito da Lei n. 13.979/2020 não se confundem em absoluto com as contratações emergenciais típicas, seja pelo procedimento diferenciado tratado pela norma, seja pela aplicação direcionada e temporária. 20. Dessa forma, ainda que haja eventualmente similaridades, as hipóteses de dispensa são*



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

material e faticamente distintas, devendo ser tratadas de forma independente. Não há que se falar em arrastamento dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais relativos ao artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93 para as contratações destinadas ao atendimento da presente situação de emergência em saúde pública, tendo sempre em consideração esse caráter singular da contratação direta disciplinada pela Lei n. 13.979/2020.”
((file:///C:/Users/perfil2/Documents/COVID%2019%20CAOP%20PP/ANALIS TA/ANALISAR/parecer-n-00002-2020-cnmlc-cgu-agu.pdf)).

A partir da leitura do dispositivo contido no artigo 4º, da Lei nº 13979/20, é possível concluir que enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, é dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia.

Nesses casos, ainda, são presumidos os seguintes requisitos para dispensa da licitação: ocorrência de situação de emergência, necessidade de pronto atendimento da situação de emergência, existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Portanto, não há necessidade de que o gestor público empreenda esforços para comprovar o preenchimento desses requisitos, os quais estão justificadas as presunções elencadas nos incisos de I a IV do art. 4º-B da Lei nº 13.979/20. Vejamos a redação do dispositivo:



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

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)

Para Luciano Elias Reis³⁶, a situação da dispensa de licitação prevista na Lei nº 13.979/2020 não é a mesma da dispensa por emergência ou calamidade do artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93. O autor afirma que a Lei nº 13.979/2020 é específica para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de

³⁶

CONTRATAÇÃO PÚBLICA EXTRAORDINÁRIA NO PERÍODO DO

CORONAVÍRUS. Disponível em:

<https://portal.conlicitacao.com.br/plantao-coronavirus/covid-19-e-as-licitacoes/contratacao-publica-extraordinaria-no-periodo-do-coronavirus/>



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

importância internacional decorrente do coronavírus. Logo, é uma dispensa de licitação por situação calamitosa, porém com fundamento legal e requisitos distintos da “dispensa por emergência ou calamidade geral” da Lei nº 8.666/93.

De outro lado, para Ronny Charles³⁷, o texto da Lei nº 13.979/2020 não incluiu obras como objetos passíveis de adoção da dispensa prevista pelo seu artigo 4º. Conforme entendimento da AGU, o “silêncio do disciplinamento em relação à utilização do novo procedimento no caso das obras de engenharia não pode ser interpretado como um mero descuido”, pois o escopo da dispensa prevista pela Lei nº 13.979/2020 foi restrito a bens, insumos, serviços e serviços de engenharia. Para sua utilização em obras, seria necessário disciplinamento em futuras alterações normativas³⁸.

Para Carlos Pinto Coelho Motta³⁹, apoiando-se em doutrina do Professor Hely Lopes Meirelles, a obra, em sentido administrativo amplo, seria toda realização material a cargo da Administração, executada diretamente por seus órgãos ou indiretamente por seus contratados e delegados. Segundo o autor, o que distinguiria a obra do serviço seria o emprego predominante do material sobre o trabalho.

Para o doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e outros, In Direito Provisório e a Emergência do Coronavírus, Editora Fórum:

³⁷ JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES; MURILO JACOBY FERNANDES; PAULO R. TEIXEIRA; RONNY CHARLES L. DE TORRES. direito provisório e a emergência do coronavírus: espin – covid-19 – critérios e fundamentos. Página 58.

³⁸ PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU.

³⁹ Motta, Carlos Pinto Coelho. Disponível em:
http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RLC%2026_miolo.pdf



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

“ O procedimento foi simplificado visando reduzir o tempo da fase inteira:

a) a necessidade, exigida pela legislação permanente, de justificar a situação de emergência ou calamitosa, pela lei provisória não mais é necessária: o legislador considera presumida a justificativa em toda contratação que se ampara na Lei nº 13.979/2020. Confira os comentários ao 4-B;

b) a necessidade de justificar que a quantidade contratada é apenas a necessária e suficiente para afastar o risco, também passou a ser presumida como correta. Confira os comentários ao art. 4-B, inc. IV;

c) a necessidade de definição do objeto, permanece, embora simplificada. De fato, se o objeto não é adequadamente definido, a aquisição poderá representar desperdício do já escasso dinheiro público. Também o termo de referência e o projeto básico foram simplificados. Confira os comentários aos arts. 4-C e 4-E;

d) para a contratação de bens e serviços comuns, provisoriamente não será exigida a elaboração de estudos preliminares;

e) o documento “Gerenciamento de Riscos da contratação”, que passou a ser exigido no governo federal nos contratos de terceirização de mão de obra, previamente à contratação, agora, provisoriamente somente será exigível durante a gestão do contrato;

f) a estimativa de preços, foi bastante flexibilizada. Em regra, continua sendo exigida tal como é na legislação permanente, contudo passou-se admitir a contratação por preços majorados, quando inevitável.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Para a regularidade, neste caso, exige-se justificativa. Excepcionalmente também pode ser dispensada a estimativa e, neste caso, também justificativa. Confira os comentários ao art. 4-E, § 1º, VI, e §§ 2º e 3º;

g) também a exigência de documentos de habilitação foi bastante flexibilizada. Confira os comentários ao art. 4-F.”.

Regras de Transparência dos gastos: disponibilização imediata, sítio específico

Apesar de reconhecer a celeridade necessária à tomada de decisões e redução do tempo dos procedimentos, Lei nº 13.979/2020 estabeleceu mecanismos para o controle social, vejamos:

*Art. 4º § 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.*

A publicidade constitui um dos princípios da Administração Pública, consagrados pela Constituição Federal, sendo que dispõe a Lei de Improbidade Administrativa:

Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992: "Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos. [...] Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:[...] IV - negar publicidade aos atos oficiais;”

Dessa maneira, aqueles que descumprirem intencionalmente as regras de publicidade contidas na Lei nº 12.527/11 e na Lei nº 13.979/20, à revelia do princípio democrático e da situação iminente de calamidade pública, incorrerão nas sanções por improbidade administrativa. Vejamos decisão do TJPE:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. DIREITO À INFORMAÇÃO. ARTIGO 5º, XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. 1. A controvérsia diz respeito ao direito do impetrante, ora agravado, de ter acesso às informações e documentos públicos, com o fito de apurar possíveis irregularidades praticadas pelo Prefeito do Município de Rio Formoso. 2. É certo que o direito à informação está rotulado entre aqueles considerados pela Constituição da República como direito fundamental, sendo garantido a qualquer pessoa, seja física



