



COVID - 19

REFLEXOS E IMPLICAÇÕES NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

\ Impactos para o público e o privado

SUMÁRIO

1) INTRODUÇÃO	03
2) PLANO DE GESTÃO DE CRISE CONTRATUAL	04
3) REFAZIMENTO DO PLANO DE CONTRATAÇÕES	07
4) REVISÃO DA MATRIZ DE RISCO	08
5) DISPENSAS DE LICITAÇÃO	09
6) INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	10
7) SUSPENSÃO DAS SESSÕES PÚBLICAS	11
8) FISCALIZAÇÃO E GESTÃO DOS CONTRATOS	12
9) REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	13
10) SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	14
11) AVALIAÇÃO GERAL	15

REFLEXOS E IMPLICAÇÕES NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

COVID-19

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto do “coronavírus” (2019-nCov) constituía Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) [1]. Na sequência, em 11 de março, a OMS elevou o estado de contaminação pelo novo “coronavírus” como pandemia, após a identificação de mais de 115 países com casos declarados de infecção. O motivo da classificação de pandemia retratou não apenas a gravidade da doença ao denominado “grupo de risco”, mas principalmente a rápida disseminação geográfica do vírus. [2]

O mesmo motivo que elevou o estado de contaminação do vírus, trouxe – além de impactos imediatos e concretos na economia e nas relações sociais – inúmeras incertezas e implicações em vários setores, dentre eles, no âmbito do Direito, o das contratações públicas.

Diante disso, como equalizar esse cenário de incertezas entre o Público e o Privado, privilegiando os contratos firmados e a manutenção do seu equilíbrio? Em razão dessa e de tantas outras questões, formatamos esse breve material, que longe de ter interesse em ser exaustivo e definir um posicionamento único para a matéria, busca contribuir cientificamente para a discussão e definição do tema, com propósito instrutivo e de busca pelo consenso e das boas práticas nas relações público-privadas.

Fontes:

[1] Publicado em 04/02/2020 - Por Nações Unidas - <https://nacoesunidas.org/tire-suas-duvidas-sobre-o-novo-coronavirus>

[2] Publicado em 11/03/2020 - Por Agência Brasil - Brasília - <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>

