**IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID 19 NOS CONTRATOS FORMALIZADOS PELO SISTEMA “S”**

*Por Julieta Mendes Lopes Vareschini[[1]](#footnote-1)
28/04/2020*

**1. INTRODUÇÃO**

Conforme noticiado pela imprensa, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou pandemia global em virtude do Coronavírus (covid -19), situação que, além de exigir a adoção de medidas eficazes para evitar a disseminação do vírus e garantir a segurança da população pode exigir, também, a reavaliação de contratos já celebrados, podendo culminar com a rescisão, supressão do objeto ou suspensão da execução, mormente no âmbito do Sistema S, cujas Entidades, com a exceção do SEBRAE[[2]](#footnote-2), tiveram a receita oriunda das contribuições parafiscais reduzidas em 50%, a princípio, pelo período de três meses (de abril a junho), por força da Medida Provisória nº. 932/2020.

Dentre as medidas adotadas para evitar a propagação do covid -19 estão a suspensão das aulas, trabalho *home office*, fechamento do comércio, de órgãos e entidades que não prestam serviços essenciais. Claro que tais medidas podem tornar desnecessários certos serviços que até então vinham sendo executados, ensejando eventual supressão do objeto contratual, a rescisão por razões de conveniência administrativa ou mesmo a suspensão da execução. Sob outro prisma, é possível que alguns contratos tenham demanda acima do estimado, justificando acréscimos contratuais.

É preciso que o gestor pondere qual medida melhor garante o interesse da Entidade, sem desconsiderar, por evidente, os direitos assegurados ao contratado, inclusive no que se refere ao equilíbrio econômico-financeiro, que encontra fundamento no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal ou mesmo a justa indenização pelos prejuízos regularmente comprovados, considerando que o contratado não deu ensejo à situação.

**2. ACRÉSCIMO E SUPRESSÃO DO OBJETO**

O art. 30 do Regulamento de Licitações e Contratos dos Serviços Sociais Autônomos, estabelece a possibilidade de acréscimos e modificações em até 25%, no caso de obras, serviços e compras e 50%, na hipótese de reforma de equipamento ou edifício, calculados em face do valor inicial atualizado do contrato.

É preciso que exista efetivamente um **fato superveniente[[3]](#footnote-3)**, como é o caso da pandemia do covid -19,justificado e demonstrado no processo, visto que a alteração contratual não pode decorrer de falta de planejamento e/ou falhas no projeto ou termo de referência, sob pena de responsabilidade de quem tenha dado causa ao equívoco.

As alterações podem ser **qualitativas[[4]](#footnote-4)**, isto é, modificação no projeto ou nas especificações para melhor adequação técnica, sendo vedada, em qualquer hipótese, a utilização dessa alteração para desnaturar ou modificar radicalmente o objeto contratado, sob pena de ofensa aos princípios da própria licitação e da isonomia e **quantitativas**, por meio de acréscimos ou supressões na quantidade do objeto contratado.

Importante ressaltar que o valor que servirá de base para o cálculo do percentual admitido para a alteração do objeto contratual corresponde ao **valor inicial atualizado do contrato**, que é aquele que consta do instrumento que formaliza a avença com a incidência das “atualizações” devidas (revisão[[5]](#footnote-5), reajuste[[6]](#footnote-6)), excluídas as demais alterações antes promovidas, a exemplo de eventuais acréscimos anteriores. Portanto, qualquer percentual de acréscimo ou supressão que venha a ser realizado no contrato deverá ser calculado sobre o valor inicial do contrato devidamente atualizado com as revisões, reajustes devidos durante o período de sua vigência.

Destaque-se que o Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema “S” é omisso quanto à possibilidade de supressão, diferente da Lei 8.666/93, que no art. 65, §§ 1º e 2º, expressamente prescreve tanto acréscimos quanto supressões unilaterais até 25%, podendo inclusive as supressões em comum acordo entre as partes ultrapassar esse limite.

