ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER n. 00386/2020/NLC/ETRLIC/PGF/AGU

NUP: 23232.000398/2020-16
INTERESSADOS: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUDESTE DE MINAS GERAIS - IFSUDESTE MG
ASSUNTOS: COVID-19

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. DISPENSA. CORONAVÍRUS. **Aquisição de insumos** destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus (2019-nCoV). Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, alterada pela Medida Provisória nº 926, de 2020. Procedimento simplificado. Possibilidade jurídica condicionada ao atendimento das recomendações.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado a este órgão consultivo, para análise e manifestação acerca da possibilidade de contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 4º, da Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, tendo como objeto a **aquisição de insumos para a confecção de máscaras (tnt, elástico e arame)** destinados ao enfrentamento, pelo órgão público assessorado, da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus (2019-nCoV), **no valor estimado de R$ 6.483,60.**

2. Os presentes autos encontram-se instruídos, dentre outros, com os seguintes documentos, pertinentes à presente análise:

a) solicitação da contratação (código de verificação bcaac50734);

b) justificativa para substituição do contrato por nota de empenho (código de verificação 4bc3b65789);

c) inclusão da demanda no PAC (código de verificação a86e558405);

d) pesquisa de mercado (código de verificação 149740);

e) declaração de disponibilidade orçamentária (código de verificação d68ddf9358);

f) autorização da autoridade administrativa, aprovação do termo de referência, justificativa da necessidade e declaração de disponibilidade orçamentária (código de verificação 46198efec5);

g) pesquisa de mercado (código de verificação 152382, 152384, 152909 e 152910);

h) mapa comparativo de preços e metodologia da pesquisa de mercado (código de verificação 152384);

i) termo de referência (código de verificação d500cec9bc);

j) documentos de habilitação (código de verificação 152911, 152913 e 152915);

k) proposta (código de verificação 152912 e 152914);

l) justificativa da escolha do fornecedor e do preço (código de verificação 152916 e 152932);

m) lista de verificação (código de verificação 49c772dff0) e

n) certificação processual (código de verificação 99d9d56909).

3. Por razões de economia processual, documentos não mencionados no item anterior serão devidamente referenciados ao longo do parecer.

4. É o relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DO ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS À ETR-Licitações

5. Inicialmente, cumpre registrar o que dispõe o art. 14 da Portaria PGF nº 931/2018, acerca do encaminhamento de processos para a Equipe de Trabalho Remoto de Licitações e Contratos – ETR-LIC:

> *Art. 14 São requisitos para o encaminhamento de processos administrativos contendo consultas sobre licitações e contratos da área meio à ETR-Licitações e Contratos:*
>
> *I – a utilização de minutas padrão de termo de referência, edital de licitação, contrato e ata de registro de preços, conforme o caso, disponibilizados pela Procuradoria-Geral Federal, preferencialmente, ou pela Consultoria-Geral da União; e*
>
> *II – a utilização das listas de verificação (checklists) da instrução processual disponibilizados pela Procuradoria-Geral Federal, preferencialmente, ou pela Consultoria-Geral da União.*
>
> *§ 1º As inclusões, modificações e exclusões em minutas padrão deverão ser expressamente comunicadas e previamente submetidas à apreciação da ETR-Licitações e Contratos, em manifestação apartada que indique as disposições alteradas e explicite suas justificativas.*
>
> *§ 2º Para otimização dos trabalhos, a Coordenação da ETR-Licitações e Contratos poderá definir modelos de comunicação de inclusões, modificações, exclusões ou informações de observância obrigatória.*
>
> *§ 3º No caso de crescimento excepcional da demanda de processos encaminhados à ETR-Licitações e Contratos, sem que haja ingresso de novos integrantes, o DEPCONSU poderá, ouvido o Responsável pela coordenação da equipe, entre outras medidas, permitir que os processos sejam analisados pela Equipe em prazo superior àquele estabelecido no plano de trabalho.*
>
> *§ 4º A ETR-Licitações e Contratos não atuará em processos com pedido de análise em regime de urgência ou de prioridade, competindo à Procuradoria Federal junto à autarquia ou fundação pública federal, nesses casos, a realização das respectivas atividades de consultoria jurídica, nos termos da Portaria PGF nº 261, de 05 de maio de 2017.*

6. Sendo assim, **nas hipóteses em que não forem observados os requisitos acima, incluindo a informação constante do §1º, os processos serão devolvidos para adequação**, sem prejuízo de que, desde logo, sejam feitas considerações a respeito da legalidade do procedimento e recomendações para regularização.

7. Ainda, destaca-se a necessidade de que seja verificada, pela chefia da unidade de execução da PGF (ou a quem lhe for delegada competência), se os processos encaminhados estão, de fato, instruídos com as minutas da AGU. Essa análise é importante para evitar a devolução dos autos e, por conseguinte, atraso na sua análise jurídica. Para tanto, sugere-se orientar o órgão competente para a responsabilização administrativa em caso de divergência de informação em relação ao uso das minutas.

2.2 Dos limites da análise jurídica

8. A atividade de exame e aprovação de minutas de contratos e dos atos pelos quais se vai decidir a dispensa de licitação pelos órgãos de consultoria da Advocacia-Geral da União é prévia, consoante o art. 11, inciso VI, alíneas "a" e "b", da Lei Complementar n.º 73, de 1993, c/c o art. 10, § 1º, da Lei n.º 10.480, de 2002. Dessa maneira, não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas pela unidade jurídico-consultiva. Além do mais, na eventualidade de o administrador não atender as orientações do órgão consultivo, passa a assumir, inteiramente, a responsabilidade por sua conduta.

9. Ressalte-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza eminentemente técnica, o que inclui o detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e especificações. Com relação a esses dados, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiará dos conhecimentos técnicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, conforme orientação constante da Boa Prática Consultiva – BPC n° 7, que assim dispõe:

> A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento. (Manual de Boas Práticas Consultivas aprovado pela Portaria Conjunta nº 01, de 2 de dezembro de 2016)

10. Ademais, nos termos do art. 2º, da Portaria PGF n. 931/2018, **exclui-se da competência da ETR-LIC o exame de legislação específica afeta à atividade-fim do ente assessorado que porventura seja aplicável ao caso concreto. Tal análise deve ser feita pelo órgão de assessoramento jurídico local, preferencialmente antes do encaminhamento dos autos à ETR-LIC ou no despacho de aprovação do presente parecer.**

11. Feita a ressalva, passamos à análise estritamente jurídica do presente processo.

2.3 Breve contextualização sobre a situação de emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus: aspectos legais e previsão de hipótese temporária de dispensa de licitação.

12. Como é notório, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto do novo coronavírus (2019-nCoV) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Já no dia 11 de março de 2020, a OMS declarou que a Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus, passou a ser caracterizada como uma pandemia, em razão de ter a doença atingido diversos países do mundo, em três continentes ou mais.

13. No Brasil, o Ministro de Estado da Saúde emitiu a Portaria nº 188/GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020, declarando Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).

14. Nesse contexto, foi publicada a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, estabelecendo "*as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*".