Plano de Gestão de Crise Contratual - COVID-19

ATIVIDADES

FASE 1		DEFINIÇÃO DA ESTRUTURA GERAL DO PLANO DE GESTÃO DE CRISE
ETAPA 1	DESENVOLVIMENTO DE PLANILHA GERENCIAL	
A	Elaboração de um Plano de Trabalho que apresente e descreva os contratos impactados pelos reflexos do Covid-19	
ETAPA 2	DEFINIÇÃO DE UM MAPA DE RISCO INICIAL	
A	Identificar e classificar esses contratos em níveis de risco inicial, considerando critérios de probabilidade e impacto (sem considerar, neste momento, o nível de risco pela conjugação dos critérios P x I)	
FASE 2		CRIAÇÃO DE UM COMITÊ DE GESTÃO DE CRISE (CONTRATUAL)
ETAPA 1	ELABORAÇÃO DE ATO FORMAL DE CRIAÇÃO DO COMITÊ DE GESTÃO DE CRISE (CONTRATUAL)	
A	Verificação das competências internas que devem integrar o comitê (primeiras e segundas linhas de defesa e representantes da Alta Administração)	
B	Elaboração do Regimento Interno do Comitê e de suas competências	
C	Definir política de alçadas e desenho de processos para a avaliação dos casos objeto de enfrentamento pelo Comitê	
ETAPA 2	ESTRUTURAÇÃO DE MATRIZ DE RISCO	
A	Elaboração da Política de Gestão de Riscos Contratuais	
B	Definição do apetite de risco do Comitê	
ETAPA 2.1	MATRIZ DE RISCOS	
A	Elaboração da Matriz de Risco para gerenciamento da crise (considerando neste momento o nível de risco pela conjugação dos critérios P x I = NR)	
ETAPA 2.2	PLANOS DE AÇÃO	
A	Sugestão de planos de ação para aceitação, mitigação ou compartilhamento dos riscos. O plano de ação deve considerar: a) a existência de cláusula tratando de caso fortuito ou de força maior (alea extraordinária); b) o impacto das sanções e das inexecuções contratuais quando da inexistência de cláusulas contratuais; e c) o necessário interesse na manutenção da avença e do contratado em razão da vantajosidade do interesse público.	
FASE 3		PLANO DE COMUNICAÇÃO
ETAPA 1	CONSTRUÇÃO DO PLANO DE COMUNICAÇÃO	
A	Estruturação de plano de comunicação ao mercado (contratados)	
B	Notificações aos contratados com a delimitação inicial da negociação pretendida pela Administração	
C	Elaboração dos aditamentos contratuais	
D	Elaboração de termos de ajustamento do contrato (TAC) para evitar demandas judiciais	
FASE 4		REGIME DE FISCALIZAÇÃO DIFERENCIADO
ETAPA 1	ELABORAÇÃO DE POLÍTICA EXTRAORDINÁRIA DE GESTÃO E FISCALIZAÇÃO CONTRATUAL	
A	Fixação de política de gestão e fiscalização contratual diferenciada para os contratos objeto da gestão de crise, que permita um melhor acompanhamento do contrato e uma maior dialogicidade nas soluções desenvolvidas	
ETAPA 2	MONITORAMENTO CONTÍNUO	
A	Monitoramento contínuo pelo Comitê de Gestão de Crise (Contratual)	
FASE 5		REPORTE E COMPARTILHAMENTO AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO
ETAPA 1	CRIAÇÃO DE CANAL DE COMUNICAÇÃO COM O ÓRGÃO DE CONTROLE EXTERNO	
A	Registros e informes periódicos aos órgãos de controle externo, para comunicação e controle concomitante dos atos administrativos e gestão dos contratos	

Plano de Gestão de Crise Contratual - COVID-19

ATIVIDADES	DATA ESTIMADA DE INÍCIO	DATA ESTIMADA DE FIM	DATA EFETIVA DE INÍCIO	DATA EFETIVA DE FIM	ANDAMENTO GERAL	STATUS	ATIVIDADE PENDENTE COM	%	OBSERVAÇÕES
FASE 1									
ETAPA 1									
A	11/03/2020	13/03/2020			EM ANDAMENTO	ALTERAÇÕES REVISÃO FINAL		75%	
ETAPA 2									
A	11/03/2020	13/03/2020			EM ANDAMENTO	ALTERAÇÕES REVISÃO FINAL		75%	
FASE 2									
ETAPA 1									
A	23/03/2020	23/03/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
B	23/03/2020	23/03/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
C	24/03/2020	26/03/2020							
ETAPA 2									
A	30/03/2020	03/04/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
B	06/04/2020	17/04/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
ETAPA 2.1									
A	06/04/2020	17/04/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
ETAPA 2.2									
A	20/04/2020	20/04/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
FASE 3									
ETAPA 1									
A	21/04/2020	23/04/2020			PENDENTE	AG. FASE 1	AMBOS	0	
B									
C	24/04/2020	24/04/2020			PENDENTE	AG. FASE 1	AMBOS	0	
D	24/04/2020	24/02/2020							
FASE 4									
ETAPA 1									
A	27/04/2020	29/04/2020			PENDENTE	AG. FASE 2	AMBOS	0	
ETAPA 2									
A	30/04/2020	30/04/2020			PENDENTE	AG. FASE 2	AMBOS	0	
FASE 5									
ETAPA 1									
A	27/04/2020	29/04/2020			PENDENTE	AG. FASE 2	AMBOS	0	

*Planejamento meramente ilustrativo

Escalas de porcentagem

10%	Documentação/reunião solicitada
25%	Atividade em elaboração
50%	Atividade finalizada - em revisão interna
75%	Alterações de revisão final
90%	Validação e ajustes - empresa
100%	Concluído

