

Contratações públicas para a vacinação da COVID-19 – comentários à Medida Provisória nº 1.026/2021.

Resenha: Análise dos impactos trazidos pela Medida Provisória nº 1.026/2021 nas contratações públicas para a vacinação da COVID-19, notadamente, quanto aos artigos 1º e 10.

Resumo/Nota de chamada: O presente trabalho tem por objetivo abordar as regras provisórias trazidas pela Medida Provisória nº 1.026/2021, publicada no último dia 06 de janeiro, notadamente, as regras previstas entre os artigos 1º e 12 do referido dispositivo que tratam, especificação de contratação pela administração pública, abordando todas as possibilidades de contratação excepcionais previstas na referida MP, muitas das quais resgatadas da Lei nº 13.979/2020 e da Lei nº 14.065/2020, dentre as quais, dispensa de licitação, “pregão express”, Sistema de Registro de Preços, pagamento antecipado.

Palavras Chaves: COVID-19; coronavírus, pandemia, MP nº 1.026/2021, Dispensa de Licitação, Sistema de Registro de Preços, Pregão Express.

Sumário: 1 - Introdução, 2 - Fim do estado de calamidade pública e da legislação provisória de 2020, 3 - Objeto e vigência dos contratos pela MP nº 1.026/2021, 4 - Contratação por dispensa de licitação e o Sistema de Registro de Preços, 5 - Flexibilização da fase interna das contratações, 6 - Licitação pela MP nº 1.026/2021 e o Pregão Express, 7 - Transparência das contratações, 8 - Flexibilização nos critérios habilitatórios e contratação com empresas suspensas e impedidas, 9 - Cláusulas Especiais nos contratos, 10 - Gerenciamento de riscos e atuação dos órgãos de controle, 11 - Acréscimos e supressões nos contratos, 12 - Conclusão.

1 - INTRODUÇÃO

Nem mesmo encerramos o difícil exercício de 2020, no qual tivemos diversas regras provisórias para contratação pela administração pública, em virtude do estado de calamidade pública e dos impactos da pandemia da COVID-19, e em virtude do Decreto Legislativo nº 6/2020, e já temos nova regra provisória que, em boa parte, ressuscita parte das regras previstas no art. 4º, da Lei nº 13.979/2020 e da Lei nº 14.065/2020.

Nesse período, durante a vigência do Decreto Legislativo nº 6, tivemos, além da Lei nº 13.979/2020, diversas medidas provisórias que alteraram a lei, instruções normativas que modernizaram a administração pública quanto à fase interna das licitações e tivemos a Lei nº 14.065/2020 que, dentre suas regras importantes, ressuscitou o RDC, para utilização em qualquer objeto, bem como, tratou de regras mais claras sobre antecipação de pagamento nas contratações públicas.

Tudo isso veio com o intuito de trazer celeridade, eficiência e o interesse público, em socorro ao estado de calamidade pública, devido à pandemia da COVID-19. E que, de certa forma, sim, permitiu a administração pública agir de forma célere nas contratações de serviços, de bens, de materiais e insumos, inclusive, entrar na disputa com o mercado exterior por produtos que, caso não houvesse celeridade, o Brasil não teria como competir.

E, com isso, o ano de 2020 seguiu-se, quanto às contratações voltadas à pandemia da COVID-19, nessa linha.

Infelizmente, a pandemia e seus reflexos que causaram impactos consideráveis na sociedade, seja em termos econômicos, seja socialmente, seja em procedimentos e tecnologicamente, ainda perdura. Chegando-se, felizmente, nesse momento tão aguardado pela sociedade, que é a disponibilização das vacinas para o combate ao coronavírus.

E, em que pese o estado de calamidade pública, legalmente, ter-se encerrado, em virtude do fim da vigência do Decreto Legislativo nº 6/2020, socialmente, ainda permanece. O que resultou em uma ação do Governo Federal, agora, com o intuito de trazer celeridade nas contratações voltas à vacinação da COVID-19.

O objetivo desse trabalho, então, é esmiuçar essas regras excepcionais, trazidas pela referida medida provisória, entre os artigos 1º e 12, para esse momento específico.

2 – FIM DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA E DA LEGISLAÇÃO PROVISÓRIA DE 2020

Antes de adentrarmos às regras da MP nº 1.026/2021, não poderíamos deixar de abordar, até para fins de esclarecimento e historicidade, o fim da vigência das normas provisórias que tivemos em 2020, considerando sua importância, para fins de comparativo com as novas regras provisórias, inclusive, considerando decisão recente do STF, proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6625.

O Decreto Legislativo nº 6/2020, que reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública, previa que a referida ocorrência teria efeitos até 31.12.2020.