15. Uma das medidas de enfrentamento à pandemia previstas no novel diploma consiste na hipótese de dispensa de licitação estabelecida em seu art. 4º, nos seguintes termos:

> Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

16. Vale notar que, em sua redação original, acima transcrita, o art. 4º da Lei n.º 13.979, de 2020, autorizava a contratação direta, por dispensa de licitação, destinada exclusivamente à compra de bens, à prestação de serviços e à aquisição de insumos **de saúde** necessários à contenção da situação emergencial relacionada à pandemia do novo coronavírus.

17. Diante do agravamento da situação no país, o Ministro de Estado da Saúde¿ declarou, em todo o território nacional, por meio da Portaria nº 454/GM/MS, de 20 de março de 2020, o estado de transmissão comunitária do novo coronavírus, situação em que as autoridades de saúde já não mais conseguem rastrear a origem das cadeias de infecção, ou quando as cadeias já envolvem mais de cinco gerações de pessoas.

18. O Congresso Nacional, por sua vez, por meio do Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020, reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), a ocorrência do estado de calamidade pública em face do surto de coronavírus (Covid-19), 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.

19. Assim, em face da necessidade constatada pelo Estado Brasileiro quanto à adoção de providências imediatas e mais eficazes de combate transmissibilidade do novo coronavírus (Covid-19), veio a ser editada a Medida Provisória n.º 926, de 20 de março de 2020, que alterou a Lei nº 13.979, de 2020, para nela introduzir regramento específico e mais detalhado acerca da hipótese de dispensa de licitação originalmente prevista no art. 4º da norma.

20. Nesse sentido, o art. 4º da Lei nº 13.979, de 2020, passou a vigorar com a seguinte redação:

> 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) (grifamos)

21. As modificações decorrentes da Medida Provisória n.º 926, de 2020, estenderam a possibilidade de dispensa de licitação da Lei n.º 13.979, de 2020, à aquisição de **quaisquer** bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos considerados necessários para enfrentar a emergência de saúde do novo coronavírus.

22. Observe-se que o nítido escopo da Lei n.º 13.979, de 2020, é o de atender necessidades estatais transitórias, relativas à situação de emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus. Daí porque o § 1º do art. 4º da nova lei registrou expressamente que a dispensa de licitação nela prevista é **temporária**, estando a sua aplicação **limitada** ao período excepcional pelo qual perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus.

23. A excepcionalidade das medidas de flexibilização das contratações públicas para atender às necessidades decorrentes da Covid-19 foram reconhecidas, igualmente, pelo art. 8º da Lei n. 13.979, de 2020, que assim dispõe:

> Art. 8º 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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

24. O regime excepcional e temporário de contratações públicas inaugurado pela Lei n.º 13.979, de 2020, insere-se no conteúdo do chamado Direito Excepcional, segundo o qual leciona Carlos Maximiliano, *in verbis:*

> O Direito Excepcional é subordinado a uma razão também, sua, própria, original, porém reconhecível, às vezes, até evidente, embora diversa da razão mais geral sobre a qual se baseia o Direito comum (3).
>
> (…)
>
> 272 - **As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente.** Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do princípio geral as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a Werturteil dos tedescos, e outras.
>
> O art. 6º da antiga Lei de Introdução abrange, em seu conjuntos, as disposições derrogatórias do Direito comum; as que confinam a sua operação a determinada pessoas, ou a um grupo de homens à parte; atuam excepcionalmente, em proveito, ou prejuízo, do menor número.
>
> Não se confunda com as de alcance geral, aplicáveis a todos, porém suscetíveis de afetar duramente alguns indivíduos por causa da sua condição particular. Refere-se o preceito àquelas que, executadas na íntegra, só atingem a poucos, ao passo que o resto da comunidade fica isenta (3).
>
> Impõe-se também a exegese estrita à norma que estabelece uma incapacidade qualquer, ou comina a decadência de um direito: esta é designada pelas expressões legais – "ou restringe direitos" (4).
>
> (…)
>
> 286 - Parece oportuna a generalização da regra exposta acerca de determinadas espécies de preceitos, esclarecer como se entende e aplica uma norma excepcional. **É de Direito estrito; reduz-se à hipótese expressa: na dúvida, segue-se a regra geral. Eis porque se diz que a exceção confirma a regra nos casos não excetuados.**
>
> (…)
>
> 288 - Releva advertir que todo preceito tem valor apenas relativo. A regra do art. 6° da antiga Lei de Introdução ao Código Civil consolida o velho adágio - **interpretam-se restritivamente as disposições derrogatórias do Direito comum, brocardo este correspondente ao dos romanos** - *exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*. Qualquer dos três conceitos aplica-se com a maior circunspeção e reserva, e comporta numerosas exceções (1): daí a divergência na maneira de o entender, até entre pontífices das letras jurídicas. (Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 19ª Edição, p. 184/193) (grifamos)

25. Considerando a excepcionalidade do regramento posto e seu caráter transitório, é possível concluir que as disposições da Lei nº 13.979, de 2020 - em especial, no que interessa ao presente exame, as normas sobre dispensa de licitação -, são aplicáveis apenas e tão somente às expressas situações abrangidas no novel texto legal, nas quais resta

afastada, total ou parcialmente, a incidência do regime jurídico geral de contratação pública, previsto na Lei nº 8.666, de 1993.

26. Dito de outro modo, a contratação direta por dispensa de licitação deverá ser regida pelas normas específicas previstas na Lei n.º 13.979, de 2020, de modo que a Lei n.º 8.666, de 1993, será aplicável exclusivamente em relação a aspectos não disciplinados na lei excepcional (*e.g.* conteúdo mínimo do contrato administrativo, hipóteses de cabimento das alterações contratuais, regras sobre fiscalização e acompanhamento da execução do objeto, dentre outras) e apenas quando tais disposições gerais forem consentâneas ao sentido e alcance da Lei n.º 13.979, de 2020.

27. Nesse sentido, ao examinar os principais aspectos jurídicos pertinentes à elaboração de modelos específicos de minutas para contratações fundadas na Lei nº 13.979, de 2020, a Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos, por meio do PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU (NUP: 00688.000716/2019-43), aprovado pelo Consultor-Geral da União, bem advertiu que *"Deve-se evitar exigir como pré-requisito ou restrição à contratação qualquer medida que não seja estritamente prevista na legislação, por melhor prática que possa aparentar ser"*.

28. Tais premissas deverão permear todo o processo de aplicação e interpretação da Lei n.º 13.979, de 2020, bem como de possível integração da disciplina nela prevista, quando for o caso.

29. Dito isto, passaremos a analisar os requisitos da dispensa de licitação prevista no art. 4º e seguintes da Lei n.º 13.979, de 2020.

2.4 Da dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus: requisitos legais específicos.

30. Como explanado na seção anterior, a Lei n° 13.979, de 2020, em seu art. 4°, acima transcrito, estabeleceu a dispensabilidade do procedimento licitatório para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus.