COVID - 19

ANÁLISE DOS IMPACTOS NOS CONTRATOS

 **PIRONTI** | ADVOGADOS

Refazimento do plano de contratações

Com o COVID-19 os órgãos e entidades poderão rever seu planejamento nas contratações, identificando os objetos que: (a) serão excluídos ou adiados, em vista de contingenciamento de servidores/empregados, de redução e suspensão de atividades em setores determinados; (b) serão incluídos, em relação às contratações emergenciais, para atendimento a demandas pontuais originadas com o COVID-19, como, p.ex., substituição de contratadas prejudicadas de alguma forma com a pandemia e inviabilizados de cumprimento contratual, situações de contratação direta para especialistas da área médica, ou ainda, aquisição de produtos para higienização de espaços e mãos; e, (c) redimensionados, considerado necessidade de readequar o escopo do objeto para atendimento a determinações do Poder Executivo e Secretarias de Saúde.

Algumas etapas do planejamento da contratação, inclusive, podem ser dispensadas, como os estudos preliminares e o termo de referência (Art. 20, §1º e §2º da Instrução Normativa nº 05/2017):

Art. 20. O Planejamento da Contratação, para cada serviço a ser contratado, consistirá nas seguintes etapas:

I - Estudos Preliminares;

II - Gerenciamento de Riscos; e

III - Termo de Referência ou Projeto Básico.

§ 1º As situações que ensejam a dispensa ou inexigibilidade da licitação exigem o cumprimento das etapas do Planejamento da Contratação, no que couber.

§ 2º Salvo o Gerenciamento de Riscos relacionado à fase de Gestão do Contrato, as etapas I e II do caput ficam dispensadas quando se tratar de:

a) contratações de serviços cujos valores se enquadram nos limites dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993; ou

b) contratações previstas nos incisos IV e XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.

Caberá envidar esforços da área de planejamento, integrada por equipe multidisciplinar, para readequar o plano e os cronogramas de contratações, de modo a atender da forma mais adequada, eficaz e célere as novas demandas da Administração, bem como, equalizar as necessidades extraordinárias dos contratados.

Na contratação emergencial ou para remanescente de contrato rescindido, decorrentes de situações causadas pelo COVID-19, os estudos preliminares e o termo de referência podem ser dispensados (art. 20, §1º e §2º da Instrução Normativa nº 05/2017).

Revisão da matriz de risco

A declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, de que o surto do “coronavírus” (2019-nCov) constitui Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) fundamentou a edição da Lei nº 13.979/2020, em 06 de fevereiro, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, e trouxe repercussões que afetam os contratos administrativos. Uma dessas implicações é a necessidade de revisão da matriz ou do mapa de riscos.

Considerando que risco é o efeito da incerteza na consecução de um dado objetivo [ISO 31.000], a declarada emergência pelo COVID-19 e sua repercussão nos contratos públicos altera o prognóstico dos eventos de riscos elencados na matriz ou mapa inicial, cabendo sua atualização, como prevê, por exemplo, a Instrução Normativa nº 05/2017 em seu artigo 26, §1º, inciso IV.

O impacto e a probabilidade das incertezas relacionadas ao “coronavírus” no atingimento dos objetivos do contrato, como por exemplo, a alteração de cronograma de execução em vista das ausências de empregados da empresa contratada nas dependências da contratante, deve fazer parte de uma necessária revisão da matriz, com previsão das ações preventivas e de contingência e dos responsáveis pelo risco.

A matriz ou mapa de risco deve ser atualizado na etapa de execução contratual para incluir impacto e a probabilidade de ocorrências relacionadas ao coronavírus no atingimento dos objetivos do contrato, prevendo ainda as ações preventivas e de contingência e os seus responsáveis.