Por sua vez, a Lei nº 13.979/2020, que dispunha sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, previa, em seu art. 8º que a lei vigoraria enquanto estivesse vigente o Decreto Legislativo nº 6/2020; com um detalhe importe acerca da observância do disposto no art. 4º-H, que fora incluído pela Lei nº 14.035/2020.

Dessa forma, considerando a condição de vigência da Lei nº 13.979/2020 ao decreto legislativo, uma vez o referido decreto encerrando sua vigência a partir de 01.01.2021, também não estaria mais vigente a Lei nº 13.979/2020.

A observação quanto ao disposto no art. 4º-H, está no fato de que, apesar do mesmo prever que os contratos regidos pela Lei nº 13.979/2020 teriam prazo de duração de até 6 (seis) meses que e poderiam ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto vigorar o Decreto Legislativo nº 6/2020, deveriam ser respeitados os prazos pactuados.

Logo, até 31.12.2020, enquanto ainda estava vigente o Decreto Legislativo nº 6, os contratos firmados fundamentados na Lei nº 13.979/2020 poderiam ser prorrogados e, dessa forma, suas vigências ultrapassarem essa data, continuando sua execução em 2021.

Importante, também, abordarmos as regras trazidas pela Lei nº 14.065/2020, que, além de alterar a Lei nº 13.979/2020, também autorizava pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública, além de adequar os limites de dispensa de licitação e ampliar o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6.

Da mesma forma que a Lei nº 13.979/2020, a Lei nº 14.065/2020, também, teve sua vigência findada em 31.12.2020.

Com isso, em que pese a própria Lei nº 8.666/93 permitir o pagamento antecipado, observando-se, ainda, os posicionamentos do TCU e AGU acerca da possibilidade, não haveria mais possibilidade pagamento antecipado dos contratos pela administração fundamentado na Lei nº 14.065/2020.

Outro impacto provisório nas normas de contratação se deu, de forma considerável, nos limites de dispensa de licitação, de que tratam os incisos I e II, do art. 24, da Lei de Licitações e Contratos que, em regra, possuem os limites de R\$ 33.000,00, para contratação de obras e serviços de engenharia, e de R\$ 17.600,00, para contratação de outros serviços e compras.

Com a publicação da Lei nº 14.065/2020, durante a vigência do Decreto Legislativo nº 6, houve a ampliação desses limites, respectivamente, para R\$ 100.000,00 e R\$ 50.000,00. Retornando-se ao valor original da Lei nº 8.666/93, a partir de 01.01.2021.

E, por fim, não menos importante, a ampliação, pela Lei nº 14.065/2020, da aplicação do RDC, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações, também durante a vigência do Decreto Legislativo nº 6. Voltando-se sua aplicação, a partir de 01.01.2021, às regras constantes na Lei nº 12.462/2011.

Pois bem, após essa abordagem histórica resumida das normas provisórias vigentes em 2020, até 31.12.2020, em que pese, como já mencionamos, a decisão do STF, que tornou, ainda vigentes, os art. 3º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-

E, 3º-F, 3º-G, 3º-H, 3º-J, da Lei nº 13.979/2020, não é mais possível se contratar, a partir de 01.01.2021 pela referida lei.

3 – OBJETO E VIGÊNCIA DOS CONTRATOS PELA MP Nº 1.026/2021

Em que pese algumas regras da Lei nº 13.979/2020, como veremos, estarem previstas na MP nº 1.026/2021, uma das principais diferenças está no objeto de sua aplicação, o que deverá ser observado pelo gestor.

As contratações fundamentadas na MP nº 1.026/2021 deverão ter como objeto a aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços de logística, tecnologia da informação e comunicação, comunicação social e publicitária e treinamentos destinados à vacinação contra a covid-19; diferentemente, do que previa a Lei nº 13.979/2021 que possui um campo mais aberto de aplicação, desde que as contratações tivessem como objetivo o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.

Já o prazo de aplicação da MP nº 1.026/2021 está limitado aos atos praticados e aos contratos ou instrumentos congêneres firmados até 31.07.2021, independente do seu prazo de execução ou de suas prorrogações.

Observa-se, então, que, diferentemente da Lei nº 13.979/2020, que trazia previsão de duração do contrato de até seis meses, prorrogáveis por períodos sucessivos, enquanto vigasse o decreto legislativo, a MP nº 1.026/2021 não prevê limitação de prazo de vigência da contratação. A previsão está limitada à data em que o instrumento contratual está firmado.

Importante lembrar que, em sendo o contrato advindo de um pregão, o cenário é mais tranquilo. Mas, sendo o contrato advindo de uma contratação realizada por dispensa de licitação, prevista na medida provisória, a mesma deverá ser melhor fundamentada, em que pese não haver limitação do seu prazo e não haver relação com o limite de prazo constante no inciso IV, do art. 24, da Lei nº 8.666/96.