31. Em seus artigos 4º-A a 4º I, a Lei n° 13.979, de 2020, apresenta o regramento específico a ser adotado para a dispensa de licitação, nos seguintes termos:

> 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-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)

32. Cumpre-nos destacar, de logo, para afastar quaisquer equívocos, que a dispensa prevista no art. 4º, da Lei n.º 13.979, de 2020, ostenta caráter singular, face aos contornos da situação emergencial que atrai a sua incidência, e, portanto, não se confunde, em absoluto, com a previsão constante do art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666, de 1993, cujos requisitos não demandam observância na hipótese de que ora se cuida. Outro não foi o entendimento adotado no PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU, que deixou clara a inviabilidade de eventual "[...] *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* [...]".

33. Forte nessa premissa, e a partir dos dispositivos legais acima transcritos, verifica-se que, quanto aos requisitos legais próprios para configuração da dispensa de licitação, a Lei n.º 13.979, de 2020, considerando a calamidade pública decorrente do novo coronavírus, **presume atendidas** as seguintes condições (art. 4º-B):

- ocorrência de situação de emergência;
- necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;

- existência de risco à 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.

34. Percebe-se que a previsão constante do art. 4º-B da Lei n.º 13.979, de 2020, traz uma forte carga valorativa, eximindo o gestor público da obrigação de declinar, de forma individualizada, em cada um dos processos de contratação direta, os fatos e circunstâncias emergenciais que são de conhecimento público e notório.

35. Nesse sentido, é oportuno ter em mente que a situação fática excepcional que autoriza a dispensa de licitação para os fins da Lei n.º 13.979, de 2020, foi oficialmente reconhecida pelo Ministro de Estado da Saúde, por meio da citada Portaria nº 188/GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020, que declarou a situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) no país, em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Dessa forma, sugere-se, apenas, que, previamente à formalização da contratação direta, a Administração busque se certificar da vigência da situação de emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (art. 4º, §1º, Lei nº 13.979/20).

36. Em face da presunção legal de atendimento das condições para realização da dispensa licitatória, cabe ao gestor ter a devida cautela em aplicar as regras excepcionais da Lei n.º 13.979, 2020, uma vez que, para se valer do referido permissivo, lhe será exigível, tão somente, a demonstração de que a contratação direta é **necessária e adequada** para combater a situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) decorrente do novo coronavírus.

37. O processo de dispensa de licitação deverá ser instruído, portanto, com manifestação da área técnica que demonstre a **relação de causalidade** existente entre a situação emergencial presumida por lei e a utilidade do objeto da pretendida contratação pública para o enfrentamento dessa mesma emergência.

38. No caso dos autos, consta do processo o **item 2 do termo de referência e o documento** (**código de verificação 46198efec5**), por meio do qual a Administração reconhece que a contratação direta se alinha aos objetivos e finalidades da Lei n.º 13.979, 2020, sendo necessária e adequada para combater a situação emergencial sob comento.

39. Como se sabe, a justificativa da necessidade da contratação constitui questão de ordem técnica e administrativa, razão pela qual, a teor do Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União, não deve este órgão de consultoria se pronunciar conclusivamente acerca do mérito (oportunidade e conveniência) da motivação apresentada e das opções feitas pelo administrador, exceto na hipótese de afronta a preceitos legais, o que não nos parece ser o caso.

40. Merece registro, ainda, que, ordinariamente, a justificativa de necessidade e utilidade da contratação do objeto para alcance dos objetivos legais e das demandas administrativas de interesse público deve ocorrer por meio de manifestação técnica que, dentre outros aspectos, delimite o quantitativo de bens e serviços considerados essenciais e indispensáveis para atender às demandas administrativas, evitando a aquisição em excesso ou em quantidade inferior ao necessário. Também para esse fim, exige-se a indicação da metodologia utilizada pelo órgão contratante para estimativa dos quantitativos, acompanhada da respectiva memória de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte (ex: consumo de outras contratações, relatórios, dados sobre a demanda interna, gráficos, séries históricas).

41. Contudo, em face da situação emergencial subjacente à edição da Lei n.º 13.979, de 2020, nota-se que seu art. 4º-B, inciso IV, presume, para fins de dispensa de licitação, *"a limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência"*. Essa previsão significa precisamente que o legislador **dispensou** a Administração de, nas situações do art. 4º, da Lei n.º 13.979, de 2020, **justificar e delimitar de forma detalhada a demanda** considerada necessária para fazer face à situação emergencial decorrente da pandemia da Covid-19.

42. Nesse sentido, como bem destacado nos itens 27 a 30 do PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU, "*A intenção parece ter sido, neste caso, permitir uma maior liberdade ao gestor para dimensionar suas compras. De fato, diante de valores tão caros ao Direito Constitucional, tais como a vida e a saúde, não seria razoável exigir do gestor um cálculo exato em relação às compras que irá realizar.* [...] *Há uma diferença de abordagem: em vez de ter de se preocupar em dimensionar exatamente os quantitativos para que seja a parcela exata do que é necessário para o enfrentamento da emergência, a lei libera o gestor desse ônus presumindo essa adequação para que este possa focar suas energias em outras questões reputadas por mais relevantes"*.

43. Por conta disso, excepcionalmente, com base no art. 4º-B, inciso IV, da Lei n.º 13.979, de 2020, deixa-se de recomendar, no presente caso, que a justificativa da necessidade da contratação contenha a delimitação precisa e especificada do quantitativo de bens e serviços considerados suficientes e indispensáveis para enfrentar a situação de emergência derivada do novo coronavírus.

44. Sendo assim, restam delineadas nos autos, conforme apontamentos acima, as condições específicas da Lei n.º 13.979, de 2002, para a dispensa de licitação com vistas à contratação direta de **aquisição de insumos para a confecção de máscaras (tnt, elástico e arame),** destinada ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

2.5 Requisitos e demais formalidades legais a serem atendidas no processo de dispensa de licitação fundado na Lei n.º 13.979, de 2020.

45. Ultrapassado o exame acerca da possibilidade de contratação direta, mediante dispensa de licitação, com fundamento no art. 4º, da Lei nº 13.979, de 2020, cumpre agora analisar o atendimento dos demais requisitos impostos pela própria lei, bem como as disposições e formalidades gerais da Lei nº 8.666, de 1993, passíveis de aplicação no presente caso.

2.4.1 Da autorização para celebração de novos contratos e inclusão dos itens contratados no PAC.

46. Consta a autorização da autoridade competente para a contratação direta (**código de verificação 46198efec5**).

47. Ressalte-se que a Administração deverá se certificar da obediência às regras internas de competência para autorização da presente contratação.

48. Para atividades de custeio, deverá a Administração Pública comprovar nos autos que foi obtida autorização para celebração de contrato prevista no art. 3º do Decreto n.º 10.193, de 27 de dezembro de 2019.

49. Já no tocante à exigência de comprovação de que a presente contratação esteja contemplada no Plano Anual de Contratações (PAC) da entidade, conforme previsto na Instrução Normativa nº 01/2019, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, em razão da natureza do objeto e do seu enquadramento como aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, recomenda-se que, oportunamente, a Administração providencie a inserção do objeto da contratação no PAC, como autoriza o art. 11, §2º, do referido normativo, caso essa providência ainda não tenha sido adotada.

