



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIIDADE

Promoção Conjunta BBS/CCF/MFC/PE nº 01/2020

Rio de Janeiro, 15 de abril de 2020

ADMINISTRATIVO. CONTRATOS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. NOTÍCIAS DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM CONTRATAÇÕES DA SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE. PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO VOLTADOS AO ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO CORONAVÍRUS. APURAÇÃO PRELIMINAR PELO NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIIDADE DA PGE. INDÍCIOS DE DESCONFORMIDADES E RISCOS DE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. SUGESTÕES DE PROVIDÊNCIAS. NECESSIDADE URGENTE DE SANEAMENTO DOS PROCESSOS. COMUNICAÇÃO AOS DEMAIS ÓRGÃOS DE CONTROLE.

Excelentíssimo Senhor Procurador Geral,

Investidos nas atribuições insertas por Vossa Excelência na Resolução PGE nº 4.319/2019 e no desempenho das competências prescritas no § 3º do art. 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e no inciso II do art. 2º da Lei Complementar nº 15/80, elevamos ao vosso conhecimento os achados deste Núcleo de Contencioso Estratégico e Defesa da Probiidade (doravante "Núcleo") decorrentes da análise, ainda preliminar e sumária, de processos de contratação de bens e serviços pela Secretaria de Estado de Saúde - SES para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pela pandemia da doença Covid-19.



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIIDADE

Como cediço, após as declarações do estado de emergência de saúde decorrente do coronavírus em âmbito internacional¹ e nacional,² sucedeu-se a introdução em nosso Direito da Lei Federal n. 13.797, de 06 de fevereiro de 2020 - depois alterada pela Medida Provisória n. nº 926, de 20 de março de 2020 - a qual, dentre outras medidas de enfrentamento à pandemia, previu em seus artigos 4º, 4º-A, 4º-B, 4º-C, 4º-D, 4º-E, 4º-F, 4º-G, 4º-H, 4º-I, novel hipótese de licitação dispensável por emergência, bem como procedimento sumaríssimo de pregão para a aquisição de bens, serviços e insumos comuns necessários ao combate ao coronavírus.

Na linha da legislação nacional, o Excelentíssimo Governador do Estado do Rio de Janeiro editou, primeiramente, o Decreto estadual n. 46.966, de 11 de março de 2020, que tratou pontualmente da matéria em seu art. 4º.³ Posteriormente, o Decreto estadual n. 46.991, de 24 de março de 2020, veio regulamentar a Lei n. 13.979/2020 na esfera estadual. Com esse cabedal normativo, as Secretarias de Estado, demais órgão e entidades administrativas se habilitaram e, efetivamente, deram início às contratações diretas emergenciais de combate à Covid-19. Pela pertinência temática às suas atribuições, a SES naturalmente viria a ocupar posição de proeminência na utilização do referido instrumental, tendo já se valido da contratação direta emergencial em mais de uma centena de oportunidades.

A atuação do Núcleo no presente caso decorre de uma série de reportagens publicadas, a partir de 01 de abril deste ano, em mídia jornalística independente (blog do Berta)⁴, com denúncias de irregularidades nos processos de contratações diretas da SES para o combate à pandemia da Covid-19. Por meio de tais matérias, até o presente

¹ Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional – Organização Mundial de Saúde, de 30 de janeiro de 2020.

² Portaria Ministério da Saúde nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, e conforme Decreto Federal nº 7.616, de 17 de novembro de 2011.

³ "Art. 4º - Na contratação de bens ou serviços para tratamento, prevenção, isolamento ou quarentena, em caso de dispensa de licitação, a Secretaria de Estado de Saúde deverá observar as hipóteses previstas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, bem como, deverá instruir o processo com a devida justificativa e parecer do órgão de assessoria jurídica, na forma do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993."



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIDADE

momento foram divulgados os seguintes fatos relacionados a contratos administrativos da SES:

- i) Desrespeito a prazos e regras editalícias, com comprometimento da competitividade, nos processos seletivos simplificados⁵ para a celebração de contratos de gestão com entidades qualificadas como Organizações Sociais para a gestão dos hospitais Anchieta e Zilda Arns (reportagem de 01 de abril);
- ii) Prática generalizada de contratação sem licitação de variados insumos, inclusive de natureza comum, sem prévia estimativa de preços e mediante justificativa insuficiente da autoridade quanto à impossibilidade da aferição do valor de mercado (reportagem de 03 de abril);
- iii) Contratação direta emergencial com a empresa OZZ Saúde - EIRELI, pelo valor aproximado de R\$ 166 milhões, para a gestão do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência - SAMU, aparentemente sem comprovação do suporte fático da dispensa emergencial de licitação (reportagem de 06 de abril);
- iv) Compra direta de aparelhos respiradores junto a empresa de informática com possível sobrepreço e sem indicação precisa do objeto do contrato (reportagem de 06 de abril);
- v) Contratação de Organização Social para a implementação de 1.400 (mil e quatrocentos) leitos em sete hospitais de campanha no estado ao custo de R\$ 835,7 milhões, sem publicidade do processo seletivo simplificado, alteração injustificada de quantitativos, deficiência na estimativa de preços e possível superfaturamento (reportagem de 09 de abril);
- vi) Atribuição de caráter sigiloso ao processo de contratação de Organização Social referido no item 'v' acima, logo em seguida à publicação da referida