A contratação excepcional, para fins do que observa a MP nº 1.026/2021, deverá ser firmada, a nosso ver, com o prazo suficiente para realização do devido procedimento licitatório.

4 - CONTRATAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO E O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O art. 2º, da MP nº 1.026/2021 prevê que fica a administração pública autorizada a contratar, por dispensa de licitação, especificamente, aquisição de vacinas e de insumos destinados a vacinação contra a COVID-19 e contratação de bens e serviços de logística, tecnologia da informação e comunicação, comunicação social e publicitária, treinamentos e outros bens e serviços necessários a implementação da vacinação contra a COVID-19.

Sendo, então, instituída mais uma previsão de dispensa de licitação, as regras da medida provisória restringem sua aplicação, agora, especificamente, para o que for necessário à vacinação; e não mais a qualquer bem ou serviço, inclusive serviços de engenharia, para o enfrentamento da emergência, previsto na Lei nº 13.979/2020.

No entanto, não podemos deixar de alertar que a referida dispensa de licitação, por ser, também, uma espécie de contratação onde é dispensável a licitação, por ser excepcional, obriga o gestor público, dentro do caso concreto, de necessidade de contratação de objeto voltando à vacinação da COVID-19, fundamentar e comprovar sua decisão para o caso concreto, enquadrando a mesmo na situação específica regrada pela lei.

Referido entendimento, inclusive, está postulado na própria medida provisória, quando prevê, no § 1º, do art. 2º, que a opção pela dispensa da licitação não afasta a necessidade de processo administrativo que contenha os elementos técnicos referentes à escolha da opção de contratação e à justificativa do preço.

A motivação do processo é fundamental para o gestor e foi, inclusive, observada pelo TCU, no Acórdão nº 1.335/2020 – Plenário, quando o Egrégio Tribunal determinou ao Ministério da Saúde que instruísse o procedimento da contratação por dispensa de licitação fundamentada na Lei nº 13.979/2020 com a devida motivação dos atos por meio da inclusão nos autos, no mínimo, de justificativas específicas da necessidade da contratação, das quantidades dos bens ou serviços, com suas memórias de cálculo. E que, por analogia, aplica-se à dispensa de licitação da MP nº 1.026/2021.

A MP nº 1.026/2021, assemelhando-se à Lei nº 13.979/2020, prevê presumida a ocorrência da situação emergencial, sendo necessária a contratação para o pronto atendimento da situação.

Referida presunção específica da MP nº 1.026/2021 consta do art. 3º:

“Art. 3º Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Medida Provisória, presumem-se comprovadas:

I - a ocorrência de situação de emergência em saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus (SARS-CoV-2); e

II - a necessidade de pronto atendimento à situação de emergência em saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus (SARS-CoV-2).”

Significa dizer que, uma vez instruído o procedimento, sendo fundamentada a emergência e excepcionalmente, para o atendimento de uma necessidade voltada à vacinação da COVID-19, que justifique a não adoção dos trâmites ordinários do procedimento licitatório, a emergência está presumida.

Uma importante inovação prevista já na Lei nº 13.979/2020 e prevista, agora, na MP nº 1.026/2021, é a possibilidade de utilização do Sistema de Registro de Preços, referido no art. 15, da Lei nº 8.666/93, regulamentado, na esfera federal, pelo Decreto nº 7.892/2013, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade.

Referido sistema, até então, em regra, é permitido para as modalidades de licitação concorrência e pregão.

Além da permissibilidade de adoção do Sistema de Registro de Preços por dispensa de licitação, o que já se tornou bastante inovador (inclusive, consta como regra no PL nº 4.253/2020, que trata da nova lei de licitações e contratos), a MP manteve a possibilidade de, em não existindo regulamento no ente federativo (estadual ou municipal), o mesmo poderá utilizar o decreto federal, no que couber.

Ao se utilizar o Sistema de Registro de Preços, o órgão gerenciador (responsável pela realização da licitação e, no caso, da dispensa de licitação), deverá abrir um prazo para que outros órgãos ou entidades se manifestem acerca do interesse em integrar o referido processo. Que, no caso do Decreto nº 7.892/2013, é de oito dias úteis, no mínimo, contado da data de divulgação da Intenção de Registro de Preços. Prazo que é reduzido pela MP nº 1.026/2021.

Agora, para o caso específico previsto na medida provisória, o prazo para que outros órgãos e entidades manifestem seu interesse em participar do Sistema de Registro de Preços do órgão gerenciador será entre dois e quatro dias úteis (prazo inferior ao constante do Decreto nº 7.892/2013, que é de oito dias úteis).

Ainda, a medida provisória determina que, nas contratações realizadas a partir de trinta dias da assinatura da ata de registro de preços, a estimativa de preços será refeita, para verificar se os preços registrados permanecem compatíveis com os praticados no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública direta e indireta. Determinação que, de certa forma, garante a manutenção de que a administração pública estará contratação pelos preços de mercado, em um cenário tão instável.