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

ou jurídica, resposta dos órgãos públicos sobre as informações que lhe são afetas, por força do art. 5º, inciso XXXIII. 3. O pleito formulado pelo vereador municipal para apresentação da documentação solicitada, não se mostra desarrazoado, uma vez que a publicidade de tais atos se mostra imperativo por força de norma constitucional, além do que tal fiscalização não extrapola os poderes que foram conferidos ao impetrante e que ainda poderiam ser deferidos a qualquer cidadão, por não serem sigilosas as informações buscadas. 4. A Lei 12.527/2011, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações, estabelece, em seu artigo 7º, inciso VI, o acesso às informações pertinentes à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação e contratos administrativos. 5. Sendo a função do vereador a de aprovar os gastos e fiscalizar as ações da prefeitura municipal em que atua, não há motivo para o não fornecimento das informações requeridas. 6. Recurso improvido. Decisão unânime.(TJ-PE - AGV: 3225101 PE, Relator: Jorge Américo Pereira de Lira, Data de Julgamento: 28/04/2015, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 06/05/2015)

Ademais, o STF, em sede de repercussão geral, demonstrou que segue a linha ampliativa de interpretação no que tange o direito de acesso à informação. Vejamos a ementa do julgado:



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

EMENTA Direito Constitucional. Direito fundamental de acesso à informação de interesse coletivo ou geral.(...) 1. O tribunal de origem acolheu a tese de que o pedido do vereador para que informações e documentos fossem requisitados pela Casa Legislativa foi, de fato, analisado e negado por decisão do colegiado do parlamento. 2. O jogo político há de ser jogado coletivamente, devendo suas regras ser respeitadas, sob pena de se violar a institucionalidade das relações e o princípio previsto no art. 2º da Carta da Republica. Entretanto, o controle político não pode ser resultado apenas da decisão da maioria. 3. O parlamentar não se despe de sua condição de cidadão no exercício do direito de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo. Não há como se autorizar que seja o parlamentar transformado em cidadão de segunda categoria. 4. Distinguishing em relação ao caso julgado na ADI nº 3.046, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. 5. Fixada a seguinte tese de repercussão geral: o parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII, da CF e das normas de regência desse direito. 6. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 865401, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 18-10-2018 PUBLIC



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

*19-10-2018) (STF - RE: 865401 MG - MINAS GERAIS
0017158-54.2013.8.13.0720, Relator: Min. DIAS TOFFOLI,
Data de Julgamento: 25/04/2018, Tribunal Pleno)*

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, por sua vez, expediu a Recomendação Conjunta TCE/MPCO nº 06/2020⁴⁰ aos titulares dos Poderes Executivo Estadual Municipal e a todos os seus órgãos, no sentido de concederem publicidade a todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro na Lei Federal no 13.979/2020 e Medida Provisória nº 961/2020, contendo, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei no 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil ou documento equivalente no exterior, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição (art. 4º, § 2º, da Lei Federal no 13.979/2020).

A Resolução nº 91, de 13 de maio de 2020, do TCE PE, que dispõe sobre os procedimentos para registro, transparência e organização dos processos de contratação emergencial destinados ao enfrentamento da emergência, incluindo os das Organizações Sociais de Saúde (OSS) e dá outras providências, estabelece:

“Art. 5º As contratações emergenciais **deverão ser imediatamente disponibilizadas em seção específica do sítio oficial da Unidade Jurisdicionada na rede mundial de computadores (internet), contendo o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo**

⁴⁰

Disponível em:

<https://drive.google.com/file/d/1DuaK3vAFqyW1yneQ9syQITRAQyysaD1g/view>



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

*de contratação ou aquisição, **bem como observando os seguintes requisitos:***

I – conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

II – possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações.

III – possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

IV – divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;

V – garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;

VI – manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;

VII – indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e

VIII – adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência.”

Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, a norma provisória não condicionou a eficácia do ato à prévia publicação. Manteve, assim, a linha



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

suas disposições quanto à celeridade, definição do essencial e pontos de controle.

Dispensa de requisitos de regularidade da contratada (Incluído pela Medida Provisória nº 926/20)

Primeiramente, convém observar que algumas sanções administrativas, notadamente a “Declaração de inidoneidade”, a “Suspensão de licitar” e o “Impedimento de licitar”, previstas, respectivamente, nos incisos III e IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, e artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, possuem efeito material específico: geram restrições ao direito de participar de licitação ou de ser contratado pelo Poder Público.

Aponta Ronny Charles⁴¹, em rápidas palavras, que as sanções de suspensão ou impedimento de licitar são aplicadas aos licitantes que comprovadamente descumprem determinada regra do ato convocatório, se assim estiver estabelecido no próprio edital, ou que descumprirem parcialmente ou por completo suas obrigações na execução dos contratos administrativos. A penalidade é cabível ainda que o contratado ou licitante tenha agido com culpa, seja provocada por imperícia, imprudência ou negligência, podendo perdurar esta sanção por até 2 (dois) anos, nos termos do art. 87, inc. III da Lei Geral de Licitações – Lei nº 8.666/1993, ou até que consiga a declaração de reabilitação

Quando a modalidade de licitação utilizada for pregão, tanto licitantes como contratados poderão ser penalizados com impedimento de

⁴¹

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES; MURILO JACOBY FERNANDES; PAULO R. TEIXEIRA; RONNY CHARLES L. DE TORRES. direito provisório e a emergência do coronavírus: espin – covid-19 – critérios e fundamentos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

licitar e contratar por até cinco anos, na forma do art. 7º, da Lei nº 10.520/2002. Essa penalidade, contudo, é restrita à esfera de governo, ou seja, se aplicada por órgão federal implica no impedimento de contratar com a União; se por órgão estadual, com todos os órgãos daquele estado, o mesmo vale para os municípios.

A Lei de Improbidade (art. 12 da Lei nº 8429/92) também prevê, como uma possível sanção, a proibição de contratar com o Poder Público e a legislação que vigorará durante o período de emergência em saúde pública de importância nacional não faz distinção quanto à origem da proibição.

Em uma situação de crise, mesmo diante de restrições ao direito do particular de ser contratado, em função da aplicação de uma sanção administrativa, se a hipótese é de único fornecedor do bem ou serviço, e se o objeto for necessário ao atendimento de relevante demanda administrativa, é possível justificar o afastamento dessa restrição. Vejamos a redação do dispositivo:

Art. 4º § 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.

