



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS CJU/RS

PARECER n. 00340/2020/ADV/CJU/RS/CJU-RS/CGU/AGU

NUP: 64582.013364/2018-76

INTERESSADOS: EXÉRCITO BRASILEIRO - HOSPITAL MILITAR DE ÁREA DE PORTO ALEGRE
- HMAPA

ASSUNTOS: ADITAMENTO CONTRATUAL

EMENTA: Aditamentos contratuais. Acréscimos aos objetos em quantitativos superiores aos permitidos pelo artigo 65, § 1º, da Lei 8.666/1993. Possibilidade excepcional: acréscimos emergenciais, com fundamento na hipótese de dispensa de licitação prescrita pelo artigo 4º da Lei 13.979/2020 para enfrentamento à emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019 (coronavírus 2019-nCoV). Necessidade de atendimento aos requisitos legais para dispensa emergencial da licitação.

RELATÓRIO

Submete-se à apreciação desta Consultoria Jurídica da União, consoante ao disposto no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, análise de aditamento de acréscimo ao objeto de contratos de prestação de serviços continuados de enfermagem.

Vêm os autos em 1012 folhas, digitalizadas no SAPIENS, contendo, dentre outros:

.edital a fls. 297 e seguintes, prevendo exigências de habilitação jurídica, regularidade fiscal federal e municipal e trabalhista, qualificação econômico-financeira e qualificação técnica a fls. 301-302v.;

.termo de contrato de prestação de serviços nº 03/2019, celebrado com a sociedade empresária Fator Funcional Serviços de Saúde Ltda., a fls. 780 e seguintes:

.já com objeto parcialmente suprimido em 25%, como se verifica a fls. 782;

.exigindo garantia contratual a fls. 784;

.prevendo a possibilidade de acréscimos ao objeto contratual até o limite de 25%, a fls. 785;

.termo de contrato de prestação de serviços nº 04/2019, celebrado com a sociedade empresária Azeredo Remoções de Pacientes Ltda., a fls. 831 e seguintes:

.já com objeto parcialmente suprimido em 25%, como se verifica a fls. 833;

.exigindo garantia contratual a fls. 835-836;

.prevendo a possibilidade de acréscimos ao objeto contratual até o limite de 25%, a fls. 837;

.primeiro termo de aditamento contratual ao contrato de prestação de serviços nº 04/2019, a fls. 941-942, confirmando a supressão de objeto já efetuada no próprio termo de contrato;

.primeiro termo de aditamento contratual ao contrato de prestação de serviços nº 03/2019, a fls. 950, confirmando a supressão de objeto já efetuada no próprio termo de contrato;

.requisição de acréscimo de 50% ao objeto do contrato de prestação de serviços nº 03/2019, para atender à emergência decorrente do coronavírus por um período de seis meses, com possibilidade de sucessivas prorrogações, com base na Lei 13.979/2020 (fls. 970-971);

.declaração do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, demonstrando, quanto à contratada por meio do contrato de prestação de serviços nº 03/2019 (fls. 972-974):

.regularidade fiscal federal (também comprovada via CPD-EN - fls. 976);
.regularidade com a Seguridade Social;
.regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (também comprovada via CRF - fls. 980);
.regularidade trabalhista;
.regularidade fiscal municipal vencida (mas comprovada via CPD-EN - fls. 982);
.qualificação econômico-financeira vencida;
.qualificação técnica, aparentemente ausente em parte;
.ausência de penalidade que vede a contratação com o órgão público (também comprovada via: certidão negativa de licitantes inidôneos - TCU - fls. 975; consulta ao CNJ - fls. 977);

.declaração de disponibilidade orçamentária para o acréscimo ao objeto do contrato de prestação de serviços nº 03/2019 (fls. 984);

.autorização para a alteração no objeto do contrato de prestação de serviços nº 03/2019, justificada para pronto atendimento à emergência decorrente do coronavírus, e discriminando as rubricas da previsão de recursos orçamentários (fls. 986);