Diante da omissão do Regulamento, vislumbram-se duas posições: a primeira decorre da aplicação subsidiária do art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93, sendo crível a supressão unilateral até 25% e, acima deste limite, apenas em comum acordo entre as partes e, a segunda, que reconhece não haver omissão no Regulamento, mas sim disciplina diferente da prevista na Lei 8.666/93, sendo apenas viável a supressão em comum acordo entre as partes, com fundamento no art. 29, do Regulamento de Licitações e Contratos dos Serviços Sociais Autônomos.

A supressão justifica-se, por exemplo, naqueles contratos em que haverá uma redução no ritmo da prestação do serviço, em decorrência da pandemia. Ainda que viável a supressão, principalmente se decorrente de acordo entre as partes, não se pode perder de vista que a Constituição Federal, no art. 37, inciso XXI, assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta (e como corolário, do próprio contrato), de sorte que se a contratada conseguir comprovar que a supressão terá o condão de onerar seus encargos a ponto de quebrar o equilíbrio econômico-financeiro, poderá pleitear a revisão.

Importa frisar, a título de parâmetro, que o § 4º, do art. 65, da Lei 8.666 estabelece que na hipótese de supressão, se o contratado já tiver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, fará jus à indenização pelos custos de aquisição regularmente comprovados, bem como por outros prejuízos demonstrados no processo administrativo. Com efeito, não é justo que o contratado arque sozinho com eventuais prejuízos decorrentes da supressão, sob pena de caracterizar, inclusive, locupletamento indevido por parte do contratante, o que é vedado pelo art. 884, do Código Civil.

Por fim, saliente-se que toda alteração contratual deve ser formalizada por termo aditivo competente, previamente autorizado por quem de direito, nos moldes do que prevê o art. 29 do Regulamento de Licitações e Contratos.

**3. RESCISÃO CONTRATUAL**

Rescisão é o término antecipado do contrato, sendo que o Regulamento de Licitações e Contratos contempla no art. 32 a possibilidade de rescindir unilateralmente o contrato apenas no caso de inadimplemento total ou parcial das obrigações contratuais assumidas.

O normativo não disciplina, porém, a hipótese de rescisão por razões de conveniência e oportunidade do contratante, diferente da Lei 8.666/93, que no art. 78, inciso XII, prescreve a rescisão por razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante , dispositivo que, no âmbito da Administração Pública, certamente justificará a rescisão dos contratos que se tornarem desnecessários ou desvantajosos em virtude da pandemia.

Portanto, questão que releva analisar diz respeito à viabilidade de rescisão unilateral (independente da concordância do contratado) por razões de conveniência do Serviço Social Autônomo contratante.

Nesse ponto, convém rememorar que os Serviços Sociais Autônomos são entidades de direito privado que gerenciam recursos públicos e, portanto, estão sujeitos a um regime jurídico híbrido, com a incidência de normas tanto de direito privado quanto público. E, justamente por conta deste regime jurídico peculiar que entendemos defensável a rescisão unilateral, mesmo quando não caracterizado descumprimento contratual, em que pese a literalidade do art. 32, do Regulamento de Licitações e Contratos. Por gerenciar recursos públicos e sujeitar-se aos princípios que regem a Administração Pública, não se julga crível que a Entidade tenha que manter um contrato desvantajoso ou mesmo deva ficar a mercê da concordância da contratada para eventual rescisão.

Porém, o fato de ser viável, em nosso entender, a rescisão unilateral por razões de conveniência e oportunidade do contratante, não significa que tal dispensa o regular processo administrativo. Ao contrário, é indispensável assegurar ao contratado o contraditório e a ampla defesa, previamente à decisão que culmina com a rescisão, conforme prescreve, a título de parâmetro, o art. 78, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

Também na hipótese de rescisão contratual, considerando que o contratado não deu ensejo, terá direito à: devolução da garantia; pagamentos devidos pela execução do contrato até a rescisão; pagamento do custo de desmobilização e indenização pelos prejuízos regularmente comprovados (art. 79, § 2º, da Lei 8.666).

Em face do exposto, considerando que a rescisão contratual pode gerar custos para o contratante, em decorrência do dever de indenizar, deve a autoridade competente ponderar se tal opção é realmente a mais vantajosa, podendo decidir, por exemplo, pela suspensão da execução até a efetiva normalização da pandemia (que também pode gerar custos, em decorrência de eventual quebra do equilíbrio econômico-financeiro, porém, em patamares inferiores, conforme o caso, em comparação à rescisão).