De mais a mais, cumpre alertar que sendo firmado um determinado contrato entre a Administração e um particular que esteja enquadrado em uma das penalidades restritivas de direitos, prevista neste dispositivo legal, é mister que o gestor redobre os cuidados e atenção sobre



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

a execução contratual, em face dos riscos inerentes ao perfil do fornecedor ou prestador de serviço. Assim, deve ser feita uma ponderação de interesses entre o princípio da legalidade e os princípios da eficiência e da razoabilidade.

Utilização do Sistema de Regime de Preços e do Pregão (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

A Lei Federal n.º 13.979/2020 permite que o ente público contratante utilize o sistema de registro de preço, vejamos a redação dos dispositivos pertinentes:

Art. 4º § 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.

Art. 4º § 5º Na hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal sobre registro de preços.

Art. 4º § 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.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Ainda, a lei fala na possibilidade do uso do pregão para aquisição dos bens e serviços voltados às medidas de prevenção a COVID19. Destacamos abaixo a redação do art. 4º-G:

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

Nesse momento, é possível o questionamento sobre a existência de uma hierarquia a ser obedecida entre as opções trazidas na Lei 13.979/2020 (Dispensa, Pregão ou Registro de Preço). Para o Ministro Benjamin Zymler:

"Quanto à escolha entre a dispensa e o denominado "pregão express", eu diria que esta se encontra na órbita de discricionariedade do gestor. O fato é que o pregão costuma ser um procedimento de contratação tão ou mais ágil do que uma típica dispensa de licitação, ainda mais se for adotada a sua forma eletrônica e se os prazos para a apresentação de propostas forem reduzidos pela metade.

A verdade é que o procedimento de dispensa de licitação acaba tendo sua celeridade condicionada ao prazo dos fornecedores para apresentar suas propostas, bem como



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

por ritos procedimentais internos do órgão contratante, como a manifestação da área de assessoramento jurídico.”

Em outro sentido, o conselheiro do Tribunal de Contas de Pernambuco, Valdecir Pascoal, expediu monocraticamente Medida Cautelar no Processo TC nº 2052793-7, determinando a suspensão da compra emergencial de 2.500 celulares smartphones que seria feita pelo órgão com dispensa de licitação, no valor global de R\$ 1,6 milhão pela Secretaria de Educação do Recife.

Em sua decisão, Valdecir Pascoal afirmou que não se vislumbra afronta ao interesse público no propósito de aquisição dos celulares, no entanto o procedimento adequado para a compra seria a realização de um Pregão Simplificado Eletrônico. O método não dispensaria a licitação, mas garantiria a agilidade necessária para o momento.

Continuou o conselheiro aduzindo que “a escolha entre a dispensa e o pregão simplificado, conquanto possua elementos de discricionariedade, exige do gestor sólida e robusta fundamentação da situação fática determinante, de sorte que a opção pela dispensa deverá deixar incontestada a manifesta inviabilidade do pregão”.⁴²

Quanto à questão, a Resolução nº 91/20 do Tribunal de Contas deste Estado traz:

“§ 1º A realização da dispensa ou do pregão simplificado insere-se no poder discricionário da Administração, tendo em vista as presunções legais estabelecidas no caput deste artigo.

⁴²

Disponível em:

<https://www.tce.pe.gov.br/internet/docs/tce/MedidaCautelar-2052793-7.pdf>



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

§ 2º É poder-dever da Administração avaliar a premência da contratação, considerando o potencial dano ao erário decorrente da aquisição direta e o dano reverso resultante da falta de produto ou serviço que possa colocar em risco a saúde de pessoas.

§ 3º A Administração somente poderá optar pelo pregão simplificado quando o tempo para a conclusão do procedimento licitatório não colocar em risco o atendimento da finalidade pretendida.”

Permissão para aquisição de equipamentos usados (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Outra condição flexibilizada pela nova Lei diz respeito à possibilidade de se admitir a aquisição de equipamentos usados para suprir a necessidade emergencial. A contratação dependerá de uma avaliação técnica do administrador que, de acordo com a oportunidade e conveniência, decidirá se é viável adquirir bens novos ou seminovos, considerando a durabilidade, preço, garantia, custos de manutenção, entre outros, de acordo com o caso específico. Vejamos o dispositivo:

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.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Dispensa do requisito formal de estudos preliminares para aquisição de bens e serviços comuns (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

O estudo técnico preliminar é exigido como elemento antecedente ao projeto básico pelo art. 6º, inc. IX, da Lei nº 8.666/1993. É estudo usado para elaboração do termo de referência do objeto a ser contratado.

A Medida Provisória nº 926/2020 permite ao gestor da Administração Pública não realizar os estudos técnicos preliminares, de modo a conferir maior celeridade na adoção das medidas cabíveis ao enfrentamento do coronavírus..

*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;***

Contudo, como bem pontuou o já referido doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e outros, In Direito Provisório e a Emergência do Coronavírus, Ed, Fórum: " *Por fim, como solução possível, nada impede que a Administração também faça uso de estudos preliminares desenvolvidos anteriormente em processos com objetos semelhantes, e que sejam capazes de ser reaproveitados nos processos de compras, baseados na lei 13.979/20.*"



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Momento para estipulação do gerenciamento de riscos (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

O instrumento “matriz de riscos” e o desdobramento “gestão de riscos” não é impositivo na Lei nº 8.666/1993.

Na Lei do RDC aparece como um instrumento de divisão de riscos e na Lei de Responsabilidade das Estatais – LRE, firma-se em definitivo, como instrumento de modernidade e responsabilidade a cargo do planejamento.

Para Ronny Charles⁴³ o gerenciamento de riscos é o procedimento que visa planejar, organizar, dirigir e controlar os recursos humanos e materiais adquiridos ou contratados pela Administração, buscando mitigar os riscos e incertezas sobre essa contratação, a rigor realizado antes da contratação. Também atua como instrumento relevante ao repartir os riscos, definindo a responsabilidade para o tratamento, inclusive as situações que vão exigir a concomitante atuação as partes.

Na nova legislação, o sobredito documento sobre o gerenciamento de riscos somente será exigido após a contratação, de forma a tornar mais célere a contratação. Vejamos o artigo correspondente:

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato.