Dispensas de licitação: Lei x Decretos x Planejamento

A Lei nº 13.979/2020, inserida na competência privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitações e contratos, criou nova hipótese de dispensa de licitação para “aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus” (art. 4º), com objetivo relacionado à proteção da coletividade (art. 1º, §1º).

O parágrafo primeiro define que essa dispensa “é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”.

Sob o mesmo motivo, muitos estados e municípios estão editando decretos de situação emergencial que dispõem, dentre outras medidas, sobre a dispensa de licitação para atendimento às medidas estabelecidas em cada texto normativo. Consequentemente, com base nesses decretos, haveria possibilidade de promover contratações diretas com fundamento no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/93.

Contudo é essencial lembrar o entendimento do TCU no Acórdão nº 2.504/2016 – Plenário, que “a mera existência de decreto municipal caracterizando a situação do município como emergencial não é suficiente para enquadrar as contratações nos requisitos da Lei 8.666/1993 para dispensa de licitação”. Assim, é fundamental a motivação pela Administração de que a contratação por ela almejada se amolda exatamente na hipótese de dispensa.

A nº 13.979/2020, no entanto, criou hipótese de dispensa de licitação que não dependeria da edição de decretos com caracterização regional de situação de emergência para enquadramento em contratação direta.

De qualquer forma, é importante ressaltar que referida contratação prescinde de um planejamento acerca da demanda, dos meios ao atendimento e de regras sobre as condições de contratação. Avaliações de mercado também são essenciais para evitar sobrepreços e superfaturamentos, não incomuns em situações de crises em vista do acréscimo extraordinário de demanda de certos produtos e serviços.

A contratação direta com fundamento na Lei 13.979/2020 ou em decretos estaduais ou municipais, para atender às medidas do COVID-19, deve se amoldar exatamente na situação de dispensa e requer planejamento mínimo e avaliação de mercado para evitar sobrepreços e superfaturamento.

Inexigibilidade de licitação

Além da permissão contida na Lei 13.979/2020, para contratação por dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, aventa-se a possibilidade de enquadramento na inexigibilidade de licitação, de certos objetos relacionados à pandemia; como exemplo, cita-se a contratação de especialistas da área de saúde para ministrar cursos a profissionais que trabalham em hospitais públicos ou de exames laboratoriais específicos, dentre outros. Tais objetos, podem ser enquadrados no inciso II, caso evidenciado no caso concreto a confluência de seus três elementos caracterizadores, quais sejam, (a) serviços técnicos especializados, (b) singularidade do objeto, (c) e a contratação de profissionais ou empresas notoriamente especializados.

Mas a novidade da pandemia e a sua repercussão pulverizada em diversos setores permite contratações por inexigibilidade em variados objetos, não apenas na área da saúde, como especialistas em gerenciamento de riscos, em planejamento estratégico dinâmico, perícias técnicas em aditivos contratuais, auditorias em execução físico-financeira de obras suspensas, consultorias e treinamentos em produtividade de trabalho remoto, dentre tantos outros.

Também se vislumbra a aquisição de produtos por inexigibilidade de licitação quando procedentes de fornecedores exclusivos, amoldando-se no inciso I do artigo 25.

Enfim, há e ainda poderão existir, situações variadas que permitam a contratação direta por inexigibilidade em função da inviabilidade de competição derivada dos efeitos da pandemia do COVID-19 e que suscitarão avaliação e motivação técnica e jurídica da Administração.

Aventa-se a possibilidade de enquadramento na inexigibilidade de licitação disposta no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93, de objetos relacionados a pandemia do COVID-19, como a contratação de notório-especialistas em gerenciamento de riscos, consultorias e treinamentos em produtividade de trabalho remoto, dentre outros, desde que evidenciada no caso concreto a confluência de seus elementos caracterizadores.

Suspensão das sessões públicas

Uma das consequências da COVID-19 é a determinação via ato normativo de suspensão de sessões públicas ou de atividades em alguns setores dentro da Administração Pública. A repercussão de tal medida para contratações públicas pode ser o adiamento de sessões de certames licitatórios presenciais.