O que trazemos para reflexão, não entrando nessa discussão, é se, caso, por exemplo, o preço após trinta dias da assinatura da ata de registro de preços, estiver defasado, quais implicações resultarão para a administração pública, inclusive, em termos de reequilíbrio econômico-financeiro. Principalmente, pelas regras previstas no Decreto nº 7.892/2013 e entendimentos da AGU acerca da impossibilidade de revisão dos preços da ata de registro de preços; mas, apenas, da contratação.

Outra regra importante, prevista na MP nº 1.026/2021, é a possibilidade dos órgãos e entidades da administração pública federal poderem aderir à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal em procedimentos realizados.

No entanto, deverão ser observadas duas regras limitadoras:

Primeiramente, só poderá haver adesão à referidas atas até o limite, por órgão ou entidade, de cinquenta por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes.

Segundo, que as contratações decorrentes das adesões às atas de registro de preços não poderão exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem.

Referidas regras limitadoras estão previstas no art. 10 da Medida Provisória.

Importante registrar, por fim, que a medida provisória, ainda, prevê, para o Sistema de Registro de Preços, que as licitações realizadas pelo referido sistema serão consideradas compras nacionais, o que significa que, pelas regras do § 4º-A, do art. 22, do Decreto nº 7.892/2013, deverá ser observado o seguinte, para adesão dos órgãos não participantes (carona) à ata de registro de preços:

Primeiramente, que as aquisições ou as contratações adicionais não excederão, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes; diferentemente da regra geral, para compras não consideradas nacionais, de que esse limite é de cinquenta por cento dos itens;

Segundo, que a quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não excederá, na totalidade, ao quíntuplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem; diferentemente da regra geral de compras não consideradas nacionais, de que esse limite é de o dobro do quantitativo de cada item.

Em resumo, então, temos que, para as contratações fundamentadas na MP nº 1.026/2021 as adesões, por órgão, não poderão ultrapassar o quíntuplo dos itens da ata, limitando ainda, o total de adesões ao quíntuplo, com exceção das adesões realizadas pelo órgão federais às atas estaduais, distritais e municipais, cujos limites permanecem da regra geral do Decreto nº 7.892/2013.

5 – FLEXIBILIZAÇÃO DA FASE DE INTERNA DAS CONTRATAÇÕES

Seguindo o mesmo entendimento quando da publicação da Lei nº 13.979/2020, o momento ainda é de celeridade nas contratações para a vacinação da COVID-19, inclusive, quanto a serviços relacionados a logística, capacitação e outros que impactam na eficiência da contratação.

Nessa linha, a medida provisória trouxe, também, flexibilização na fase interna das contratações.

Não exigência de elaboração de estudos preliminares, quando se tratar de bens e de serviços comuns, e apresentação de termo de referência simplificado foram regras trazidas também da Lei nº 13.979/2020, para a MP nº 1.026/2021.

A regra da dispensa do ETP está no art. 4º:

“Art. 4º Nas aquisições e contratações de que trata esta Medida Provisória, não será exigida a elaboração de estudos preliminares, quando se tratar de bens e de serviços comuns.”

Dessa forma, em que pese a exigência constante no Decreto nº 10.024/2019 acerca da necessidade de elaboração do ETP, quando for necessário, para contratação de bens e serviços comuns, inclusive, serviço comum de engenharia, por pregão eletrônica, bem como, a IN SEGES nº 40/2020 que, também, prevê exigência de ETP nas contratações para demais objetos, para contratações regras pela MP nº 1.026/2021 referido documento está dispensado.

Mas, atenção, não quer dizer que não há planejamento.

Quanto à simplificação do termo de referência, o art. 6º, da MP nº 1.026/2021 prevê o seguinte:

“Art. 6º Nas aquisições ou contratações de que trata esta Medida Provisória, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.”

Mas, o que deverá conter no o Termo de Referência ou Projeto Básico simplificado?

O § 1º, do art. 6º prevê os elementos que deverão constar nesses documentos simplificados:

- DECLARAÇÃO DO OBJETO: Nesse tópico, deverá ser descrito o objeto, de forma sucinta, sua natureza, se será bem, serviço, se será um serviço continuado ou não, se será um serviço de engenharia, enfim, conforme o caso.

Também será informado o quantitativo do objeto a ser contratado e o prazo da contratação. Obviamente, é importante alertar que, no caso de haver uma possibilidade de prorrogação do contrato, deve-se constar essa informação do Termo de Referência.