**4. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO**

No que concerne à suspensão da execução do contrato, mais uma vez, a hipótese não está prevista expressamente no Regulamento de Licitações e Contratos. Porém, o art. 29 estabelece a possibilidade de alteração em comum acordo entre as partes, de sorte que é viável chegar num consenso acerca da suspensão como alternativa à rescisão.

Ademais, conforme destacado anteriormente, se viável a rescisão unilateral por razões de conveniência, o mesmo raciocínio se aplica à suspensão, com respaldo no art. 78, XIV, da Lei 8.666/93. Para tanto, faz-se necessário ordem escrita da contratante, expedida durante a vigência do contrato (já que após isso, o contrato se extingue) e não pode superar, em regra, o prazo máximo de **120 dias** ou sucessivos períodos que, somados, ultrapassem esse prazo, **salvo situações de calamidade pública**, que é justamente o contexto de pandemia. De todo modo o prazo de suspensão deve ser razoável, apenas o suficiente para normalizar a situação, sendo que o contratado faz jus “ao pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas”.

Além disso, referida ordem de suspensão deve ser devidamente justificada, ou seja, deve a Administração demonstrar explicitamente o motivo que a deu causa, o qual, por óbvio, deve ser supervenientee não pode decorrer por falta de planejamento, e ainda, que a sua determinação é mais conveniente ao interesse do que a permanência da execução ou da própria rescisão do ajuste(já que a suspensão do contrato também acarreta custos à Entidade).

Ao tratar da suspensão do contrato por interesse da Administração, explica Hely Lopes Meirelles:

“A suspensão do contrato administrativo também está incluída entre as prerrogativas da Administração. Se razões de interesse público dão ensejo à rescisão do contrato por parte da Administração (art. 78, XII), é evidente que a suspensão pode ser determinada pelos mesmos motivos, já que representa um minus em relação àquela. Podem ocorrer situações que não exigem desde logo a rescisão do contrato, bastando a sua suspensão.

(...)

**O que importa é que a Administração justifique o seu ato, demonstrando as razões de interesse público e as vantagens decorrentes da suspensão**.”[[7]](#footnote-7) (grifou-se)

Da mesma forma, pontua Marçal Justen Filho:

“**A Administração pode interferir também sobre o ritmo de execução do contrato pelo particular. Mas essa faculdade encontra limites**.

Oinc. XIV autoriza a rescisão quando a Administração determinar a suspensão por prazo superior a 120 dias da execução do objeto contratado. O particular não pode ser onerado com a inação da Administração. Assim como existem limites temporais para a efetivação da contratação (art. 64, §3.°), também se impõem limites à intervenção administrativa sobre o cronograma de execução.

(...)

Para evitar que a própria Administração acabasse por ultrapassar os limites do razoável, a lei estabeleceu o prazo de cento e vinte dias como limite máximo.

**O prazo indicado pode ser ultrapassado por mútua concordância. O contrato não se romperá se o particular aquiescer com a suspensão por prazo superior a 120 dias. Deve-se verificar, porém, o custo de paralisações tão longas para a Administração. Se o custo for superior ao da rescisão, inexistirá escolha para a Administração. Terá o dever de promover a rescisão**.

**Para evitar dúvidas, a ordem de paralisação deverá ser formalizada por escrito**. Significa que qualquer determinação verbal ou que não se formalize em instrumento escrito e de comprovada autenticidade deverá ser recusada pelo contratante.

(...)

A suspensão da execução, por prazo superior a cento e vinte dias, caracteriza infringência pela Administração Pública aos seus deveres contratuais. Logo, também aqui se aplicam as considerações deduzidas acerca do item XII. O dispositivo alude expressamente ao custo das mobilizações e desmobilizações, permitindo que o contratado invoque outros danos a serem indenizados.