.minuta de aditamento ao contrato de prestação de serviços nº 03/2019 (fls. 987-988);

.requisição de acréscimo de 50% ao objeto do contrato de prestação de serviços nº 04/2019, para atender à emergência decorrente do coronavírus por um período de seis meses, com possibilidade de sucessivas prorrogações, com base na Lei 13.979/2020 (fls. 989-990);

.declaração do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, demonstrando, quanto à contratada por meio do contrato de prestação de serviços nº 04/2019 (fls. 991-993):

.regularidade fiscal federal (também comprovada via CND - fls. 995);
.regularidade com a Seguridade Social;
.regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço vencida (mas comprovada via CRF - fls. 999);
.regularidade trabalhista;
.regularidade fiscal municipal vencida (mas comprovada via CPD-EN - fls. 1001);
.qualificação econômico-financeira;
.qualificação técnica, aparentemente vencida em parte;
.ausência de penalidade que vede a contratação com o órgão público (também comprovada via:

certidão negativa de licitantes inidôneos - TCU - fls. 994; consulta ao CNJ - fls. 996);

.declaração de disponibilidade orçamentária para o acréscimo ao objeto do contrato de prestação de serviços nº 04/2019 (fls. 1004);

.autorização para a alteração no objeto do contrato de prestação de serviços nº 04/2019, justificada para pronto atendimento à emergência decorrente do coronavírus, e discriminando as rubricas da previsão de recursos orçamentários (fls. 1002);

.minuta de aditamento ao contrato de prestação de serviços nº 04/2019 (fls. 1006-1007).

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

I. FUNDAMENTO JURÍDICO

Considerando:

.que se está a tratar, basicamente, de prover um hospital de profissionais de enfermagem suficientes a garantir que vidas sejam salvas da pandemia;

.que o prazo para esta manifestação, assinalado no SAPIENS, foi, em atenção à extrema gravidade da situação, de apenas 24 horas;

.que, ainda ontem, na data da distribuição desta tarefa, estive todo o dia a trabalhar nos autos de nº 00401.000056/2020-01, que tratam exatamente de fornecer à Administração orientações e modelos de contratos, projetos básicos e listas de verificação para as contratações emergenciais com fundamento na Lei 13.979/2020;

.que, por conta disso, não tenho sequer as excepcionais 24 horas para uma manifestação jurídica igualmente excepcional;

.que a situação de acréscimo fora dos limites permitidos pela Lei 8.666/1993 é absolutamente não usual, e em condições normais mereceria análise detida e calma, e pesquisa de jurisprudência e doutrina; e, quase certamente, seria objeto de parecer desfavorável;

.que, na situação atual, não há tempo para pesquisas e estudos mais aprofundados; e

.que, apesar disso, estou perfeitamente convencido de que existe sólida fundamentação legal para os aditamentos contratuais ora submetidos à análise desta CJU-RS, visto que se trata, a rigor, de uma contratação emergencial desse objeto do acréscimo.

Apenas chamo a atenção para a necessidade de brevíssima fundamentação, conquanto, ao menos ao meu ver, não menos sólida e não menos empenhada em manter, nestes tempos excepcionais, o império da lei que todos juramos defender na nossa colação de grau de Bacharel em Direito.

Análise da possibilidade do acréscimo sob o aspecto quantitativo: artigo 65, § 1º, da Lei 8.666/1993, e artigo 4º, "caput", da Lei 13.979/2020

O acréscimo ao objeto que se pretende fazer, de 50% dos quantitativos, escapa ao limite permitido pelo artigo 65, § 1º, da Lei 8.666/93, que expressa: "O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de

edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos”.

Igualmente não é de se fundamentar tal acréscimo no artigo 4º-I da Lei 13.979/2020, acrescido pela Medida Provisória 926/2020, posto que tal dispositivo, por sua própria redação, é aplicável apenas aos contratos "decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei".