50. Ademais, considerando o objeto da presente contratação e a importância e urgência necessárias para o enfrentamento da pandemia, considera-se atendido o disposto no art. 3º do Decreto nº 8.540/2015.

2.4.2 Da dispensa de elaboração de estudos preliminares e do gerenciamento de riscos¿

51. A fase de planejamento da contratação encontra-se prevista e disciplinada no Decreto n.º 10.024, de 20 de setembro de 2019, e, em relação aos serviços, também na Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, da então Secretária de Gestão do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, sendo concretizada, em regra, ao longo das seguintes etapas: (i) documento para formalização da demanda; (ii) estudos preliminares; (iii) gerenciamento de riscos; e (vi) projeto básico ou termo de referência, a depender do caso.

52. Considerando a necessidade de realizar contratações públicas mais céleres, com procedimentos internos simplificados, o art. 4º-C da Lei n. 13.979, de 2020, estabeleceu que a elaboração de estudos preliminares não se faz necessária quando se tratar de processo destinado à aquisição de bens ou à execução de serviços **comuns** para atender à situação de pandemia decorrente da Covid-19.

53. *Contrario sensu,* caso a contratação com base na Lei n.º 13.979, de 2020, tenha por objeto bens ou serviços **especiais** (art. 3º, inciso III, do Decreto n.º 10.024/2019), que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade técnica, não possam ser objetivamente definidos por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado (art. 3º, inciso II, do do Decreto n.º 10.024/2019), será necessária a elaboração dos estudos preliminares pela Administração.

54. Como se sabe, é do setor técnico competente a definição do bem ou serviço como comum ou especial, e com base nessa premissa, o Advogado-Geral da União editou a Orientação Normativa n° 54, que assim dispõe:

> COMPETE AO AGENTE OU SETOR TÉCNICO DA ADMINISTRAÇÃO DECLARAR QUE O OBJETO LICITATÓRIO É DE NATUREZA COMUM PARA EFEITO DE UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO E DEFINIR SE O OBJETO CORRESPONDE A OBRA OU SERVIÇO DE ENGENHARIA, SENDO ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO JURÍDICO ANALISAR O DEVIDO ENQUADRAMENTO DA MODALIDADE LICITATÓRIA APLICÁVEL.

55. No caso, consta dos autos declaração administrativa no sentido de que o objeto da contratação direta consiste em bem de natureza comum (**item 3 do termo de referência**), razão pela qual se encontra dispensada a elaboração dos estudos preliminares.

56. Igualmente imbuída do espírito de urgência e de simplificação, a Lei n.º 13.979, de 2020 no seu art. 4º-D, prevê que o gerenciamento de riscos somente será exigível durante a gestão do contrato, o que deverá ser oportunamente observado pela Administração, estando dispensada, assim, a elaboração de mapa de risco na fase de planejamento interno da contratação direta.

2.4.3 Do projeto básico simplificado

57. Nas hipóteses de contratações que envolvam o atendimento à situação emergencial decorrente do novo coronavírus, o art. 4º-E, da Lei nº 13.979, de 2020, prevê que poderá a Administração Pública apresentar projeto básico simplificado, com o objetivo de desburocratizar o procedimento, em face da celeridade exigida nesses casos.

58. Nesse sentido, o projeto básico simplificado deverá conter os seguintes elementos:

- declaração do objeto - descrição direta e objetiva do bem, insumo ou serviço a ser contratado, com as especificações mínimas suficientes para garantir a qualidade da contratação;
- fundamentação simplificada da contratação - justificativa clara da necessidade de objeto, abrangendo a demonstração da relação direta entre a contratação pretendida e o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus; devem-se evitar justificativas genéricas, incapazes de demonstrar de forma cabal a necessidade da Administração;
- descrição resumida da solução apresentada;
- requisitos da contratação - indicar os requisitos necessários ao atendimento da necessidade pública emergencial; no caso de serviços, analisar e declarar a não incidência das vedações previstas no art. 3º do Decreto n.º 9.507, de 2018, e do art. 9º da IN SEGES/MP n.º 05/2017, definir e justificar se o serviço possui natureza continuada ou não, e verificar se existe Caderno de Logística relativo ao objeto contratual, para que o projeto básico possa incorporar, no que couber, as especificações padronizadas (art. 29 da IN SEGES/MP nº 05/2017); caso se mostre viável, incluir critérios e práticas de sustentabilidade pertinentes ao objeto; avaliar o prazo de vigência do contrato, que poderá ser de até seis meses, prorrogáveis por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública (art. 4º-H, da Lei n.º 13.979, de 2020); definir os requisitos de habilitação exigíveis da futura contratada, e a possibilidade de dispensar a apresentação de documentação de regularidade fiscal ou trabalhista, quando constatada a restrição de fornecedores ou prestadores de serviços;
- critérios de medição e pagamento - com observância dos parâmetros gerais indispensáveis e suficientes da Lei n.º 8.666, de 1993, e, em se tratando de serviços, da Instrução Normativa SEGES/MP n.º 05/2017, no que couber;
- 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; d) contratações similares de outros entes públicos; ou e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e
- adequação orçamentária - indicação do recurso orçamentário próprio para a despesa e da respectiva rubrica (art. 4º-E, § 1º, inciso VII, da Lei n.º 13.979, de 2020, arts. 7º, § 2º, III, 14 e 38*, caput,* da Lei 8.666/93).

59. Tanto para o caso da contratação de bens e insumos quanto de serviços, recomenda-se que sejam adotados pela Administração os modelos correspondentes e atualizados de projeto básico elaborados pela Advocacia-Geral da União, disponibilizados no seu sítio eletrônico da instituição, para utilização específica nas situações de contratação direta relacionada ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus, visando, com isso, garantir o conteúdo mínimo necessário, bem como a padronização e a celeridade na análise do documento.

60. Recomenda-se, ainda, que sejam destacadas, formal e visualmente, todas as alterações realizadas no modelo padronizado de projeto básico, justificando-se as inclusões, adaptações, modificações e exclusões de texto realizadas na minuta.

61. Oportuno salientar que o projeto básico deverá ser elaborado pelo setor requisitante do objeto da contratação, com posterior aprovação pela autoridade competente (art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei n.° 8.666/1993).

62. No caso, consta dos autos o projeto básico simplificado (**código de verificação d500cec9bc**), elaborado pela área requisitante, datado, assinado e aprovado pela autoridade competente (**código de verificação 46198efec5**).

63. Nesse contexto, em análise eminentemente formal, verifica-se que o projeto básico contemplou o conteúdo mínimo fixado no art. 4º-E, § 1º, da Lei nº 13.979, de 2020.