⁴³

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES; MURILO JACOBY FERNANDES; PAULO R. TEIXEIRA; RONNY CHARLES L. DE TORRES. direito provisório e a emergência do coronavírus: espin – covid-19 – critérios e fundamentos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Uso do termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado e requisitos (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

A Resolução nº 91 do TCE PE, estabelece em seu artigo 8º:

“Deverão constar dos autos do processo de dispensa emergencial, no mínimo, sem prejuízo de outros documentos estabelecidos em normativos aplicáveis:

I – demonstração inequívoca da existência de um único fornecedor para determinado bem ou serviço, quando da contratação de empresa que esteja com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso;

II – declaração realizada pelo fornecedor assumindo responsabilidade pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem, quando da aquisição de bens e contratação de serviços que envolvam equipamentos usados;

III – termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado aprovado pela autoridade competente, contendo os elementos indicados no §1º do artigo 4º-E da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, quando se tratar de bens e serviços comuns;

IV – documentos que justifiquem os valores dos preços praticados em aquisições e contratações, tais como: documentos de fornecedores, cotações realizadas, matérias jornalísticas relativas ao



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

tema da contratação, possíveis demandas judiciais ou qualquer outro documento que se proponha a essa finalidade;

V – comprovação de existência de recursos orçamentários;

VI – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao cumprimento da proibição de 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;

VII – habilitação jurídica, documentação relativa à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira e à regularidade fiscal e trabalhista, exceto quando apresentada a justificativa especificada no inciso VIII deste artigo;

VIII – justificativa expressa da autoridade competente nos casos excepcionais de dispensa da apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, do cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, em razão da restrição de fornecedores ou prestadores de serviço;

IX – nos casos excepcionais de dispensa de estimativa de preços ou de contratação por valores superiores à realizada, a qual só poderá ocorrer em razão de oscilações ocasionadas pela variação de preços:

a) justificativa expressa da autoridade competente contendo elementos que comprovem a razão pela qual não foi possível a determinação do valor de mercado, ou da necessidade da aquisição por valor acima do previsto na estimativa inicial ou, ainda, a razão pela qual a aquisição ocorreu por preços significativamente



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

superiores ou inferiores às últimas aquisições realizadas já no período de emergência;

b) evidências suficientes da situação, tais como: notícias publicadas na mídia, recusas de fornecimento, artigos científicos publicados, estudos técnicos, contratações por outros entes, entre outros;

X – relatório descritivo da razão da escolha do fornecedor ou do executante, através do detalhamento das ações tomadas durante o processo de cotação de preços e contratação;

XI – documento de autorização da despesa: empenhos, subempenhos ou qualquer outro documento equivalente que cumpra tal função;

XII – contratos firmados ou outros instrumentos hábeis, conforme o caso;

XIII – documento de liquidação da despesa, contendo registro fotográfico do recebimento de bens e produtos e, nos casos de serviço de engenharia, boletins de medição;

XIV – documentos de pagamento: ordens de pagamento, ordens bancárias, cheques ou qualquer outro documento equivalente que cumpra tal função; e

XV – comprovantes de pagamento: recibos, cópias de cheques ou cópias de transferências bancárias ou qualquer outro documento equivalente que cumpra tal função.”

Outrossim, o disposto no art. 4º-E, da Lei nº 13.979/2020, que foi incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020, apresenta de forma didática um roteiro prático para a fase interna da licitação, nomeadamente para a elaboração do termo de referência ou projeto básico.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Assim, admite que os procedimentos de elaboração de termo de referência ou projeto básico sejam simplificados, bem como a estimativa de preços seja obtida por vários meios, conforme o caso concreto.

Vejamos a redação elucidativa do dispositivo:

*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 conterà

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;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

d) contratações similares de outros entes públicos; ou

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores;

e

VII - adequação orçamentária.

**Dispensa de estimativa de preços e Possibilidade de sobrepreço
(Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)**

Outra condição flexibilizada pela nova legislação diz respeito à possibilidade de se admitir a aquisição com valor acima do estimado para suprir a necessidade emergencial. Vejamos a redação do dispositivo correspondente:

Art. 4º-E § 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput.

Art. 4º-E § 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.

É sabido que a Administração enfrenta uma condição incomum: a de admitir pagar por preço acima do valor estimado, de acordo com a nova



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

realidade do mercado, principalmente quando comparado com aquisições feitas anteriormente.

Para que seja aceitável a contratação, com valor acima do estimado, todavia, o administrador terá que motivar adequadamente a sua escolha, demonstrando que dadas as alternativas e circunstâncias do caso concreto, aceitar aquelas condições é a decisão mais acertada e necessária.

O Ministro Benjamin Zymler⁴⁴ aduziu que “**Nesses casos, a principal cautela do gestor é demonstrar que o mercado fornecedor realmente está praticando os preços propostos, o que poderá ser realizado por meio de uma adequada pesquisa de mercado**”. Continua o Ministro com exemplo elucidativo:

Para melhor ilustrar a situação, considere que a pesquisa de mercado foi realizada com base em contratações similares do Governo Federal concluídas há 180 dias. É patente que a situação atual de mercado do álcool gel e da máscara de proteção é muito diferente da vivenciada há seis meses. O mundo todo está com dificuldades para suprir esses insumos. O que o gestor deveria priorizar na situação exemplificada na pergunta é uma pesquisa direta realizada com potenciais fornecedores e a utilização da internet.

Outrossim, o Ministro pontuou que o Código de Defesa do Consumidor considera prática abusiva a elevação, sem justa causa, do preço

⁴⁴

13.979/2020. Entrevista Exclusiva com
Ministro Benjamin Zymler



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

dos produtos ou serviços (art. 39, inciso X, da Lei 8.078/1990). O aumento arbitrário dos lucros e preços, independentemente de culpa, também pode ser enquadrado como infração à ordem econômica, nos termos do art. 36, inciso III, da Lei 12.529/2011. Ainda nesse aspecto, a Lei 1.521/1951 dispõe ser crime contra a economia popular “provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício.

A Resolução nº 91/20 do TCE PE, especifica no §1º, do artigo 8º: *“Para fins do inciso IV do caput, **consideram-se instrumentos hábeis para o exame dos preços contratados os comprovantes de custos que o contratado assumiu para executar o objeto, tais como notas fiscais dos insumos, contratações de fretes, tributação, entre outros”.***

Dispensa de requisitos de regularidade da contratada (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Na Lei nº 8.666/1993 já há previsão que flexibiliza a exigência de documentos de habilitação nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão⁴⁵.