Entretanto, é fato que, surgindo a necessidade de um objeto contratual para enfrentar a emergência decorrente do coronavírus, é possível a dispensa de licitação para a contratação, nos termos do artigo 4º da Lei 13.979/2020:

"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)".

Possível, assim, contratar todo o objeto de que se necessita via nova contratação emergencial, sem prévia licitação.

O aditamento de objeto a um contrato existente, fora dos quantitativos permitidos no § 1º do artigo 65 da Lei 8.666/1993, mas com fundamento no artigo 4º da Lei 13.979/2020, no que exceder o acréscimo permitido pelo § 1º do artigo 65 da Lei 8.666/1993, é medida que vai ao encontro da finalidade da Lei 13.979/2020, e realiza, no caso concreto, o direito social fundamental à saúde.

Basta que, no que exceder o permitido pelo § 1º do artigo 65 da Lei 8.666/1993, sejam plenamente atendidos os requisitos dispostos para a contratação emergencial, via dispensa de licitação, permitida pelo artigo 4º da Lei 13.979/2020.

Com efeito, é possível, pela literalidade da lei, uma nova contratação, com empresa cujo desempenho ainda não é conhecido do órgão público. Por que não aproveitar o mesmo fundamento para ampliar uma contratação já existente, com desempenho aprovado?

O fato de não haver mais um contrato a administrar para objeto idêntico é, certamente, uma boa razão para se escolher como prestador de serviço, para a demanda emergencial, quem já presta serviço idêntico à Administração. Isso evita, inclusive, que os gestores e fiscais de contrato do hospital fiquem com ainda mais procedimentos a atender num momento que já exige o máximo (e um pouco mais) de todos.

II. VERIFICAÇÃO DE REQUISITOS FORMAIS

Análise dos requisitos de instrução dos autos - requisitos para aditamento nos termos da Lei 8.666/1993

À luz da legislação e da jurisprudência, percebem-se os seguintes requisitos para a instrução de acréscimos e supressões do objeto contratual:

.adequação do projeto básico às alterações, como salienta a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, cujo teor é o seguinte: “Elaborar projeto básico previamente à realização de aditamentos contratuais, em especial quando implicar acréscimos quantitativos do objeto, nos termos do art. 7º, § 2º, i, da Lei nº 8.666/1993 c/c art. 65, i, b, do mesmo diploma legal.” (Acórdão 740/2004 – Segunda Câmara);

.aprovação da adequação do projeto básico pela autoridade competente (artigo 7º, § 2º, I, da Lei

8.666/1993);

.orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários do acréscimo (artigo 7º, § 2º, II, da Lei 8.666/1993);

.demonstração da economicidade do acréscimo, inclusive quanto à inexistência de sobrepreço, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União: “Caso se faça necessária a celebração de termo aditivo versando sobre inclusão de novos itens ou acréscimos de quantitativos de itens da obra em questão, observe os preços praticados no mercado (...)” (Acórdão 424/2003 – Plenário);

.autorização motivada da autoridade competente para o aditamento;

.declaração de disponibilidade orçamentária (art. 16, Lei de Responsabilidade Fiscal) para o aditamento;

.prova da manutenção das condições iniciais de habilitação da contratada;

.adequação da garantia de execução contratual, quando exigida;

.publicação resumida do aditamento, na forma do artigo 61, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

De todos estes requisitos, constata-se presentes nos autos: autorização motivada da autoridade competente para o aditamento; declaração de disponibilidade orçamentária para o aditamento; prova da manutenção das condições iniciais de habilitação das contratadas (exceto quanto à qualificação econômico-financeira no contrato de prestação de serviços nº 03/2019 e quanto à qualificação técnica no contrato nº 04/2019).