64. Sem embargo disso, e apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, à própria Administração, **constata-se a necessidade de atendimento adicional às recomendações abaixo, a saber:**

> a) a) adotar e certificar o uso da minuta de Projeto Básico- Modelo para Dispensa de Licitação – Compras- COVID-19 Atualização: Maio/2020, disponível em http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/908837, em face da atualização legal e a existência de disposições legais e cláusulas específicas em decorrência da dispensa de licitação nos termos da Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a exemplo dos ajustes nas disposições sobre o **art. 4º-F**, a partir da alteração feita pelo **art. 3º, parágrafo único da Emenda Constitucional nº 106/2020, conforme Parecer nº 00012/2020/CNMLC/CGU/AGU**, nos editais e nos termos de referência e projetos básicos, bem como em relação à **vigência,** com

a indicação do prazo de vigência da presente contratação, observado o prazo máximo de seis meses, prorrogável por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública de importância internacional, declarada por meio da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Sr. Ministro de Estado da Saúde (item 1.3. da minuta de projeto básico padrão de dispensa para compra), não sendo demais destacar a possibilidade em tese de celebrar termo aditivo dentro do prazo de validade, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato (Art. 4º-I da Lei n.º 13.979, de 2020).

b) **vedar a possibilidade de subcontratação injustificada da contratação ou justificar a possibilidade de subcontratação parcial prevista no item 11 do termo de referência do termo de referência. O item 11 do termo de referência prever a possibilidade de subcontratação parcial do objeto do contrato**, sem qualquer justificativa, o que não atende a legislação que regula a matéria, a saber, a Lei n. 8.666\96 (*"Art. 78 Constituem motivo para a rescisão do contrato: (...)VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato*;"). O PARECER Nº 05/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 10.07.2013 e na CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 39/2013 (http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/238680), dispõe sobre a recomendação de vedação à subcontratação do principal do objeto, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnica técnico-operacional, foi exigida a apresentação de atestado que comprove a execução do objeto com características semelhantes, nos moldes a seguir: ***"CONTRATO ADMINISTRATIVO. VEDAÇÃO À SUBCONTRATAÇÃO DO PRINCIPAL DO OBJETO. CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 39/2013:*** *POR FORÇA DA DETERMINAÇÃO CONTIDA NO ACÓRDÃO Nº 3.144/2011-PLENÁRIO DO TCU, E BUSCANDO UNIFORMIZAR O SEU ATENDIMENTO POR PARTE DE TODAS AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES, É RECOMENDÁVEL A VEDAÇÃO DE SUBCONTRATAÇAO DO PRINCIPAL DO OBJETO, ENTENDIDO ESTE COMO O CONJUNTO DE ITENS PARA OS QUAIS, COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL, FOI EXIGIDA APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS QUE COMPROVASSEM EXECUÇÃO DE SERVIÇO COM CARACTERÍSTICAS SEMELHANTES, SALVO SE TRATAR-SE DE LICITAÇÃO REGIDA PELO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO - RDC, QUE POSSUI DISCIPLINA ESPECÍFICA. REFERÊNCIA: PARECER Nº 05/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU APROVADO PELO PROCURADOR-GERAL FEDERAL EM 10.07.2013.*". Por fim, recomenda-se também observar os parâmetros exigidos pelo TCU (vide minuta padrão da AGU), que seguem abaixo:

Assunto: SUBCONTRATAÇÃO. DOU de 19.07.2010, S. 1, p. 84. Ementa: alerta ao IBGE quanto à falta de clareza nas disposições editalícias a respeito da subcontratação, em descumprimento aos princípios da Administração Pública e ao disposto na Lei nº 8.666/1993, art. 72, especialmente quanto à: **a) necessidade de motivação e presença do interesse público; b) necessidade de prévia autorização da contratante; c) especificação das razões, do serviço a ser subcontratado e do prazo desejado; d) especificação do percentual máximo que poderá ser subcontratado** (item 1.6.1.7, TC-025.230/2009-4, Acórdão nº 1.626/2010-Plenário).

c) submeter novamente o termo de referência à autoridade competente para sua aprovação, dada a necessidade de atendimento às exigências acima destacadas (Art. 4º-E da Lei n.º 13.979, de 2020);

65. Vale registrar, por oportuno, que, mesmo em se tratando de dispensa de licitação, o gestor deverá tomar as devidas cautelas para assegurar que as especificações do objeto correspondam àquelas essenciais à contratação, sem as quais não poderão ser atendidas as necessidades da Administração.

66. Alerta-se, ademais, que o objeto da contratação direta deverá atender a padrões de qualidade e segurança considerados necessários para a regular satisfação das demandas administrativas, principalmente no caso de bens, insumos e serviços que estejam sujeitos a normas cogentes acerca dos respectivos processos de produção, fornecimento ou execução.

67. Dito isto, passaremos a destacar, nos tópicos seguintes, pontos específicos do planejamento da contratação, considerados essenciais à avaliação da regularidade geral do presente procedimento.

2.4.4 Justificativa da Escolha do Contratado

68. O projeto básico simplificado deverá conter justificativas a respeito das razões que condicionaram a escolha, pela Administração, do fornecedor dos bens e insumos, ou do executor dos serviços a serem contratados.

69. Adverte-se, contudo, que o fundamento dessa exigência não reside no art. 26, parágrafo único, inciso II, da Lei n.º 8.666, de 1993, que não se aplica às situações regidas pela Lei n.º 13.979, de 2020, mas sim no inafastável princípio administrativo e constitucional da impessoalidade (art. 37, *caput,* da Constituição), bem como no princípio da motivação dos atos administrativos, positivado no art. 2º, *caput,* e no art. 50, inciso IV, da Lei n.º 9.784, de 1999.

70. Com efeito, conforme explanado no item 60 do PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU, *"independentemente de previsão legal explícita, a motivação da escolha do fornecedor decorre do próprio princípio da impessoalidade, em aplicação conjunta com o princípio republicano. Não se admite que a Administração escolha o fornecedor sem a ter a obrigação de motivar, ainda que de forma sucinta e objetiva, a opção feita. Entende-se por exigência a justificativa em questão, independentemente de aplicação do art. 26 supracitado".*

71. Dito isto, constata-se que foi apresentada **justificativa da escolha do futuro contratado** (**código de verificação 152916 e 152932**), tendo sido adotado o **menor preço**, estando o feito regularmente instruído, assim, quanto a esse aspecto.

2.4.5 Critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações

72. Em relação às exigências de sustentabilidade, a regra nas contratações públicas é que sejam estabelecidos critérios e práticas que promovam o desenvolvimento sustentável (art. 3º, da Lei nº 8.666/93 e art. 2º do Decreto nº 7.746/2012), inclusive por meio da priorização de aquisições de produtos reciclados e/ou recicláveis (art. 7º, XI, da Lei nº 12.305/2010).

73. Não foi por outra razão que os arts. 1º e 2º da IN SLTI/MP nº 01/2010 dispuseram que as especificações para serviços devem conter critérios de sustentabilidade ambiental, devendo a Administração Pública formular as exigências de forma a não frustrar a competitividade.