⁴⁵

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

A norma provisória(Lei nº 13.979/20) passa a dispensar alguns documentos de habilitação. Vejamos o dispositivo:

*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.*

Ronny Charles⁴⁶ assevera que é necessária atenção, pois só haverá alteração na exigência de habilitação se houver “restrição de fornecedores ou prestadores de serviço”. Dessa forma, não sendo restrito o mercado, a habilitação não terá alteração durante o período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional. Se houver restrição, a autoridade deve considerar o fato excepcional e justificar no processo a dispensa de um ou mais requisitos.

A dispensa de documentos de habilitação poderá incidir sobre as certidões de regularidade fiscal, trabalhista ou outro requisito. Todavia, não pode ser dispensada a prova de regularidade com a seguridade social.

⁴⁶

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES; MURILO JACOBY FERNANDES;
PAULO R. TEIXEIRA; RONNY CHARLES L. DE TORRES. direito provisório e a emergência do coronavírus: espin – covid-19 – critérios e fundamentos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Prazos e recursos administrativos no Pregão e Dispensa da audiência pública (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

A nova regra temporária e excepcional, prevista no §1º, art. 4º-G, determina que a Administração, nos casos previstos na nova lei, quando utilizar-se da modalidade pregão, deve contar todos os seus prazos pela metade.

Já nos casos em que o prazo, originalmente, for número ímpar, que seja este arredondado ao primeiro número inteiro que anteceda a redução pela metade.

No caso do prazo recursal no pregão, por exemplo, que é de três dias, de acordo com a nova regra, este prazo seria reduzido a apenas um dia.

Outrossim, sobre os recursos no procedimento de pregão, esses terão apenas efeito devolutivo, promovendo a celeridade do procedimento licitatório.

Vejamos os dispositivos comentados:

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;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

§ 2º Os recursos dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo.

Portanto, para fins de adequação dos novos prazos, nos termos do art. 4º-G da Lei nº 13.979/2020, destaca-se um quadro abaixo, criado pelo Professor Victor Amorim⁴⁷:

| EVENTO PROCEDIMENTAL | PRAZO ORIGINAL | NOVO PRAZO |
|---|--|--------------|
| Divulgação do edital | 8 dias úteis (art. 4º, V, Lei nº 10.520/2002) | 4 dias úteis |
| Apresentação de razões recursais | 3 dias (art. 4º, XVIII, Lei nº 10.520/2002) | 1 dia |
| Envio de documentação complementar no pregão eletrônico | 2 horas (art. 38, §2º, Decreto nº 10.024/2019) | 1 hora |
| Suspensão em caso de desconexão do Pregoeiro | 24 horas (art. 35 do Decreto nº 10.024/2019) | 12 horas |

47

Disponível em:

<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/03/Artigo-Portal-LC-Preg%C3%A3o-e-a-Lei-13.979-2020-Victor-Amorim.pdf>



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

| | | |
|--|--|-------------------------------|
| Suspensão para realização de diligências com vistas ao saneamento de erros ou falhas | 24 horas (parágrafo único do art. 47 do Decreto nº 10.024/2019) | 12 horas |
| Resposta do Pregoeiro à impugnação e ao pedido de esclarecimento | Pregão Presencial: 24 horas (art. 12, §1º, do Decreto nº 3.555/2000) | Pregão Presencial: 12 horas |
| | Pregão Eletrônico: 2 dias úteis (art. 23, §1º, e art. 24, §1º do Decreto nº 10.024/2019) | Pregão Eletrônico: 1 dia útil |

Na mesma linha da celeridade, a Lei 13979/20 dispõe que fica dispensada a realização de audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993⁴⁸ (Art. 4º-G § 3º, Lei 13979/20), para as

⁴⁸

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

licitações de que trata o caput, ou seja, *“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”*.

Necessário ressaltar que as licitações de bens e serviços comuns poderão ser desenvolvidas a partir da modalidade pregão, seja na via presencial ou eletrônica. A citada lei não determinou uma obrigatoriedade do eletrônico. Para mais detalhes sobre a utilização do pregão conferir o ponto “Utilização do Sistema de Regime de Preços e do Pregão” desta nota.

De mais a mais, na modalidade Pregão, quando utilizado o Sistema de registro de preços, as compras serão de natureza nacional, é o que aduz o art. 4º-G § 4º da Lei 13.979/20:

Art. 4º-G § 4º As licitações de que trata o caput realizadas por meio de sistema de registro de preços serão consideradas compras nacionais, nos termos do disposto no regulamento federal, observado o prazo estabelecido no § 6º do art. 4º⁴⁹.

Duração dos Contratos (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados

⁴⁹ Art. 4º § 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.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Considerando que as contratações baseadas na Lei nº 13.979/2020 se dão em caráter emergencial, sejam elas decorrentes de pregão ou de dispensa de licitação, a execução destes contratos fica limitada a um período de até seis meses.

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;

Termos aditivos (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Outra possibilidade que foi incluída pela Medida Provisória nº 926, de 2020 é a de admitir a previsão nos contratos decorrentes da Lei nº 13.979/2020 de um aditivo contratual, prevendo a adição ou supressão de seu objeto em até 50% sobre o valor do contrato.

Essa regra, amplia a capacidade da Administração de suprir eventual falta do objeto ou de reduzir seus quantitativos unilateralmente, de forma mais célere, independente da anuência do particular. Eis o dispositivo:

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.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Para Ronny Charles⁵⁰a lei não tratou das situações de alterações unilaterais qualitativas, nem de alterações por acordo entre as partes. Assim, havendo a necessidade de proceder a tais alterações no curso dos contratos, entende o autor que podem ser aplicados os dispositivos da Lei 8.666/1993.

ANEXO:

RESOLUÇÃO TC Nº 91, DE 13 DE MAIO DE 2020 - TCE/PE

Dispõe sobre os procedimentos para registro, transparência e organização dos processos de contratação emergencial destinados ao enfrentamento da emergência, incluindo os das Organizações Sociais de Saúde (OSS) e dá outras providências.