Recomenda-se, assim, a juntada aos autos dos seguintes requisitos, como condição de legalidade dos aditamentos:

.adequação do projeto básico às alterações;

.aprovação da adequação do projeto básico pela autoridade competente;

.orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários do acréscimo;

.demonstração da economicidade do acréscimo (VIDE, A PROPÓSITO, AS RECOMENDAÇÕES PARA A PESQUISA DE PREÇO NA SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA);

.prova da manutenção das condições iniciais de habilitação das contratadas, no que ainda ausentes dos autos, conforme apontado no relatório deste Parecer;

.prova de adequação das garantias de execução contratual;

.publicação resumida dos aditamentos, na forma do artigo 61, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

Análise das minutas de aditamento (fls. 987-988 e 1006-1007)

Nota-se que o preâmbulo do aditamento ao contrato 03/2019 apresenta, como fundamento

adicional aos demais diplomas legislativos já previstos em edital e no termo de contrato, a Lei 13.979/2020. O mesmo fundamento não aparece no aditamento ao contrato 04/2019. Recomendo, assim, acrescer ao preâmbulo do aditamento ao contrato 04/2019 uma referência à Lei 13.979/2020.

A cláusula primeira de ambos os aditamentos, corretamente, fundamenta a adição de quantitativos na necessidade de pronto atendimento à emergência decorrente do coronavírus.

A cláusula segunda, também corretamente, limita a vigência dos aditamentos em seis meses, admitindo sucessivas prorrogações enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública, o que está plenamente conforme ao disposto no art. 4º-H da Lei 13.979/2020, incluído pela MP 926/2020.

Da cláusula terceira se percebe que o aditamento não supera 50% do valor, representando:

.no caso do contrato 03/2019, com previsão original de cinco enfermeiros e catorze técnicos de enfermagem (fls. 781), o acréscimo de dois enfermeiros e sete técnicos de enfermagem;

.no caso do contrato 04/2019, com previsão original de seis enfermeiros e onze técnicos de enfermagem (fls. 832), o acréscimo de três enfermeiros e cinco técnicos de enfermagem.

A cláusula quarta aponta a dotação orçamentária, a quinta prescreve a publicação do extrato do aditamento no Diário Oficial da União, e a última cláusula ratifica os termos do contrato original, no que não alterados pelo aditamento.

Recomenda-se que a última cláusula, em ambos os aditamentos, ganhe o título de cláusula sexta, ao invés de cláusula sétima.

Análise dos requisitos de instrução da dispensa emergencial, com fundamento na Lei 13.979/2020

Considerando que o acréscimo em 50% dos quantitativos contratuais excede ao permitido pela Lei 8.666/1993, o fundamento para esse acréscimo excedente é considerá-lo como uma contratação adicional fundada na hipótese de dispensa de licitação prevista na Lei 13.979/2020. É o que já se disse acima.

Tendo isso em linha de conta, é preciso assegurar, também, o atendimento aos requisitos para contratação pela via excepcional da dispensa de licitação. Os requisitos serão verificados abaixo, com exceção dos requisitos em comum a aditamentos contratuais, os quais já foram verificados acima.

Justificativa da necessidade da contratação

Presente, a fls. 986 e 1002, justificativa da necessidade do objeto da contratação direta pela autoridade competente (art. 26, caput, Lei nº 8.666/1993 e art. 2º, caput, e parágrafo único, VII, da Lei nº 9.784/1999).

Caracterização, na justificativa, da situação de dispensa

Presente, a fls. 986 e 1002, caracterização, na justificativa, da situação de dispensa (art. 4º da Lei 13.979/20), com os elementos necessários à sua configuração (art. 26, caput, e parágrafo 1º, I, Lei nº 8.666/93).

Pesquisa de preços

Recomenda-se a juntada aos autos de pesquisa de preços, nos termos do artigo 4º-E, § 1º, VI, da Lei 13.979/2020, incluído pela MP 926/2020.