74. Entretanto, conforme bem anotado no PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União, diante do objeto da presente contratação direta e do seu enquadramento como aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, a urgência inerente às contratações e o objetivo principal de preservação da vida e saúde devem prevalecer sobre a busca pela contratação sustentável. Vale transcrever trecho do citado parecer:

> 94. Como se vê do trecho acima, os argumentos contrários a exigências dessa natureza devem ser submetidos primeiramente ao crivo do princípio da proibição do retrocesso ambiental, o que realmente não é o caso nas contratações no âmbito do enfrentamento da pandemia, porque se busca justamente preservar a vida e a saúde.
>
> 95. Assim, diante da necessidade de atuação urgente da Administração, optou-se por seguir a diretriz normativa de se diminuir o iter procedimental até se chegar à contratação almejada, deixando se de inserir exigências de caráter ambiental, para não correr o risco de, com isso, aumentar a perda de vidas humanas.
>
> 96. Entretanto, isso não impede que o gestor adote tais medidas nos processos de sua competência, caso reúna as condições de fazê-lo. (g.n.)

75. Assim, fica dispensada a comprovação dos requisitos de sustentabilidade no presente caso, sendo facultado ao gestor, se houver condições de fazê-lo, adotar as medidas pertinentes, como boa prática de contratação.

76. De qualquer forma, compulsando os autos, verifica-se que a Administração formulou exigências de sustentabilidade no **item 5.3. do termo de referência.**

2.4.6 Dos requisitos de habilitação da futura contratada. Possibilidade de dispensa de apresentação de documentos de habilitação.

77. Como se sabe, mesmo nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, podem ser formuladas pelo órgão público contratante, a rigor, exigências de habilitação jurídica, de regularidade fiscal e trabalhista e de qualificação técnica e econômico-financeira a serem atendidas pela futura contratada, com relação aos aspectos considerados essenciais à regularidade da contratação (arts. 27 a 33, da Lei nº 8.666, de 1993).

78. Além disso, é necessário que o órgão contratante averigue, previamente à formalização do vínculo contratual, a eventual existência de registros válidos de sanções impostas contra a possível contratada, que a impeçam de firmar contratos com a Administração Pública (cf. art. 12 da Lei nº 8.429/1992, art. 6º, inciso III, da Lei nº 10.522/2002, art. 7º da Lei nº 10.520/2001, art. 87, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/1993, e art. 46, da Lei n.º 8.443/1992).

79. Para tanto, deverá ser efetuada pelo órgão contratante a consulta da situação da futura contratada junto aos seguintes cadastros e sistemas:

a) Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf;

b Cadastro Informativo de Créditos não quitados do Setor Público Federal - Cadin (visando auxiliar na verificação das informações prestadas pelos administrados e pelos demais órgãos da Administração, em especial as constantes em certidões e declarações);

c) Banco Nacional de Devedores Trabalhistas, mantido pelo Tribunal Superior do Trabalho; e

d) Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, mantido pela Controladoria-Geral da União (www.portaldatransparencia.gov.br/ceis);

e) Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php).

f) Relação de Inidôneos, mantida pelo Tribunal de Contas da União (https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=1660:2:::NO:2::).

80. Observe-se que, quando se pretender a contratação de pessoa jurídica, poderá haver a substituição das consultas indicadas nas alíneas "d", "e" e "f" acima pela Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica, disponibilizada pelo TCU (https://certidoesapf.apps.tcu.gov.br/).

81. Ressalte-se ser essencial, igualmente, a demonstração de que a futura contratada observa o disposto no art. 27, inciso V, da Lei nº 8.666, de 1993, o qual exige, como requisito para habilitação nas licitações e contratações públicas, o cumprimento da regra prevista no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, que veda o *"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"*.

82. Dito isto, observa-se que o art. 4º-F da Lei n.º 13.979, de 2020, de maneira inovadora, estabelece que, em caso de restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá, nas contratações regidas pela nova lei, dispensar a apresentação de documentação relativa a¿ regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação pela futura contratada, ressalvados, porém, a exigência de prova de regularidade relativa a¿ Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 7º, da Constituição.

83. É importante destacar que a restrição de mercado a que alude o art. 4º-F da Lei n.º 13.979, de 2020, configura-se não apenas nos casos de restrição (oferta reduzida) de fornecedores ou executores do objeto no mercado, mas também nas situações em que a Administração tem dificuldades em encontrar no mercado empresas em condições de preencher os requisitos de habilitação exigíveis a princípio.

84. Nesse sentido, resta claro que o legislador, mais uma vez, se valeu da ponderação entre os valores da economicidade, do respeito à competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, envolvidos no art. 27 da Lei n.º 8666, de 1993, e os valores da vida e da preservação da saúde, diretamente relacionados à necessidade de oferecer, prontamente, soluções para enfrentar a pandemia da Covid-19, tendo feito prevalecer estes últimos, de forma expressa e absoluta.

85. Destarte, cabe ao gestor comprovar no processo, quando for o caso, a existência de restrição de fornecedores de bens ou insumos, ou de prestadores de serviços no mercado, de tal modo que a exigência dos requisitos de habilitação, uma vez imposta, terminaria por frustrar o atingimento dos objetivos da contratação almejada.

86. Na mesma linha, foi autorizada 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 (art. 4º, § 3º, da Lei n.º 13.979, de 2020).

87. Sobre o assunto, o multicitado PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU esclarece que:

> 67. Houve alguma dúvida sobre o âmbito de utilização do §3º acima citado: seria ele aplicável somente em procedimentos licitatórios ou apenas na dispensa de licitação?
>
> 68. É um princípio de interpretação de normas que o parágrafo deve ser interpretado de acordo com o *caput*, o que indicaria, a princípio, a aplicabilidade apenas em situação de dispensa de licitação. Entretanto, isso geraria um paradoxo, já que, se, comprovadamente, se tratar de única fornecedora, o instrumento a ser utilizado não é a dispensa e nem a licitação, mas sim a inexigibilidade de licitação.
>
> 69. Saliente-se que, em regra, tal monopólio do fornecimento deveria ser do conhecimento do gestor antes da contratação, mas entende-se plenamente possível que tal ciência se configure somente após a abertura do certame público. Na verdade, constata-se ser, em tese, admissível, que o procedimento licitatório apresente apenas um licitante, o que configuraria indicativo, indício ou, em alguns casos, prova, de que há tal monopólio. Entretanto, como o processamento da inexigibilidade de licitação é diferente do da licitação, enfatize-se não ser cabível fazer valer o art.

> 4º, §3º em questão em procedimentos licitatórios - de fato, seria ampliar em demasiado a sua hipótese de incidência.
>
> 70. Recomenda-se que, em tais casos, haja a instrução de procedimento de inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 4º, §3º da Lei 13.979/20, aplicando-se o regime desta lei (e da lei 8.666/93 apenas como norma geral, subsidiariamente). Ademais, pelo princípio da instrumentalidade das formas, tendo em vista que a diferença entre a dispensa do *caput* e a inexigibilidade do §3º é terminológica e não procedimental, tem-se que eventuais contratações chamadas de dispensa mas que tenham sido instruídas na forma do art. 4º, §3º (leia-se: seguindo a lista de verificação de dispensa, com comprovação adicional do monopólio do fornecimento) são juridicamente válidas, tratando-se de mera atecnia, uma irregularidade que não impacta nem a juridicidade da medida nem os seus efeitos. (grifamos)

88. Partindo-se desse entendimento, conclui-se que apenas será viável a contratação 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 de situação que configure a inexigibilidade de licitação, é dizer, quando restar comprovado nos autos que a pretensa contratada ostenta a condição de fornecedora exclusiva do bem, insumo ou serviço a ser contratado, ainda que se tenha atribuído à contratação a denominação formal de dispensa de licitação, o que, como visto, considera-se mera atecnia.