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO, em sessão ordinária do Pleno realizada em 13 de maio de 2020, e no uso de suas atribuições constitucionais, legais e regimentais, especialmente no disposto no inciso XVIII do artigo 102 de sua Lei Orgânica, Lei Estadual nº 12.600, de 14 de junho de 2004, com suas alterações posteriores;

⁵⁰

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES; MURILO JACOBY FERNANDES;
PAULO R. TEIXEIRA; RONNY CHARLES L. DE TORRES. direito provisório e a emergência do coronavírus: espin – covid-19 – critérios e fundamentos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

CONSIDERANDO que incumbe aos tribunais de contas, no exercício do controle externo da Administração Pública, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nos termos do caput do artigo 70 e do artigo 71 da Constituição Federal de 1988;

CONSIDERANDO a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, declarada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, e a de importância nacional declarada pelo Ministério da Saúde por intermédio da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020;

CONSIDERANDO que o surto do novo coronavírus (Sars-Cov-2) foi elevado à categoria de "Pandemia" pela Organização Mundial de Saúde, em 11 de março de 2020;

CONSIDERANDO o § 2º do artigo 4º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019;

CONSIDERANDO a Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde, que declara emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo coronavírus (COVID-19), bem como a Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, que dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (COVID-19);



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

CONSIDERANDO o Decreto Legislativo nº 9, de 24 de março de 2020, que reconhece, para os fins do disposto no artigo 65 da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública no Estado de Pernambuco;

CONSIDERANDO, naquilo que for aplicável, os dispositivos e, especialmente, as prognoses legislativas e a finalidade da Lei Complementar Estadual nº 425, de 25 de março de 2020, da Lei Municipal do Recife nº 18.704, de 30 de março de 2020, e Resoluções do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco relativas às medidas de combate aos efeitos da crise social decorrentes da emergência de saúde pública do novo coronavírus;

CONSIDERANDO a Resolução Conjunta ATRICON/ABRACOM/AUDICON/CNPTC/IRB nº 1, de 27 de março de 2020, que dispõe sobre diretrizes e recomendações quanto às medidas que possam ser adotadas pelos tribunais de contas, de modo uniforme e colaborativo com os demais poderes, para minimizar os efeitos internos e externos decorrentes do coronavírus (COVID-19);

CONSIDERANDO a necessidade de estender as medidas temporárias para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus adotadas em resoluções do TCE-PE às Organizações Sociais da área de saúde (OSS);

CONSIDERANDO a Lei Estadual nº 15.210, de 19 de dezembro de 2013, que dispõe sobre as Organizações Sociais de Saúde - OSS, no âmbito do Estado de Pernambuco, inclusive definindo a obrigatoriedade e o conteúdo da prestação de contas por parte dessas entidades;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

CONSIDERANDO a Lei nº 13.992, de 22 de abril de 2020, que suspende por 120 (cento e vinte) dias, a contar de 1º de março do corrente ano, a obrigatoriedade da manutenção das metas quantitativas e qualitativas contratualizadas pelos prestadores de serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS);

CONSIDERANDO a Resolução TC nº 58, de 21 de agosto de 2019, que dispõe sobre a transparência dos recursos públicos geridos pelas Organizações Sociais de Saúde – OSS;

CONSIDERANDO a Portaria do Ministério da Saúde nº 1.646, de 2 de outubro de 2015, que instituiu o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES);

CONSIDERANDO a Nota Técnica SEI nº 12.774/2020/ME da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), que trata da Contabilização de Recursos Destinados ao Enfrentamento da emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Coronavírus (COVID-19);

CONSIDERANDO o artigo 17 da Lei Complementar Estadual nº 425, de 25 de março de 2020, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 48.866, de 27 de março de 2020, que suspende os prazos dos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Estadual;

RESOLVE:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas Unidades Jurisdicionadas do Tribunal de Contas quanto ao registro e à transparência dos recursos públicos utilizados nas ações destinadas ao enfrentamento da emergência e à organização dos processos de contratação deles decorrentes, bem como pelas Organizações Sociais da área de saúde (OSS) gestoras de recursos públicos.

Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se:

I – emergência: emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, declarada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020;

II – contratação emergencial: contratação ou aquisição realizada com fulcro na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020;

III – dispensa emergencial: dispensa de licitação realizada com fulcro na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020;

IV – documentos comprobatórios: documentos que comprovem o histórico da despesa, desde a fase da decisão de aquisição do produto, do bem, da obra e do serviço, até a sua entrega ou conclusão;

V – processo de contratação ou aquisição: identificação que contenha, no mínimo, o número e tipo do processo de contratação ou aquisição.

CAPÍTULO II

DAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Art. 3º A contratação emergencial é temporária e se destina exclusivamente à aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos que tenham por finalidade o enfrentamento da emergência.

Parágrafo único. A contratação de obras de engenharia não pode ser realizada com fundamento na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Art. 4º Uma vez cessada a situação de emergência, nos termos do ato referido no § 2º do artigo 1º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, torna-se inviável a realização de contratação emergencial com esse fundamento.

Parágrafo único. Constitui-se exceção ao caput a duração dos contratos pactuados sob a égide da mencionada lei que perdurarão até o término de seu prazo de vigência, salvo hipótese de eventual rescisão, nos termos do artigo 8º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Art. 5º As contratações emergenciais deverão ser imediatamente disponibilizadas em seção específica do sítio oficial da Unidade Jurisdicionada na rede mundial de computadores (internet), contendo 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, bem como observando os seguintes requisitos:

I – conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

II – possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações.

III – possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

IV – divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;

V – garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;

VI – manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;

VII – indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio;
e

VIII – adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência.

CAPÍTULO III

DAS DISPENSAS EMERGENCIAIS

Art. 6º Presumem-se atendidas, nas dispensas emergenciais, não havendo, assim, necessidade de comprovação nos autos do processo de contratação ou de aquisição a:

I – ocorrência de situação de emergência;

II – necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

III – existência de risco à segurança de pessoas, a obras, à prestação de serviços, a equipamentos e a outros bens, públicos ou particulares; e

IV – limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

§ 1º A realização da dispensa ou do pregão simplificado insere-se no poder discricionário da Administração, tendo em vista as presunções legais estabelecidas no caput deste artigo.

§ 2º É poder-dever da Administração avaliar a premência da contratação, considerando o potencial dano ao erário decorrente da aquisição direta e o dano reverso resultante da falta de produto ou serviço que possa colocar em risco a saúde de pessoas.

§ 3º A Administração somente poderá optar pelo pregão simplificado quando o tempo para a conclusão do procedimento licitatório não colocar em risco o atendimento da finalidade pretendida.

Art. 7º No chamamento público, o edital deverá ser amplamente divulgado em página do sítio oficial da administração pública na internet, com antecedência mínima de 03 (três) dias úteis.