Nessa hipótese, cabe inclusive avaliar a possibilidade, dentro do grau de necessidade concreta do objeto, de revogação do edital com fundamento no artigo 49 da Lei 8.666/93, por motivo de fato superveniente que tornou inoportuno o ato, ou de republicação do edital estabelecendo nova data para a sessão.

Caso já tenha ocorrido a abertura da licitação em data anterior, deve ser analisada a possibilidade de suspensão do certame para retomada após a revogação das medidas estabelecidas, com a cautela de no retorno da licitação, consultar os licitantes sobre a renovação da validade das propostas. A inviabilidade desse procedimento demanda a revogação da licitação, com a adequada motivação técnico-jurídica.

Do mesmo modo, reuniões pontuais ou periódicas entre a Administração e empresas contratadas devem ser adiadas ou realizadas por meios eletrônicos, remotamente, com respectivo registro em ata.

Reuniões públicas, diante do quadro instalado, são inadequadas ao interesse público e contrárias às medidas de prevenção à COVID-19, devendo, sempre que possível ou determinado, serem adiadas ou realizadas de forma remota.

Como consequência de medidas de contenção ao COVID-19, cabe à Administração adiar sessões públicas de licitações remarcando-as ou republicar o Edital quando da manutenção pelo interesse público na contratação.

Fiscalização e gestão dos contratos

As maiores e mais complexas repercussões do COVID-19 no universo das contratações públicas certamente se materializarão na execução contratual.

Isso porque já estão sendo observados descumprimentos de obrigações por parte das contratadas originadas por ausências de funcionários da contratada, desabastecimento de estoques, etc.

O protagonista nesse momento será o fiscal/gestor de contrato, que deverá acompanhar a execução contratual e manter – dentro do possível – a rotina de acompanhamento do cronograma físico-financeiro das obras e serviços, de avaliação *in loco* e da análise dos produtos recebidos.

Ainda que a pandemia tenha sido declarada pela Organização Mundial da Saúde, os órgãos e entidades da Administração Pública não podem furtar-se do atendimento ao princípio constitucional da eficiência, materializando-se na etapa contratual no acompanhamento quanto ao resultado da execução do objeto.

Importante registrar que, diante da declarada pandemia, a análise sobre o afastamento da aplicação de sanções em decorrência de caracterização de força maior que impeça a execução integral do contrato é medida que se impõe, e o fiscal deve encaminhar o relatório de fiscalização e as informações suficientes para instruir o processo, para que seja possível a deliberação da autoridade competente tendo em vista todos os fatores incidentes sobre o contrato.

A análise sobre o afastamento da aplicação de sanções em decorrência de caracterização de caso fortuito ou força maior que impeça a execução parcial ou integral do contrato é medida que se impõe.

Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é tutelado constitucionalmente (art. 37, inciso XXI) e materializa-se na justa correlação entre os encargos do particular e a remuneração devida. Quaisquer alterações nesses encargos que influenciem essa equação devem ser analisadas pela Administração impondo-se a recomposição do equilíbrio econômico da relação contratual.

O COVID-19 tem trazido profundas consequências financeiras para os contratos, como o aumento do valor de insumos vinculados ao dólar ou em vista do acréscimo da demanda no mercado; ausências de empregados ocasionando contratações extraordinárias e de alto impacto financeiro, ou ainda, pagamento de horas extraordinárias para manutenção da atividade dentre outros.

Subsumindo-se o disposto no art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93, com as variadas hipóteses de materialização do desequilíbrio econômico-financeiro em razão da pandemia do COVID-19, é possível identificar os elementos autorizadores do reequilíbrio:

a) Fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis – a pandemia declarada pela OMS foge de qualquer exercício de previsibilidade, além de, no momento, consubstanciar-se em fato superveniente ao contrato, incalculável, retardador ou impeditivo da execução do ajustado.

b) Caso de força maior – por tratar-se de evento imprevisível e inevitável.

c) Fato da Administração ou Fato do Príncipe – nas hipóteses em que há alteração unilateral do contrato ou determinação legal que importe em modificações das condições iniciais e desequilibrem a equação econômico-financeira.