- FUNDAMENTAÇÃO SIMPLIFICADA DA CONTRATAÇÃO: Nesse ponto, deverá ser motivada a contratação, quais uns fundamentos legais, quais os fundamentos técnicos, porque a necessidade daquela contratação, se a mesma será para execução ou entrega imediata, se o objeto do certame será para registro de preços, e, obviamente, motivação, diretamente, relacionada para atendimento à situação a que se propõe a MP nº 1.026/2021.

Esse elemento do Termo de Referência é um dos mais relevantes para justificar nos autos o porquê da contratação, visto que ele fará o elo entre a contratação e a necessidade imposta pela MP nº 1.026/2021. Inclusive, para efeito de análise pelo controle da contratação, seja pelo controle externo, posteriormente, seja pela própria sociedade.

- DESCRIÇÃO RESUMIDA DA SOLUÇÃO APRESENTADA: Considerando que não se terá o Estudo Técnico Preliminar, no qual constariam, se fosse o caso, as possíveis soluções de mercado para o atendimento à necessidade, esse papel ficará, agora, na responsabilidade do Termo de Referência.

Nesse tópico, o responsável deverá descrever, de forma resumida o que será contratado, conforme o objeto declarado e a necessidade a ser atendida.

- REQUISITOS DA CONTRATAÇÃO: Nesse ponto, o responsável deverá elencar os requisitos necessários à prestação do serviço, efetivamente, definindo e justificando, para o caso de serviços, se o mesmo possui natureza continuada ou não, definindo seu prazo de vigência e seu prazo de execução, prazo de entrega, endereços e responsáveis pelo recebimento do objeto.

Dentre os requisitos da contratação, caso seja possível a inclusão de critérios e práticas de sustentabilidade, justificadamente, devem ser veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada.

Nesse ponto, também, deverão ser estabelecidas as obrigações da contratante e da contratada, incluindo deveres específicos e compatíveis com o objeto.

E, ainda, considerando que não consta, no termo simplificado da MP nº 1.026/2021, o elemento que trata do modelo de gestão do contrato, entendemos ser importante constar a definição desses atores, de gestão e fiscalização da contratação, inclusive, quanto às obrigações do preposto da contratada, e as formas de comunicação entre esses atores. Sem os quais, a gestão do contrato, a fiscalização e o Gerenciamento de Risco ficarão comprometidos.

É sempre importante relembramos que estamos em um momento emergencial e excepcional, no qual a qualidade dos objetivos e serviços contratados são fundamentais para o atendimento às vítimas.

- CRITÉRIOS DE MEDIÇÃO E PAGAMENTO: O órgão contratante, nesse ponto, deverá definir, no caso de serviço, a forma de aferição e de medição do serviço para efeito de pagamento com base no resultado e em instrumento de controle e fiscalização.

Deverá trazer, também, o método de avaliação da conformidade dos produtos e dos serviços entregues com relação às especificações técnicas e com a proposta da contratada, com vistas ao recebimento do objeto, considerando os termos contratuais e a proposta da contratada.

- ESTIMATIVAS DOS PREÇOS OBTIDOS: Nesse ponto, a MP nº 1.026/2021 prevê, no inciso VI, do art. 6º, alguns parâmetros mínimos a serem observados pelo órgão contratante, semelhantes aos que são definidos pela Instrução Normativa SEGES nº 73/2020, que dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral.

Os parâmetros mínimos são os seguintes:

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

Quanto à exigência desse elemento no Termo de Referência, a MP nº 1.026/2021 prevê, que, mediante justificativa da autoridade competente, poderá ser dispensada a estimativa de preços e, ainda, mesmo que seja realizada, que a contratação seja efetivada por valores superiores à mesma decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços.

Essa possibilidade de contratação por preço superior à pesquisa, no entanto, deverá observar os seguintes procedimentos constantes no § 3º, do art. 6º:

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

Trata-se de uma situação bastante sensível para esse momento, considerando a continuidade de atendimento às necessidades, agora, para vacinação da COVID-19, considerando a própria concorrência.

- ADEQUAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: Como regra básica de um procedimento licitatório e de contratação, no mesmo deverá constar a indicar a dotação orçamentária da contratação, inclusive, por força do inciso II, do § 2º, do art. 7º, e art. 14, da Lei nº 8.666/93. E isso a MP nº 1.026/2021 tomou o cuidado para trazer, de forma clara, a necessidade.

Importante registrar que, considerando que a MP nº 1.026/2021 possibilita a utilização do Sistema de Registro de Preços, fundamentando o procedimento também pelo Decreto nº 7.892/2013, quando se tratar de uma licitação pelo referido sistema, não há necessidade de indicação da dotação orçamentária para a licitação. Mas, apenas, para o procedimento de contratação (§ 2º, do art. 7º, do Decreto nº 7.892/2013).