Outorga-se ao particular a faculdade de suspender o cumprimento de suas obrigações (...).”[[8]](#footnote-8)grifou-se)

Registra-se, também, que mesmo com a suspensão do contrato, cabe à contratante promover a prorrogação de sua vigência pelo tempo necessário, para que não se opere a extinção do ajuste. Ou seja, durante o período de suspensão, a contratante tem o dever de fazer a correta gestão desse contrato, formalizando, se necessário, os termos aditivos de prorrogação do prazo de execução[[9]](#footnote-9) e de vigência, pois conforme aponta o TCU, não se admite prorrogação automática dos prazos nem a continuidade da avença após a extinção do ajuste, sob pena de configurar contrato verbal, vedado pelo ordenamento:

“[VOTO]

12. **A disposição contida no § 5º do art. 79 da mesma Lei (‘ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo’ - grifo meu) não respalda prorrogações sem a devida formalização**. Embora a devolução desses períodos de paralisação ou impedimento ao prazo de execução estabelecido na avença seja um direito subjetivo do contratado garantido pela Lei, devem ser observados, igualmente, além do disposto no parágrafo único do art. 60, os comandos dos parágrafos 1º e 2º do art. 57 e do parágrafo único do art. 61. **Assim, os motivos que ensejam a prorrogação devem estar apresentados e justificados no processo de contratação, a dilação tem que ser previamente autorizada pela autoridade competente e formalizada mediante aditamento, que deve ser publicado na imprensa oficial como condição indispensável para sua eficácia**.”[[10]](#footnote-10) (grifou-se)

“**Irregularidades contratuais: 1 - A suspensão do contrato impossibilita a produção de efeitos jurídicos, não alterando, no entanto, a vigência contratual**.

Solicitação do Congresso Nacional motivou a realização de inspeção destinada a verificar, entre outros itens, se a decisão da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) de rescindir o Contrato n.º 031-88/DT, tendo por objeto a modernização de trens elétricos, contrariou a Lei n.º 8.666/93 ou qualquer outro normativo legal aplicável à espécie. Ao historiar os fatos, o relator destacou que, diante da falta de cumprimento, por parte da contratada, da obrigação de entregar cinco trens modernizados até 17/01/2003, bem como da ausência de orçamento para fazer frente a todas as despesas contratuais, a CBTU decidiu, unilateralmente, ‘paralisar o ajuste’, por meio do 9º Termo Aditivo (TA), datado de 30/06/2004. A suspensão perdurou até 2007, quando a CBTU, acolhendo parecer da Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades (Conjur/MC), considerou extinto o Contrato n.º 031-88/DT. O entendimento da Conjur/MC, ao reconhecer a impossibilidade jurídica de continuação da avença, baseou-se, em síntese, no fato de o 8º TA haver prorrogado a vigência do contrato até 17/01/2004, sendo que o 9º TA somente fora firmado em 30/06/2004. Irresignada com tal entendimento, a contratada interpôs recurso junto à CBTU, oportunidade em que foi solicitado novo parecer da Conjur/MC. O relator ressaltou que este último parecer deixou bem evidenciado, em relação aos negócios jurídicos, a existência de três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Em resumo, ‘a vigência se refere ao plano da existência do ato, enquanto a validade decorre de sua conformação ao direito e a eficácia consubstancia a aptidão para a produção de efeitos jurídicos válidos, não havendo necessariamente vinculação entre esta e aquelas. Exemplificativamente, um contrato com cláusula de condição suspensiva subordinando determinado efeito, desde que constituído de acordo com as normas jurídicas aplicáveis à espécie, é existente, válido e ineficaz em relação àquele efeito até que ocorra o implemento da condição.’. **Dessa maneira, o relator concluiu que a suspensão contratual levada a efeito pela CBTU, em 2003, atingiu o plano da eficácia do Contrato n.º 031-88/DT, impossibilitando a produção de efeitos jurídicos, ‘não alterando, contudo, per se, a vigência contratual, intimamente ligada à existência do ajuste’. Para o relator, a decisão da CBTU teve, em verdade, caráter meramente declaratório, uma vez que, de fato, não ocasionou a extinção da avença, mas apenas reconheceu a sua ocorrência, a qual se deu em função do término de sua vigência**. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, o Plenário decidiu informar ao Senado Federal que a decisão da CBTU de considerar extinto o Contrato n.º 031-88/DT não contrariou a Lei n.º 8.666/93 ou qualquer outro normativo legal relacionado à matéria. Acórdão n.º 2406/2010-Plenário, TC-013.725/2010-6, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 15.09.2010.”[[11]](#footnote-11) (grifou-se)