Art. 8º Deverão constar dos autos do processo de dispensa emergencial, no mínimo, sem prejuízo de outros documentos estabelecidos em normativos aplicáveis:

I – demonstração inequívoca da existência de um único fornecedor para determinado bem ou serviço, quando da contratação de empresa que esteja com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

II – declaração realizada pelo fornecedor assumindo responsabilidade pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem, quando da aquisição de bens e contratação de serviços que envolvam equipamentos usados;

III – termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado aprovado pela autoridade competente, contendo os elementos indicados no §1º do artigo 4º-E da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, quando se tratar de bens e serviços comuns;

IV – documentos que justifiquem os valores dos preços praticados em aquisições e contratações, tais como: documentos de fornecedores, cotações realizadas, matérias jornalísticas relativas ao tema da contratação, possíveis demandas judiciais ou qualquer outro documento que se proponha a essa finalidade;

V – comprovação de existência de recursos orçamentários;

VI – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao cumprimento da proibição de 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;

VII – habilitação jurídica, documentação relativa à qualificação técnica, à qualificação econômico-financeira e à regularidade fiscal e trabalhista, exceto quando apresentada a justificativa especificada no inciso VIII deste artigo;

VIII – justificativa expressa da autoridade competente no casos excepcionais de dispensa da apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, do cumprimento de um ou mais requisitos de



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

habilitação, em razão da restrição de fornecedores ou prestadores de serviço;

IX – nos casos excepcionais de dispensa de estimativa de preços ou de contratação por valores superiores à realizada, a qual só poderá ocorrer em razão de oscilações ocasionadas pela variação de preços:

a) justificativa expressa da autoridade competente contendo elementos que comprovem a razão pela qual não foi possível a determinação do valor de mercado, ou da necessidade da aquisição por valor acima do previsto na estimativa inicial ou, ainda, a razão pela qual a aquisição ocorreu por preços significativamente superiores ou inferiores às últimas aquisições realizadas já no período de emergência;

b) evidências suficientes da situação, tais como: notícias publicadas na mídia, recusas de fornecimento, artigos científicos publicados, estudos técnicos, contratações por outros entes, entre outros;

X – relatório descritivo da razão da escolha do fornecedor ou do executante, através do detalhamento das ações tomadas durante o processo de cotação de preços e contratação;

XI – documento de autorização da despesa: empenhos, subempenhos ou qualquer outro documento equivalente que cumpra tal função;

XII – contratos firmados ou outros instrumentos hábeis, conforme o caso;

XIII – documento de liquidação da despesa, contendo registro fotográfico do recebimento de bens e produtos e, nos casos de serviço de engenharia, boletins de medição;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

XIV – documentos de pagamento: ordens de pagamento, ordens bancárias, cheques ou qualquer outro documento equivalente que cumpra tal função; e

XV – comprovantes de pagamento: recibos, cópias de cheques ou cópias de transferências bancárias ou qualquer outro documento equivalente que cumpra tal função.

§ 1º Para fins do inciso IV do caput, consideram-se instrumentos hábeis para o exame dos preços contratados os comprovantes de custos que o contratado assumiu para executar o objeto, tais como notas fiscais dos insumos, contratações de fretes, tributação, entre outros.

§ 2º No caso de serviços de engenharia:

I – para fins do inciso XII do caput, a unidade jurisdicionada deverá fazer constar no contrato a exigência para entrega da documentação que retrate fielmente o que foi construído (as built), bem como do registro fotográfico contendo as suas diversas etapas, registrando o momento inicial (anterior à intervenção) e a situação concluída;

II – para fins do inciso XIII do caput, os boletins de medição devem:

a) ser apresentados conforme modelo do Anexo Único, através de planilha em formato XLS ou equivalente, de maneira aberta, sem bloqueio de fórmulas;

b) vir acompanhados das respectivas memórias de cálculo, demonstrando a metodologia utilizada para a aferição dos serviços executados, e do registro fotográfico que demonstre fidedignamente a execução de todos os serviços atestados no boletim;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

c) conter a data de aferição/emissão e o período correspondente à realização dos serviços; e

d) ser atestados pelo fiscal designado pela Administração, devidamente habilitado para tal, e assinados pelo engenheiro responsável técnico ou profissional habilitado no CREA da empresa contratada, relacionando todos os serviços executados no período de referência de cada boletim para instruir o pagamento.

III – para fins do inciso XIV do caput, a unidade jurisdicionada deverá fazer constar no corpo dos documentos de autorização do pagamento da despesa a referência aos respectivos boletins de medição e comprovantes de pagamento já realizados, explicitando a numeração do boletim correlato;

IV – ao final da execução do serviço de engenharia, deverá ser juntada ao processo de dispensa emergencial a documentação que retrate fielmente o que foi construído (as built), incluindo todas as plantas, memoriais e especificações, com detalhes do que foi executado e quais insumos foram utilizados nessa execução, juntamente com o respectivo orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição dos custos unitários de todos os serviços executados.

Art. 9º O processo de dispensa emergencial deve estar instruído em até 10 (dez) dias da entrega definitiva do bem, do serviço ou do insumo, para fins de atendimento às diligências do TCE-PE.

Art. 10. Nos casos em que o gestor esteja ciente de estar sendo vítima de abuso por parte dos fornecedores, mas não possuir alternativa de aquisição e tratar-se de bem, serviço ou insumo imprescindível para enfrentamento da



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

emergência, compete-lhe representar os fatos ao Ministério Público, dando ciência ao TCE-PE.

CAPÍTULO IV

DAS CONTRATAÇÕES DE OSS

Art. 11. A OSS responsável pela gestão de hospital temporário destinado ao enfrentamento da emergência deve apresentar ao órgão supervisor, e disponibilizar ao TCE-PE, prestação de contas:

I – mensal, no prazo de 30 (trinta) dias contados do encerramento de cada mês, contendo as receitas e as despesas executadas a título do contrato de gestão, juntamente com os respectivos demonstrativos financeiros e os documentos comprobatórios;

II – final, no prazo de 30 (trinta) dias após o término do contrato, prorrogável por igual período, contendo relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo os resultados alcançados, os balanços e os demonstrativos financeiros correspondentes.

Art. 12. As despesas realizadas pela OSS, na gestão dos hospitais temporários destinados ao enfrentamento da emergência, referentes a investimentos (obras, aquisição de bens e equipamentos) deverão ser devidamente comprovadas por meio de prestação de contas, acompanhada dos documentos comprobatórios, a ser apresentada ao órgão supervisor e disponibilizada ao TCE-PE, em até 30 dias contados do recebimento de cada parcela fruível relativa à despesa de investimento.

§ 1º Havendo saldo após a entrega da prestação de contas mencionada no caput, deverão ser apresentados ao órgão supervisor e disponibilizados ao



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

TCE-PE, a cada 30 dias, relatórios de prestação de contas contendo os serviços e/ou aquisições executados no período.