Com efeito, a regra em referência determina pesquisa de preços praticados pelo mercado do ramo do objeto da contratação, realizada 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 (artigo 4º-E, § 1º, VI, da Lei 13.979/2020, incluído pela MP 926/2020).

Entende-se que, a par dessa disposição, remanescem em vigor, para fins das contratações emergenciais em exame, os demais dispositivos quanto à pesquisa de preços, como, p. ex.: utilização prioritária de parâmetros de consulta a contratações públicas, como Painel de Preços; obtenção de no mínimo três orçamentos, no caso de pesquisa realizada com potenciais fornecedores; e demais regras legais e orientações jurisprudenciais.

Justificativa do preço

Recomenda-se a juntada aos autos de justificativa quanto à aceitação do preço ofertado pela contratada (artigo 26, parágrafo único, III, da Lei 8.666/1993), baseada na pesquisa de preços.

Justificativa de eventual dispensa da pesquisa de preços

Recomenda-se, se for o caso, a juntada aos autos de justificativa de eventual dispensa excepcional da pesquisa de preços (artigo 4º-E, § 2º, da Lei 13.979/2020, incluído pela MP 926/2020).

Justificativa de eventual contratação por valor superior ao estimado

Recomenda-se, se for o caso, a juntada aos autos de justificativa de eventual contratação por valor superior ao estimado, em decorrência de oscilações ocasionadas pela variação de preços (artigo 4º-E, § 3º, da Lei 13.979/2020, incluído pela MP 926/2020).

Entretanto, no caso em exame, isso é quase certamente desnecessário, pois muito dificilmente haverá diminuição do preço dos postos de trabalho exatamente na presente situação: essa é, de fato, uma das virtudes de se aditar um contrato já existente no momento. A tendência é que o preço suba, e contratar novos postos por preços anteriores à emergência tende a ser vantajoso.

Razões de escolha do prestador do serviço

Recomenda-se a juntada aos autos de justificativa com as razões de escolha do prestador do serviço.

Justificativa para dispensa excepcional de regularidade ou habilitação, para fins do artigo 4º-F da Lei 13.979/2020

Os prestadores de serviço, a teor dos documentos apresentados, apresentam todas as condições de regularidade exigidas, com exceção aparente da qualificação econômico-financeira, quanto a um deles, e da qualificação técnica, quanto a ambos.

Já se recomendou acima a juntada das comprovações que faltam.

Caso, entretanto, um ou ambos os prestadores não apresente algum dos requisitos de habilitação relacionados ao objeto, recomenda-se, se houver restrição de fornecedores, justificar a dispensa excepcional da apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, ou, ainda, do cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvada a prova de regularidade com a Seguridade Social e a declaração para os fins da Lei 9.854/1999 (artigo 4º-F, Lei 13.979/2020, incluído pela MP 926/2020).

Autorização motivada da contratação direta pela autoridade competente

Presente, a fls. 986 e 1002, autorização motivada da contratação direta pela autoridade competente (artigo 38, caput, da Lei 8.666/1993 e artigo 50, caput, inciso IV, da Lei 9.784/1999).

Autorização para contratar: regra de Direito Financeiro

Tendo em vista que a despesa objeto dos autos pode ser enquadrada como atividade de custeio, recomenda-se que a autorização estabelecida no art. 3º do Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019 seja juntada aos autos antes da contratação.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, este Parecer examina e aprova juridicamente os aditamentos contratuais aqui referidos, desde que observadas suas recomendações.

À consideração superior.

Porto Alegre, 26 de março de 2020.

MARCOS AUGUSTO DO NASCIMENTO FERREIRA
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 64582013364201876 e da chave de acesso 747e7538

Documento assinado eletronicamente por MARCOS AUGUSTO DO NASCIMENTO FERREIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 399600982 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCOS AUGUSTO DO NASCIMENTO FERREIRA. Data e Hora: 26-03-2020 14:50. Número de Série: 161985818722652829384193824626717882544. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