Aplica-se, portanto, nestes casos, a teoria da imprevisão, cujos requisitos são: (1) imprevisibilidade, (2) fato alheio à vontade das partes, (3) inevitabilidade e (4) desequilíbrio com grande impacto no contrato.

Portanto, caracterizando-se os elementos e requisitos acima listados e havendo a demonstração inequívoca da relação de causa (pandemia) e efeito (desequilíbrio econômico-financeiro) que impede ou retarda a execução contratual é dever da Administração promover o reequilíbrio, por meio do realinhamento, ou revisão dos preços contratados, com todas as evidências e justificativas apenas no processo.

O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente das consequências do COVID-19 que onerem as empresas contratadas, quando efetivamente demonstrado, impõe a revisão de valores pela Administração.

Sanções Administrativas

O COVID-19 tem trazido extensas consequências às execuções dos contratos administrativos, materializando descumprimentos parciais ou totais das contratadas pelos mais variados motivos, como ausências de empregados, descumprimento de cronogramas, desabastecimento de produtos, entregas alteradas dentre outros.

Uma das “cláusulas exorbitantes” dos contratos administrativos, que pode sofrer impactos com a pandemia do Coronavírus, é a aplicação unilateral de penalidades. Trata-se de dever-poder da Administração instaurar o devido processo administrativo para apurar os descumprimentos contratuais e aplicar a sanção correspondente.

É essencial ressaltar a necessidade de instrução processual para apontar os fatos, juntar as evidências, possibilitar a ampla defesa da contratada e após devidamente instruído levar à decisão da autoridade competente que definirá pela aplicação da sanção, com a posterior execução, ou arquivamento do processo.

Importante ressaltar, porém, que para aplicação da respectiva sanção, a inexecução contratual deve ser consequência direta de ação ou omissão da contratada, seja pela figura do dolo ou os elementos da culpa (negligência, imprudência e imperícia).

Caracterizando-se a pandemia como hipótese de força maior, evento imprevisível, inevitável, que cria ao contratado impossibilidade de cumprimento total ou parcial do ajuste, bem como, encontrando respaldo legal, como por exemplo os decretos que impõem a suspensão ou paralização de atividades, materializa-se – como regra – a ausência de culpabilidade nessas hipóteses, inviabilizando por parte da Administração a aplicação de sanções contratuais.

A ausência de culpabilidade da contratada em descumprimentos contratuais ocasionados pela pandemia de COVID-19, quando comprovados, inviabilizam a aplicação de sanções contratuais.

Avaliação Geral

—

Não há dúvida de que os impactos desta grave crise mundial, decorrente da pandemia do COVID-19 e com grandes consequências na economia e nas relações humanas, encontrará reflexo nos contratos administrativos.

O cenário ainda é de muitas incertezas e os danos ainda impassíveis de medição, de qualquer sorte, não se pode imaginar outra solução para estes casos, senão o diálogo e o entendimento de que situações extraordinárias e de repercussão geral devem ser tratadas com o mesmo zelo e serenidade do tratamento dado as causas que as originaram.

Equipe Pironti Advogados

COORDENAÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA

RODRIGO PIRONTI, PhD.

ELABORAÇÃO E REVISÃO

RODRIGO PIRONTI
(Sócio Fundador)

EDUARDO MOURA
(*Head* de Compliance)

CAROLINE RODRIGUES
(Coordenadora de Compliance Público)

MIRELA MIRÓ ZILIOOTTO
(Coordenadora de Licitações/Contratos)



PIRONTI | ADVOGADOS



+55 41 3209-7200 | www.pirontiadogados.com

Av. João Gualberto, 780 - 4º e 5º andares, Alto da Glória | Curitiba/PR