89. Feitas estas considerações, verifica-se que, no presente feito, foram juntados documentos que comprovam o atendimento pela futura contratada das exigências de habilitação estabelecidas no projeto básico (**código de verificação 152911, 152913 e 152915**), bem como a inexistência de óbices para a sua contratação (**código de verificação 152916 e 152932**).

2.4.7 Da estimativa de preços

90. Quanto à metodologia adotada para estimar os custos unitários e total da contratação, exige-se, em regra, que a Administração providencie a juntada aos autos de orçamento estimativo, elaborado a partir dos dados obtidos por meio de pesquisa de preços realizada conforme as diretrizes da Instrução Normativa SLTI/MP n. 05, de 2014. No caso da contratação de serviços, é dever da Administração, inclusive, elaborar planilha detalhada com a consolidação dos quantitativos e preços unitários e total da contratação (arts. 7º, §2º, II, e 40, §2º, II, da Lei nº 8.666/1993).

91. Nada obstante, em se tratando das contratações destinadas ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, a forma de elaboração do orçamento estimativo de preços foi especificamente regulada pelo art. 4º-E, inciso VI, da Lei n. 13.979, de 2020, nos seguintes termos:

> Art. 4º-E. [...]
>
> 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;
>
> d) contratações similares de outros entes públicos; ou
>
> e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores.
>
> [...]
>
> § 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do **caput**.

92. Com isso, resta afastada, no caso, a aplicação da Instrução Normativa SLTI/MP nº 05, de 2014, sobre a pesquisa de preços¿, devendo haver uma busca simplificada do valor da contratação.

93. Com efeito, sabe-se que a utilização de mais de uma fonte de pesquisa (“cesta de preços aceitáveis”), bem como a preferência pela consulta de contratações anteriores do Poder Público, em tese, tendem a gerar resultados mais confiáveis e consentâneos com os preços praticados no mercado. Todavia, deve-se ter em mente que nenhuma dessas medidas é indispensável para dar validade jurídica à pesquisa de preços realizada previamente às contratações fundadas na Lei n.º 13.979, de 2020, sendo suficiente para esse fim o uso de uma das fontes indicadas em seu art. 4º-E, inciso VI. Cabe ao administrador, assim, verificar, de acordo com o objeto a ser contratado e a urgência da demanda, se o uso de uma “cesta de preços” ou a preferência às consultas no Painel de Preços ou em contratações similares do Poder Público é viável, conveniente e oportuna¿.

94. Importa registrar, ainda, que o regramento excepcional trazido pela Lei n. 13.979, de 2020, flexibilizou a obrigatoriedade de elaboração do próprio orçamento, na medida em que autorizou a dispensa, mediante justificativa da autoridade competente, da estimativa de preços (art. 4º-E, §2º).

95. Também restou autorizada pela lei, mesmo quando efetuada a estimativa, a contratação por preços superiores ao estimado, desde que os valores superiores sejam decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos (art. 4º-E, §3º).

96. Exatamente nessa linha, consignou o PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU, que, nas situações submetidas à disciplina da Lei n. 13.979, de 2020, não deverá ser exigida "[...] *justificativa para não priorização de pesquisas de contratações governamentais, ou obrigatoriedade de utilização de 3 pesquisas (já que a estimativa como um todo é dispensável) ou algo do gênero. Optou-se simplesmente por questionar, na Lista de Verificação, se há estimativa de preços com base em um dos parâmetros previstos na lei; se a ausência de estimativa foi justificada; se a estimativa, como ato administrativo que é, foi objeto de motivação ainda que sucinta; se há planilha de preços no caso de serviços continuados com mão-de-obra e se há justificativa para eventual contratação em preço superior ao obtido na pesquisa"* (item 74).

97. Ressalta-se, porém, que as disposições da Instrução Normativa SLTI/MP n.º 05/2014 podem vir ser utilizadas como boas práticas, se cabíveis e convenientes, porém, sem caráter vinculatório.

98. Tendo em conta a natureza estritamente técnica do orçamento, a adequação da metodologia empregada para estimar os custos da contratação deixará de ser examinada por este órgão jurídico, por se tratar de atribuição estranha à formação jurídica e ao prisma do exame da estrita legalidade.

99. No caso dos autos, **foi elaborada a estimativa de preços, com base no art. 4º-E, inciso VI, da Lei n. 13.979, de 2020**, b**em como justificada a contratação por preço superior em relação a um item estimado,** constata-se que foi trazida aos autos manifestação contendo as justificativas correspondentes, demonstrando que a variação de preços decorre por oscilações do mercado, nos termos do art. 4º-E, §3º, da Lei n.º 13.979, de 2020 (**código de verificação 152916 e 152932**).

2.4.8 Da dotação orçamentária e atendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal

100. No presente caso, consta do processo a declaração do setor competente (**código de verificação d68ddf9358**) acerca da previsão dos recursos orçamentários necessários para fazer face às despesas decorrentes da futura contratação, com a indicação da respectiva rubrica (art. 4º-E, § 1º, inciso VII, da Lei n.º 13.979, de 2020, arts. 7º, § 2º, III, 14 e 38*, caput,* da Lei 8.666/93).

101. Alerta-se, ainda, para a necessidade juntar ao feito, antes da celebração do contrato administrativo ou do instrumento equivalente, a nota de empenho suficiente para o suporte financeiro da respectiva despesa, em atenção ao disposto no art. 60 da Lei nº 4.320/64.

102. Quanto ao atendimento das providências previstas no art. 16, incisos I e II, da Lei Complementar nº 101/2000, cumpre alertar que o Supremo Tribunal Federal deferiu Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357/DF (relator Min. Alexandre de Moraes), por meio de decisão contendo o seguinte dispositivo:

> Diante do exposto, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR na presente ação direta de inconstitucionalidade, *ad referendum* do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para CONCEDER INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, aos artigos 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal e 114, caput, in fine e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias/2020, para, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente de COVID-19, afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19. (grifo nosso)

103. Ante a referida decisão, fica dispensado o cumprimento de tais providências para a contratação em questão, já que o respectivo objeto visa exatamente ao "*enfrentamento do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19*".