§ 2º Para a prestação de contas das despesas relativas às obras, aos serviços de engenharia e às aquisições de bens, aplicam-se as disposições estabelecidas nos incisos X, XIII e XV do caput e no § 2º do artigo 8º, no que couber.

Art. 13. Os documentos de prestação de contas das OSS, inclusive os comprovantes da aplicação dos recursos públicos, devem ser mantidos em arquivo, em boa ordem, no órgão supervisor, à disposição da unidade de controle interno e do TCE-PE, pelo prazo de cinco anos, contado da aprovação das contas.

Art. 14. Em atenção ao princípio da transparência dos recursos públicos geridos pelas OSS, no tocante à disponibilização das informações nos sítios oficiais ou portais de transparência, mantém-se o que estabelece a Resolução TC nº 58, de 21 de agosto de 2019, excluindo-se aquilo que não couber, em função das possíveis diferenças existentes no contrato de gestão celebrado para o atendimento específico das ações de enfrentamento da emergência.

Art. 15. Fica suspensa por 120 (cento e vinte) dias a obrigatoriedade da manutenção das metas quantitativas e qualitativas contratualizadas pelos prestadores de serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Parágrafo único. Para fins dos disposto no caput, fica suspensa também a aplicação do inciso X do artigo 1º da Resolução TC nº 58, de 21 de agosto de 2019 , por igual período.

CAPÍTULO IV

DO REGISTRO ORÇAMENTÁRIO E FINANCEIRO

Art. 16. De forma a garantir o acompanhamento do crédito orçamentário desde a fixação da despesa até a realização do pagamento, quando necessário, os entes devem utilizar-se de programas ou ações orçamentárias específicas para a identificação das despesas destinadas ao enfrentamento da emergência, devendo ser utilizada a expressão “COVID-19” ou “Coronavírus” no título da programa ou ação respectiva.

§ 1º Dada a necessidade de promover a transparência e o controle dos gastos, deverá ser comunicado ao TCE-PE, através de ofício, o programa ou a ação que será utilizada pelo ente.

§ 2º Excepcionalmente, a identificação das despesas também poderá ser realizada a partir da classificação finalística e de controle gerencial da programação financeira, com registro e armazenamento em documento eletrônico disponível no sistema de execução orçamentária e financeira utilizado pelo jurisdicionado e com envio dos dados respectivos ao TCE-PE.

Art. 17. Também para fins de identificação das despesas, quando da elaboração das notas de empenho, deve ser utilizada a expressão “COVID-19” ou “Coronavírus” ou “Pandemia” no histórico da despesa respectiva.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

Art. 18. No que se refere ao controle financeiro, de disponibilidades, de forma a garantir a transparência, a rastreabilidade e o controle da aplicação dos recursos, deve ser observado o seguinte:

I – Os recursos recebidos no âmbito do SUS devem obedecer às mesmas classificações previstas no ementário da receita pública, não necessitando da criação de novas classificações orçamentárias.

II – Quanto às transferências do SUS, a contabilização deverá ocorrer nas seguintes contas:

a) “1.7.1.8.03.9.0 – Transferência de Recursos do SUS – Outros Programas Financiados por Transferências Fundo a Fundo”;

b) “1.7.1.8.04.6.0 – Outras Transferências de Recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, não detalhadas anteriormente”;

c) “2.4.1.8.03.9.0 – Transferência de Recursos do SUS – Outros Programas Financiados por Transferências Fundo a Fundo”; e

d) “2.4.1.8.04.6.0 – Outras Transferências de Recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, não detalhadas anteriormente”.

§ 1º Os recursos recebidos e vinculados ao enfrentamento da emergência devem ser registrados na fonte de recursos 219 (Recursos vinculados ao combate à COVID-19), conforme a tabela interna “29 Tipo Fonte de Recurso” do sistema Sagres-PE.

§ 2º O apoio financeiro aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, previsto na Medida Provisória nº 938, de 2 de abril de 2020, não se confunde com a receita recebida por meio dos fundos de participação dos



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

estados e dos municípios – FPM/FPE, tratando-se de transferência de recursos da União aos estados, DF e municípios e deverá ser registrada na Natureza de Receita 1.7.1.8.99.1.0 – Outras Transferências da União.

Art. 19. O Órgão Central do Sistema de Controle Interno, estadual ou municipal, por meio do exercício de suas funções, deve encaminhar orientações às unidades orçamentárias das respectivas administrações diretas e indiretas para que observem os procedimentos a serem adotados para a correta classificação das receitas e despesas direcionadas ao enfrentamento da emergência.

Parágrafo Único. Todos os órgãos e as entidades do Estado ou do Município, respeitados os limites de sua atuação, devem observar as orientações para a correta classificação das despesas com vistas à garantia da fidedignidade dos registros contábeis.

Art. 20. Os dados orçamentários e financeiros devem ser enviados através do Sistema de Acompanhamento da Gestão dos Recursos da Sociedade (SAGRES), regulamentado pela Resolução TC nº 20, de 10 de agosto de 2016, por meio de suas remessas.

Parágrafo único. O TCE-PE disponibilizará os dados recebidos através do portal Tome Conta, com o fim de contribuir para a transparência e para o controle social.

CAPÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 21. Para contratação de obras e reformas no período de enfrentamento da emergência, as unidades jurisdicionadas, independente de se tratar de



MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO
CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO
PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

contratação direta, também devem observar as disposições estabelecidas nos incisos X, XIII e XV do caput e o § 2º do artigo 8º.

Art. 22. Ficam suspensos os prazos relacionados a procedimentos de Tomadas de Contas Especiais previstos na Resolução TC nº 36, de 29 de agosto de 2018.

Art. 23. Visando ao que estabelece a Portaria do Ministério da Saúde nº 1.646/2015, que instituiu o Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), a Administração Pública deve manter atualizado o cadastro das unidades de saúde temporárias (hospitais temporários destinados ao enfrentamento da emergência) destinadas ao enfrentamento da emergência, no sistema eletrônico CNES do Ministério da Saúde.

Art. 24. A não disponibilização ou o não envio dos documentos e das informações exigidas nesta Resolução será considerado como sonegação, podendo ensejar a lavratura de auto de infração, nos termos do artigo 2º-A da Resolução TC nº 17, de 27 de novembro de 2013.

Art. 25. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das sessões do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, em 13 de maio de 2020.

DIRCEU RODOLFO DE MELO JÚNIOR

Presidente