6 – LICITAÇÕES PELA MP Nº 1.026 E O PREGÃO EXPRESS

Também seguindo as regras da Lei nº 13.979/2020, a MP n. 1.026/2021, em seu art. 8º, prevê o que foi denominado pelo Professor Anderson Pedra de “pregão express”:

“Art. 8º Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição ou contratação de que trata esta Medida Provisória, os prazos 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.”*

Dessa forma, os prazos a serem observados, para o caso da realização de pregão para contratações fundamentadas na MP nº 1.026/2021 passam a ser os seguintes:

- Prazo mínimo entre a publicação do edital e a sessão: 4 (quatro) dias úteis;
- Prazo para manifestação para integrar o Sistema de Registro de Preços: entre 2 (dois) e 4 (quatro) dias úteis;
- Impugnações e Esclarecimentos (Decreto nº 10.024/2019): 1 (um) dia útil antes da abertura da sessão;
- Resposta aos pedidos de esclarecimento de impugnações: 1 (um) dia útil;
- Prazo de suspensão da sessão (Decreto nº 10.024/19), para diligências: mínimo de 12 (doze) horas;
- Prazo para regularização de habilitação fiscal e trabalhista pela ME/EPP: 2 (dois) dias úteis, podendo ser prorrogado por igual período;
- Prazo para apresentação de razões de recurso: 1 (um) dia útil;
- Prazo para apresentação de contrazões: 1 (um) dia útil.

Também importante sobre o procedimento do pregão, a medida provisória determina que os recursos dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo.

Com essa regra, há uma celeridade no processo visto que, uma vez interposto o recurso na licitação, o certame segue, sem ser suspenso para aguardar a

decisão do recurso. Diferentemente do que é previsto no inciso XXI, do art. 4º, da Lei nº 10.520/02, ao prever que a adjudicação somente será realizada após decididos os recursos; ou seja, após a autoridade competente decidir.

E, por fim, como regra trazida pela medida provisória, que impacta nos procedimentos licitatórios, está previsto que fica dispensa a realização de audiência pública para as contratações de grande vulto, que são aquelas cujo valor estimado para licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas forem superiores a R\$ 330.000.000,00 (100 vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" da Lei nº 8.666/93).

7 – TRANSPARÊNCIA DAS CONTRATAÇÕES

O princípio da transparência, relacionado ao princípio da publicidade dos atos da administração, constante no art. 37, da Constituição Federal, do art. 3º, da Lei nº 8.666, obriga o gestor público a tornar disponível as informações relacionadas aos atos da administração pública relativos às contratações.

Nesse sentido, seguindo na linha da Lei nº 13.979/2020, a MP nº 1.2016/2021 prevê, no § 2º, do art. 2º, que será conferida transparência ativa a todas as aquisições ou contratações realizadas nos termos da Medida Provisória, no prazo de cinco dias úteis, contado da data da realização do ato, em sítio eletrônico oficial na internet, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527/2011.

Esse instrumento é fundamental para a sociedade, uma vez que a transparência ativa obriga o gestor e a administração pública disponibilizar as informações das contratações, sem a necessidade de solicitação de qualquer cidadão.

Para tanto, a Medida Provisória determina que sejam divulgadas, pelo menos, o seguinte:

- o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil ou identificador congênere no caso de empresa estrangeira que funcione no Brasil;
- o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição;
- a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação do serviço;
- o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista;
- as informações sobre eventuais aditivos contratuais;

- a quantidade entregue ou prestada em cada ente federativo durante a execução do contrato, nas contratações de bens e serviços;
- as atas de registros de preços das quais a contratação se origine, se houver.

Referidas regras são fundamentais, tanto para a transparência das contratações, visto que, tão logo a contratação seja efetivada, tais informações poderão ser utilizadas, quanto, inclusive, para subsidiar a pesquisa de preços para a fase interna da contratação de outros órgãos da administração pública, considerando a própria regra da medida provisória contida no § 1º, do art. 4º.

8 – FLEXIBILIZAÇÃO NOS CRITÉRIOS HABILITATÓRIOS E CONTRATAÇÃO COM EMPRESAS SUSPENSAS E IMPEDIDAS

Tanto a Lei nº 8.666/93 quanto à Lei nº 10.520/02 possibilitam a administração pública exigir critérios habilitatórios para suas contratações, seja habilitação jurídica (art. 28), habilitação fiscal e trabalhista (art. 29), habilitação técnica (art. 30) e habilitação econômico-financeira (art. 30).

Da mesma forma, a Lei nº 13.979/2020, a MP nº 1.026/2021 prevê, em seu art. 7º, que, na hipótese de haver restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do **caput** do art. 7º e do §3º do art. 195 da Constituição.

Ou seja, também de forma excepcional e, justificadamente, comprovando-se nos autos restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, o gestor poderá exigir, para fins de habilitação, apenas, a regularidade trabalhista e com a seguridade social, além da declaração do contratante de que não tem em seus quadros menores de 18 (dezoito) anos executando trabalho noturno, insalubre ou perigoso ou menores de 16 (dezesseis) anos executando qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 (quatorze anos).