Por derradeiro, cumpre registrar que uma vez formalmente suspensa a execução do contrato não será cabível, durante esse período, os pagamentos previstos no ajuste, considerando que todo pagamento encontra-se atrelado à efetiva prestação correspondente, o que não afasta, consoante antes asseverado, eventual indenização pelos prejuízos suportados pelo contratado durante a suspensão[[12]](#footnote-12).

Em apertada síntese, diante do cenário complexo e de extremo risco à saúde pública, cabe ao gestor agir com eficiência e celeridade, readequando os contratos que não sejam essenciais, seja por meio da supressão, suspensão ou rescisão, justificando no processo administrativo a escolha adotada.

**5. CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS**

Sabe-se que a regra é que os Serviços Sociais Autônomos promovam regular procedimento licitatório previamente às suas contratações (conforme preceitua o art. 1º do Regulamento[[13]](#footnote-13)), de forma planejada, definindo em edital critérios objetivos de julgamento que proporcionem igualdade de condições a todos aqueles que, porventura, tenham interesse em contratar, admitindo-se, somente, a contratação direta nas hipóteses de **dispensa** e/ou **inexigibilidade** expressamente previstas no Regulamento.

Nesse ponto, é imprescindível ressaltar que as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação serão **sempre exceções** e o caso concreto deverá enquadrar-se em alguma das situações previstas no Regulamento para que a Entidade possa justificar devidamente a contratação direta.

As hipóteses de **dispensa de licitação** (art. 9º) são aquelas previstas **taxativamente** no Regulamento[[14]](#footnote-14). Nessas situações, como regra, há a possibilidade de a Entidade realizar a licitação, porém, em face das características do caso concreto, mostra-se mais vantajosa e conveniente a sua dispensa.

Para o caso em apreço, de calamidade pública em decorrência da pandemia do covid -19, importa destacar, dentre as hipóteses de dispensa de licitação taxativamente previstas no Regulamento, aquela transcrita no art. 9º, inc. V, que afasta a necessidade de se realizar licitação “**nos casos de emergência, quando caracterizada a necessidade de atendimento à situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens**.” (grifou-se)

Por se tratar de exceção ao dever de licitar, a hipótese de dispensa em comento requer interpretação restritiva do aplicador da norma. Assim, a contratação direta emergencial exige a necessária demonstração de uma **situação concreta que reclame atendimento urgente**, sob pena de a ausência da medida ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

De acordo com Joel de Menezes Niebuhr:

“Para os fins de dispensa, o vocábulo emergência quer significar necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites ordinários de licitação pública, sob pena de perecimento do interesse público, consubstanciado pelo desatendimento de alguma demanda social ou pela solução de continuidade de atividade administrativa.”[[15]](#footnote-15)

Marçal Justen Filho, ao tratar de dispositivo similar previsto na Lei nº 8.666/93 (art. 24, inc. IV), destaca que para justificar a contratação direta emergencial é necessário avaliar a presença de dois requisitos. O primeiro deles é a **demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano** que se consubstancia na necessidade de a urgência ser concreta e efetiva, devendo restar “(...) evidenciada a situação concreta existente, indicando-se os dados que evidenciam a urgência.” O segundo requisito é a **demonstração de que a contratação é a via adequada e efetiva para eliminar o risco**. Assim, “a contratação imediata apenas será admissível se restar evidenciado que será instrumento adequado e eficiente de eliminar o risco.”[[16]](#footnote-16)

Agora, é preciso destacar que em se tratando de hipótese de exceção ao dever de licitar, a contratação direta no caso em apreço requer cautela da Entidade, tendo em vista que a dispensa de licitação nos casos de emergência exige que reste efetivamente demonstrada a ocorrência de uma **situação imprevista, não derivada de negligência, desídia ou falta de planejamento da Entidade, sob pena de responsabilização**.