2.5 Da substituição do termo de contrato por instrumento equivalente

104. No tocante à formalização da relação jurídica a ser firmada entre a Administração e o particular, tem-se que o art. 62 da Lei nº 8.666/1993, subsidiariamente aplicável ao caso, autoriza a dispensa do termo de contrato e faculta a sua substituição por instrumentos outros, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, quando se tratar de ajustes cujo valor seja de até R$ 176.000,00 (cento e sessenta e seus mil reais) ou, independentemente do valor, caso se trate de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

105. Vale frisar, no entanto, que o mesmo dispositivo, em seu § 2º, determina que o instrumento substitutivo, quando adotado, deverá conter as cláusulas elencadas no art. 55 da Lei n.º 8.666/1993, naquilo que couber, de forma que consigne as condições essenciais que regerão a execução do ajuste, como, por exemplo, a descrição precisa do objeto, as obrigações e responsabilidades das partes, a vinculação ao edital e à proposta ofertada, os prazos de execução, forma e prazo de pagamento, sanções, etc.

106. Sobre o assunto, inclusive, tem-se a orientação proferida pelo TCU no Acórdão nº 1179/2006 - Primeira Câmara (item 9.5.10), no sentido de que "*ao utilizar nota de empenho de despesa como instrumento hábil de contratação, nos moldes permitidos pelo art. 62 da Lei nº 8.666/93, indique explicitamente, no anexo denominado de 'cláusulas necessárias', o número da nota de empenho associado à contratação*".

107. Em hipóteses tais, deverão ser observadas, também, as disposições inseridas no projeto básico, a fim de que haja compatibilidade entre os documentos que disciplinam a contratação.

108. No presente caso, constata-se a opção do gestor em dispensar o termo de contrato, substituindo-o por **nota de empenho de despesa** (**código de verificação 4bc3b65789**). Tendo em vista o valor estimado da contratação, inferior a R$ 176.000,00, e a inclusão, no Projeto Básico, de subitens que tratam dos conteúdos previstos no art. 55 da Lei nº 8.666/93, conclui-se pela viabilidade jurídica de adoção do instrumento substitutivo ao termo de contrato.

2.6 Da publicidade dos contratos firmados sob a égide da Lei n.º 13.979, de 2020: não incidência do art. 26, *caput*, da Lei n.º 8.666/1993.

109. Por fim, constata-se que a Lei n° 13.979, de 2020, em seu art. 4°, § 2º, contém previsão específica acerca dos mecanismos para conferir publicidade aos ajustes com base nela firmados, estabelecendo, que:

> 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. (grifamos)

110. Na linha de entendimento adotada no PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU, deve-se considerar que a existência de disposição própria para regular a publicidade dos contratos firmados sob o regime excepcional e transitório da Lei n.º 13.979, de 2020, tem o condão de afastar, **por completo,** a disciplina da Lei n.º 8.666, de 1993, acerca desse aspecto.

111. Nesse sentido, pontou-se que: (i) o art. 26 da Lei n.º 8.666, de 1993, é expresso ao dispor sobre a sua aplicabilidade às hipóteses de dispensas previstas no art. 24 da Lei Geral de Licitações e Contratos, de modo que não é razoável considerar a incidência citado dispositivo sobre a dispensa do art. 4º da Lei nº 13.979, de 2020; (ii) a previsão do art. 4º, § 2º, da Lei n.º 13.979, de 2002, impede que se cogite a existência de lacuna relativa ao tema, afastando a possibilidade de integração analógica do texto legal; e (iii) não se mostra razoável exigir publicação na imprensa oficial quando a medida prevista em lei específica já confere transparência similar às contratações, considerando a emergência da situação em questão.

112. Igualmente, o PARECER n. 00002/2020/CNMLC/CGU/AGU firmou-se no sentido de não ser exigível, nos casos de contratação direta fundadas na Lei n.º 13.979, de 2020, a ratificação da dispensa pela autoridade superior, uma vez que, além de não se tratar de procedimento expressamente previsto no novel diploma, "*o fundamento que embasa a ratificação (a primazia do controle sobre a eficiência) claramente não é a opção tomada pelo legislador no regime criado pela lei nº 13.979/20, de modo que a analogia poderia gerar a desnaturação do regime, ainda que parcialmente*".

113. Dessa forma, é imperioso concluir que a publicidade das contratações diretas derivadas da Lei n.º 13.979, de 2020, efetiva-se com a disponibilização dos dados correspondentes em sítio eletrônico oficial específico na internet, nos moldes do art. 4º, §2º, da Lei n.º 13.979, de 2020, independentemente da necessidade de ratificação pela autoridade superior e posterior publicação do ato de dispensa ou do extrato do contrato administrativo e de seus respectivos aditivos na Imprensa Oficial (Diário Oficial da União).

114. Recomenda-se, pois, que a presente contratação, tão logo formalizada, venha a ser imediatamente disponibilizada em sítio oficial especifico na rede mundial de computadores, contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação), 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, conforme determina o § 2 do art. 4º da Lei nº 13. 979, de 2020.

3. CONCLUSÃO

115. Em face do exposto, manifesta-se este órgão de consultoria no sentido da viabilidade jurídica de contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 4º, da Lei n.º 13.979, de 2020, e pela aprovação da minuta de contrato submetida a exame, condicionada ao atendimento das recomendações formuladas nos **itens 64, 101 e 119** deste parecer, ressalvado o juízo de mérito da Administração e os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, que escapam à presente análise.

116. Registre-se, por fim, que não há determinação legal a impor a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas. Eis o teor do BPC nº 05: "*Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas"*.

117. É o parecer, elaborado por meio do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (Sapiens), assinado digitalmente.

À consideração da chefia da entidade consulente.

Brasília, 04 de junho de 2020.

Adalberto do Rêgo Maciel Neto
Procurador Federal

Cynthia Regina de Lima Passos
Procuradora Federal

Danilo Eduardo Vieira de Oliveira
Procurador Federal

George Macedo Pereira
Procurador Federal

Gerson Leite Ribeiro Filho
Procurador Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Juliana Fernandes Chacpe
Procuradora Federal

Karina Bacciotti Carvalho Bittencourt
Procuradora Federal

Maristela Silva Menezes Plessim
Procuradora Federal

Marina Define Otávio
Procuradora Federal

Patricia Ruy Vieira
Procuradora Federal

Documento assinado eletronicamente por JOSE REGINALDO PEREIRA GOMES FILHO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 437975194 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): JOSE REGINALDO PEREIRA GOMES FILHO. Data e Hora: 04-06-2020 18:32. Número de Série: 18580215315235391134625587697696616638. Emissor: AC OAB G3.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO SUDESTE DE MINAS GERAIS

PARECER JURÍDICO Nº 33/2020 - REIPROJUR (11.01.08)

Nº do Protocolo: NÃO PROTOCOLADO

Juiz de Fora-MG, 05 de Junho de 2020

Parecer_386-2020_ETRLIC.pdf

Total de páginas do documento original: 16

(Assinado digitalmente em 05/06/2020 11:11)
OLIVIA GHETTI GOMES
COORDENADOR
2125457

Para verificar a autenticidade deste documento entre em https://sig.ifsudestemg.edu.br/documentos/ informando seu número: **33**, ano: **2020**, tipo: **PARECER JURÍDICO**, data de emissão: **05/06/2020** e o código de verificação: **6cfd02b2ba**