E outra impactante flexibilização, em busca de empresas que atendam às necessidades da sociedade para o momento, como sendo a única que possa prestar o serviço ou fornecer o produto está no § 3º, do art. 2º, da medida provisória:

“§ 3º Na situação excepcional de, comprovadamente, haver um único fornecedor do bem ou prestador do serviço de que trata esta Medida Provisória, será permitida a sua contratação, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o Poder Público.”

A primeira sanção (impedimento de contratar) está prevista no art. 7º, da Lei nº 10.520/02, e art. 49, do Decreto nº 10.024/2019, enquanto que a segunda sanção (suspensão de contratar) está prevista no inciso III, do art. 87, da Lei nº 8.666/93.

Importante alertar que, em que pese a flexibilização prevista na pedida provisória, permitindo que sejam contratadas, excepcionalmente, empresas que estejam sancionadas com umas das duas sanções, o próprio texto traz que se trata de uma situação excepcional e desde que seja comprovado que a empresa é a única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.

Relevante é trazer o entendimento do quanto à amplitude das duas sanções (Acórdão nº 2.530/2015-Plenário):

“o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) seria pena mais rígida que a mera suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993) e mais branda que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993)”

No entanto, a MP nº 1.026/2021, como uma forma de tratar os riscos de uma contratação firmada com empresas já sancionadas e afastadas de contratar com a administração pública, prevê que, caso o órgão contrate com uma dessas empresas, deverá exigir garantia contratual, sendo obrigatória a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, que não poderá exceder dez por cento do valor do contrato.

9 – CLÁUSULA ESPECIAIS NO CONTRATOS

A MP nº 1.026/2021 prevê, ainda, possibilidade de serem estabelecidas cláusulas especiais nos contratos ou instrumentos congêneres para aquisição ou fornecimento de vacinas com a COVID-19.

No entanto, essas possibilidades excepcionais estão condicionadas à ser indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, devendo o gestor demonstrar que a contratação é indispensável e justificar a referida previsão nos contratos, novamente, trazendo para o processo a motivação dos atos.

A primeira possibilidade é contrato prever o eventual pagamento antecipado, algo já previsto na Lei nº 14.065/2020.

Sabe-se que, em regra, nas contratações públicas, no Brasil, o pagamento ocorre após a liquidação do objeto. No entanto, é possível o pagamento antecipado, uma vez previsto em edital, para situações excepcionais de interesse público, devidamente justificadas nos autos mediante estudo fundamentado, comprovando a real necessidade e economicidade da medida, e com as garantias indispesáveis, específicas e suficientes, que resguardem a Administração dos riscos inerentes à negociação, e desde que seja a única alternativa para se obter o bem ou assegurar a prestação do serviço. Esse é entendimento do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 276/02 – 2ª Câmara, Acórdão nº 3.614/2013 – Plenário, Acórdão nº 158/2015 – Plenário, Acórdão nº 1.565/2015 – Plenário, Acórdão nº 4.143/2016 – 1ª Câmara). Dessa forma, a medida provisória traz regras para essa possibilidade.

A novidade quanto a essa regra está na medida provisória permitir que, havendo o pagamento antecipado, pode-se prever a possibilidade de perda do valor antecipado.

A segunda possibilidade prevista como cláusula especial nos contratos fundamentados na MP nº 1.026/2021 é haver hipóteses de não penalização da contratada.

No entanto, as duas primeiras possibilidades acima, a perda do valor pago antecipadamente e a não penalização do contratado pela Administração não serão aplicáveis em caso de fraude, dolo ou culpa exclusiva do fornecedor ou contratado.

A regra condicionante imposta pela Medida Provisória, principalmente quanto ao dolo ou culpa exclusiva do contratado pode nos levar a entender que o gerenciamento de riscos das referidas contratações deva ser mais eficiente. Sob pena de, havendo responsabilidade da administração no descumprimento contratual, o valor antecipado não ser recuperado.

E a terceira possibilidade é que o contrato possa prever outras condições indispesáveis para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço.

Outra regra especial que poderá ser prevista nos contratos são cláusulas de confidencialidade, caso seja exigido pelo contratado, o que pode ser entendido como uma estratégia de mercado das empresas.

Importante alertar, ainda sobre as possibilidades especiais nos contratos, para a adoção do pagamento antecipado, a administração deverá prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta e, exceto nas hipóteses de perda do pagamento, exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto, atualizado monetariamente pela variação acumulada do IPCA, ou índice que venha a substituí-lo, desde a data do pagamento da antecipação até a data da devolução.