Em face do exposto, se a pandemia do covid -19 ensejar no âmbito do Sistema “S” a necessidade imediata de contratação, sob pena de colocar em risco a segurança de pessoas, serviços e bens, justiça-se a contratação direta.

A título de registro, cumpre destacar que em decorrência da pandemia o Governo Federal criou hipótese específica de contratação direta, dispensando, inclusive, algumas formalidades até então exigidas mesmo nas contratações emergenciais, trata-se da Lei 13.979/2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, que prescreve:

“Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o **caput** deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

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

§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 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. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

§ 5º Na hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal sobre registro de preços. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

§ 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. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

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

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)

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

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do **caput** não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

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

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)

§ 1º Quando o prazo original de que trata o **caput** for número ímpar, este será arredondado para o número inteiro antecedente. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 2º Os recursos dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 3º Fica dispensada a realização de audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as licitações de que trata o **caput**. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 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. 4º. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Luciano Elias Reis e Marcus Vinícius Reis de Alcântara em artigo veiculado no Blog da JML especificamente sobre o tema[[17]](#footnote-17), ao responderem à pergunta se a hipótese genérica de dispensa é idêntica à prevista na Lei nº 13.979/2020 concluem que: “Não, a dispensa de licitação prevista na Lei nº 13.979/2020 é específica para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Como se verifica, o legislador preferiu fazer uma hipótese nova de dispensa de licitação. 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”.

Com efeito, com o intuito de conferir maior segurança jurídica ao gestor, nesta hipótese já há presunção: da ocorrência de situação de emergência; da necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; da existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e da limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. Ainda, diante da necessidade de atender de forma imediata a demanda, a norma em tela dispensou a realização dos estudos preliminares se o objeto for de natureza comum e da gestão de riscos (com exceção da etapa contratual) e permitiu a elaboração de termo de referência ou de projeto básico simplificado, que contenha as seguintes informações: a) declaração do objeto; b) fundamentação simplificada da contratação; c) descrição resumida da solução apresentada; d) requisitos da contratação; e) critérios de medição e pagamento; f) estimativas dos preços; g) adequação orçamentária.

Infere-se que, nos termos da referida Lei, a pesquisa de preços se faz necessária, por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: a) Portal de Compras do Governo Federal; b) pesquisa publicada em mídia especializada; c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; d) contratações similares de outros entes públicos; ou e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores. Mas, em situações excepcionais, mediante justificativa da autoridade competente, é possível dispensar a pesquisa de preços, bem como contratar por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos. A referida lei, ainda, excepciona, mediante justificativa, alguns requisitos de habilitação.

Ademais, diferente da hipótese contemplada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, que fica limitada ao prazo de 180 dias, a situação descrita na Lei 13.979//2020 aplica-se enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do covid-19, podendo, desta feita, ultrapassar o referido prazo. Isso não significa, porém, que o contrato possa ter vigência indeterminada, pois o art. 4º-H estabelece que “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**”. O art. 8º, por seu turno, assevera que “Esta Lei vigorará enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, **exceto** quanto aos contratos de que trata o art. 4º-H, que obedecerão ao prazo de vigência neles estabelecidos”. E, ainda, a Administração poderá estabelecer no contrato cláusula que vincule o contratado a aceitar acréscimos e supressões de até 50% por cento do valor inicial do contrato.

Mais uma vez cabe ponderar se a norma se aplica ao Sistema “S”. Com efeito, infere-se que a normativa em voga flexibilizou algumas exigências previstas na Lei 8.666/93 com o intuito de desburocratizar o processo, tornando-o mais célere a fim de garantir o combate à pandemia do covid -19. E, a bem da verdade, algumas restrições que a Lei excepcionou sequer estão previstas no Regulamento do Sistema S, a exemplo do prazo de vigência do contrato emergencial ou procedimento para justificativa de preços. Claro que, por construção doutrinária ou jurisprudencial, a orientação, por prudência, sempre foi no sentido de, mesmo diante de situação emergencial, realizar-se ampla pesquisa de mercado, exigir-se toda documentação de habilitação constante no art. 12, do Regulamento e, ainda, adotar-se como referência o prazo máximo de 180 dias.

Mas não se pode olvidar que o cenário complexo e desafiador que estamos enfrentando exige o rompimento de antigos paradigmas e a flexibilização de procedimentos, em prol de um bem maior: qual seja, a segurança da população e a preservação da vida.

Assim, em nosso entender, é defensável a interpretação do Regulamento do Sistema S à luz da Lei 13.979/2020, com o escopo de flexibilizar certas exigências comumente feitas nas contratações diretas, desde que reste comprovado que tal é imprescindível para o combate à pandemia ou mesmo para assegurar serviços essenciais da Entidade.

Nesse sentido, mais uma vez, é a doutrina de Luciano Elias Reis e Marcus Vinícius Reis de Alcântara explicitada no já citado artigo[[18]](#footnote-18), ainda que relativo à aplicabilidade da norma às estatais, o raciocínio é o mesmo, em nosso sentir, em relação ao Sistema S:

“6. As normas da Lei nº 13.979/2020 são aplicáveis às licitações, dispensas e contratos celebrados pelas empresas estatais? Como se sabe, as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias) deverão reger-se pela Lei nº 13.303/2016 e pelos seus Regulamentos de Licitações e Contratos. Não estão mais submetidas à Lei nº 8.666/93. Contudo, de maneira sábia, quando o legislador previu a Lei nº 13.979/2020, estipulou que toda e qualquer dispensa, contrato ou 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 deveriam ser regidos pela citada lei, independentemente de quem seria o autor do procedimento, seja empresa estatal ou não”.

Em face do exposto, essas são as implicações consideradas mais relevantes em relação ao regime jurídico aplicável às contratações.

1. Sócia Fundadora do Grupo JML, empresa especializada em Direito Administrativo e que já capacitou mais de 40.000 profissionais na área de Licitações e Contratos. Mestre em Direito. Especialista em Direito Ambiental e Gestão Ambiental. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Advogada e Consultora na área do Direito Administrativo, com ênfase em Licitações e Contratos Administrativos. Coordenadora técnica da JML Consultoria. Professora do Curso de Especialização em Licitações e Contratos da UNIBRASIL. Palestrante na área de Licitações e Contratos perante entidades da Administração Pública, Estatais e Sistema S, com atuação em todo território nacional. Autora da obra Licitações e Contratos no Sistema S. 7. ed. Curitiba: JML, 2017 e da obra Discricionariedade Administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Autora de diversos artigos jurídicos. [↑](#footnote-ref-1)
2. “Art. 2º O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - Sebrae destinará ao Fundo de Aval às Micro e Pequenas Empresas, no mínimo, cinquenta por cento do adicional de contribuição previsto no § 3º do art. 8º da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, que lhe for repassado nos termos do disposto no inciso I do § 4º do art. 8º da referida Lei, referente ao período de que trata o **caput** do art. 1º desta Medida Provisória”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fato superveniente é aquele que traz circunstâncias novas, inexistentes ou desconhecidas à época da prática do ato, nesse caso, à época do planejamento da licitação. [↑](#footnote-ref-3)
4. Conforme explicado em nossa obra: “Não há no Regulamento nenhuma previsão expressa e clara acerca da possibilidade de alteração qualitativa do objeto. Porém, interpretando-se sistematicamente o Regulamento e considerando que, no decorrer da execução do objeto pode a entidade constatar que a alteração qualitativa é imprescindível para assegurar a consecução do interesse público, parece-nos possível identificar tal situação na hipótese contemplada no art. 30 do Regulamento, principalmente quando o dispositivo refere-se à possibilidade de complementação. ”VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Licitações e Contratos no Sistema “S”. 7. ed. Curitiba: Editora JML, 2017, p. 413. [↑](#footnote-ref-4)
5. Promovida com vista à readequação da equação econômico-financeira da avença, conforme permite a alínea “d” do inciso II, c/c § 5° do art. 65 da Lei de Licitações. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cabível após o decurso do lapso temporal de um ano contado da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir. [↑](#footnote-ref-6)
7. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 237. [↑](#footnote-ref-7)
8. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1303-1304. [↑](#footnote-ref-8)
9. Em caso de suspensão contratual, cabe à Administração a prorrogação do cronograma de execução por igual período, de modo a permitir a conclusão do objeto (art. 79, §5º, da Lei 8.666). [↑](#footnote-ref-9)
10. TCU. Acórdão 2.353/2006. Plenário. [↑](#footnote-ref-10)
11. TCU. Informativo de Licitações e Contratos nº 34/2010. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corrobora a seguinte jurisprudência:“Administrativo. Contrato administrativo para execução de obra. Paralisação temporária por interesse da Administração. Previsão contratual. Arts. 65 e 78 da Lei 8.666/93. Ressarcimento dos prejuízos. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. (...) 2. Persiste o dever de indenizar os prejuízos causados em decorrência de interrupção temporária de obra pública, por iniciativa da Administração. 3. Embora legítima a interrupção contratual, impõe-se o dever de indenizar os prejuízos suportados pelo particular em decorrência da paralisação, para resguardar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. (Superior Tribunal de Justiça. REsp 734.696/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 16/10/07. DJe 07/04/09). [↑](#footnote-ref-12)
13. “Art. 1º. As contratações de obras, serviços, compras e alienações do S... serão necessariamente precedidas de licitação obedecidas as disposições deste Regulamento.” [↑](#footnote-ref-13)
14. As quais devem guarda restrita compatibilidade com as hipóteses relacionadas na Lei nº 8.666/93 em virtude de a União deter competência exclusiva para legislar sobre norma gerais sobre licitação (art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal de 1988), conforme já decidiu o TCU nos seguinte julgado:

“9. Chamo atenção, de início, à disposição presente no art. 9º, inciso XVIII, do Regulamento de Licitações e de Contratos - RLC da entidade, que prevê a dispensa de licitação para a participação em feiras, exposições, congressos, seminários e eventos em geral, relacionados à atividade-fim.

10. Não obstante o fato de os serviços sociais autônomos não se sujeitarem aos ditames da Lei n. 8.666/1993, devem seus regulamentos próprios atender aos princípios básicos que regem a Administração Pública, dispostos no art. 37 da Constituição Federal, em especial os da impessoalidade, da moralidade e da igualdade.

11. A matéria em questão já ensejou intensos debates no âmbito desta Corte de Contas, em várias ocasiões. Nos autos do TC-016.691/2007-6, o Ministro José Jorge apresentou Voto Revisor, que se sagrou vencedor, ressaltando que, embora não se exija a plena submissão dos entes integrantes do Sistema S à Lei n. 8.666/1993, eles não detêm competência para legislar sobre este assunto, por se tratar de matéria de lei ordinária (reserva legal segundo a vontade do legislador constituinte), de competência privativa da União, consoante o art. 22, XXVII, da Lei Maior.

12. Na oportunidade, que resultou na prolação do Acórdão n. 2.790/2013 - 2ª Câmara, enfatizou-se o entendimento segundo o qual as entidades do Sistema S não podem inovar na ordem jurídica, por meio de seus regulamentos próprios, instituindo novas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, haja vista que a matéria deve ser disciplinada por norma geral, de competência privativa da União.

13. E, segundo o entendimento emanado do sumário relativo ao TC-019.167/2006-9, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, cabe ao Tribunal de Contas da União determinar a modificação das normas próprias sobre licitações e contratos das entidades do Sistema S, nos casos em que, efetivamente, verificar afronta, ou risco de afronta, aos princípios regentes da administração pública, o que se ajusta à situação ora em exame (Acórdão n. 2.522/2009 - 2ª Câmara).

14. Por estes motivos, acolho a proposta de determinação à entidade que promova a alteração do citado normativo de forma a adequá-lo aos princípios constitucionais mencionados.”(TCU. Acórdão nº 1.785/2013 – Plenário). (grifou-se) [↑](#footnote-ref-14)
15. NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de li (ficou faltando) [↑](#footnote-ref-15)
16. FALTOU NOTA REFERÊNCIA [↑](#footnote-ref-16)
17. FALTOU NOTA REFERÊNCIA [↑](#footnote-ref-17)
18. FALTOU NOTA REFERÊNCIA [↑](#footnote-ref-18)