Como forma de reduzir o risco de inadimplemento contratual, a Medida Provisória ainda prevê que a administração deverá adotar algumas cautelas:

- a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente;
- a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666/93, de até trinta por cento do valor do objeto;
- a emissão de título de crédito pelo contratado;
- o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da administração pública; e
- a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

10 – GERENCIAMENTO DE RISCOS E ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Se, por um lado, a Medida Provisória nº 1.026/2021 trouxe regras de flexibilização nas contratações, também se preocupou com o gerenciamento de riscos dessas contratações.

Além do que já abordamos, acerca da prestação de garantias para os contratos excepcionais firmados com empresas suspensa e impedidas de contratar com o Poder Público, o art. 5º da medida provisória prevê que será obrigatória a previsão de matriz de alocação de risco entre o contratante e o contratado, na hipótese de aquisições e contratos acima de R\$ 200.000.000,00, podendo ser dispensado gerenciamento de riscos das fases de planejamento e de seleção do fornecedor, caso o valor do contrato seja inferior ao referido valor. Sendo exigido gerenciamento de riscos da contratação somente durante a gestão do contrato.

Essa é uma das diferenças das Lei nº 13.979/2020, que previa, sem limites, a possibilidade do gerenciamento de riscos apenas no contrato.

A Medida Provisória nº 1.026/2021 é clara ao possibilitar a dispensa do gerenciamento de riscos das fases de planejamento e de seleção do fornecedor, apenas, para as contratações abaixo do valor de referência acima. No entanto, para as contratações a partir do referido valor, deverá haver o gerenciamento de riscos das três fases (planejamento, seleção do fornecedor e contrato).

Acerca da atuação dos órgãos de controle, a medida provisória prevê, em seu artigo 11, que os órgãos de controle interno e externo priorizarão a análise e a manifestação quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade das despesas decorrentes dos contratos ou das aquisições realizadas com fundamento nesta Medida Provisória, demonstrando a importância das contratações.

11 – ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES NOS CONTRATOS

Como sabemos, a Lei nº 8.666/93 (§ 1º, do art. 65) impõe limites para acréscimos e supressões, dentro dos quais os contratados estão obrigados em aceitar, nas mesmas condições contratuais: até 25% (vinte e cinco por cento), para os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, o limite é de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Observando, também, a questão da celeridade e eficiência dos processos de contratação para a vacinação da COVID-19, a MP nº 1.026/2021, além de unificar o percentual para qualquer objeto, diferentemente de como é tratado pela Lei nº 8.666/93, ampliou o percentual para acréscimos ou supressões nos contratos.

Os contratos firmados fundamentados na MP nº 1.026/2021 poderão prever que os contratados sejam obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos e supressões ao objeto contratado de até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato.

A permissão é importante, considerando o cenário das contratações para a vacinação da COVID-19, que exige, além da flexibilização, eficiência e celeridade nos procedimentos e decisões. O que é possibilitado com a permissão do aditamento dos contratos de até 50% do seu valor, em detrimento a se adotar o limite menor, da Lei nº 8.666/93, e, em não atendendo à necessidade, ter-se que realizar todo um novo procedimento de contratação.

12. CONCLUSÃO

A Medida Provisória nº 1.026/2021, sem dúvida, conforme demonstrado, trouxe consideráveis impactos na legislação para contratação pela administração pública para a aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços de logística, tecnologia da informação e comunicação, comunicação social e publicitária e treinamentos destinados à vacinação contra a **covid-19**. Permissibilidade como contratação excepcional, por dispensa, sem prazo limite, inclusive, podendo ser utilizado o Sistema de Registro de Preços; flexibilização da fase interna da contratação; redução de prazos no pregão; flexibilização na solicitação de documentos habilitatórios, inclusive, permitindo a contratação com empresas inidôneas e suspensa; são, sem dúvida, inovações para o cenário.

O que se espera, da mesma forma como ocorreu com a Lei nº 13.979/2020, é a devida observância das regras da medida provisória, ficando os gestores públicos, os agentes públicos responsáveis por contratações e as empresas envolvidas, atuando atuar nos processos de forma a, efetivamente, trazer o objetivo principal de toda contratação pública, que é o interesse público, no caso específico, a vacinação. E, para esse momento, no qual, mais do que nunca, o

direito fundamental à vida está em jogo, a probidade, a legalidade, a celeridade, juntando-se, à eficiência e eficácia das contratações são essenciais.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Lei nº 13.979/2020 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm

Medida Provisória nº 1.026/2021 - [MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.026, DE 6 DE JANEIRO DE 2021 - MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.026, DE 6 DE JANEIRO DE 2021 - DOU - Imprensa Nacional \(in.gov.br\)](#)

Lei nº 8.666/93 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm

Decreto nº 10.024/2019 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm

Decreto nº 7.892/2013 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm

Acórdãos TCU - <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>