⁴ Conteúdo das reportagens mencionadas disponível em <https://blogdoberta.com/>

⁵ Os processos seletivos simplificados para seleção de Organizações Sociais para a gestão de equipamentos de saúde foi autorizada, no Estado, pelo art. 5º do Decreto n. 46.991/2020, nos seguintes termos: "Art. 5º - Fica autorizada a celebração de contrato de gestão com entidade qualificada como organização social de forma simplificada, cujos prazos poderão ser reduzidos, mediante justificativa detalhada de sua necessidade, observados os princípios contidos no caput do art. 37 da CRFB/88."



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIIDADE

reportagem, e com base em justificativa legal aparentemente não aplicável ao caso - art. 3º, § 3º, da Lei n. 8.666/93 (reportagem de 09 de abril);
vii) Procedimento visando à contratação da entidade FGV Projetos, sem licitação, para serviços de estudos pertinentes às ações governamentais de combate à pandemia, com possível sobrepreço (reportagem de 10 de abril.)

Saliente-se que, pela natureza das notícias publicadas, cada um dos eventos acima referidos e seus respectivos processos merecem avaliação detida e minuciosa não apenas pela PGE, como, também, pelos demais órgãos de controle interno e externo, com observância das normas, procedimentos, prerrogativas e sujeições aplicáveis a cada caso.

Não é este, porém - e nem poderia ser - o propósito da presente manifestação, cujo escopo é bem mais limitado, embora igualmente relevante. Com efeito, os acontecimentos denunciados nas reportagens serviram de mote para que este Núcleo procedesse a uma pesquisa geral sobre os processos de contratação emergencial/Covid da SES, com o propósito de identificar *padrões* na condução dos feitos que pudessem sugerir indícios de irregularidade e risco de lesão aos interesses e bens do Estado. De maneira que as menções feitas aqui a determinados procedimentos não devem ser compreendidas como adiantamento de juízos definitivos sobre a licitude ou não das condutas analisadas - algo que somente as conclusões dos processos apuratórios poderão dizer - senão apenas uma sinalização a gestores e demais controladores quanto à necessidade de céleres providências - inclusive de natureza acautelatória - para evitar o implemento ou agravamento de dano ao erário.

Nesse desiderato, apresenta-se o documento anexo, com planilhas em formato Excel, no qual são listados 167 (cento e sessenta e sete) processos de contratação inaugurados pela Subsecretaria Executiva da SES a partir de 01/03/2020. Tais processos são classificados pelas cores utilizadas nas linhas e são cotejados com determinados



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIIDADE

critérios de avaliação (colunas à direita) adotados por este Núcleo, somados àqueles já constantes do "*Check-List' de Contratações Diretas da Lei n. 13.979/2020*" desenvolvido pela PG-15 e disponibilizado às Assessorias Jurídicas das Secretarias de Estado no dia 30/03/2020.

Sobre tal documento, é necessário esclarecer se tratar de obra de análise *parcial* e ainda *em desenvolvimento*. Parcial porque é limitado tanto pelo corte temporal adotado (termo inicial em 01/03/2020) quanto por sua origem, já que apenas os processos iniciados na Subsecretaria Executiva (principal responsável pelas medidas de resposta à pandemia da Covid-19) são contemplados, o que não exclui a existência de contratações de natureza semelhante terem se verificado por iniciativa de outros órgãos pertencentes ou vinculados à SES. Da mesma forma, a fonte consultada é o sistema eletrônico SEI, havendo a possibilidade de existência de processos físicos não identificados além da subsistência de processos sigilosos.

Diz-se, ainda, tratar-se de trabalho *em desenvolvimento* pois a análise de tão extenso rol de procedimentos - alguns bastante complexos - não se poderia ultimar no urgencial e exíguo espaço temporal transcorrido desde a liberação de acesso aos seus respectivos conteúdos no sistema SEI, na sexta-feira, dia 10/04 (feriado), até a presente data. Daí porque alguns campos das planilhas de pesquisas ainda se encontrem por preencher. Apesar disso, o exame procedido mostrou-se já suficientemente instruído para os fins específicos pretendidos nesta manifestação.

Passemos, então, a exposição dos contornos gerais dos processos de contratação direta analisados.

A **primeira constatação** pertinente às dispensas de licitação emergenciais sem licitação procedidas pela SES com fulcro na Lei n. 13.979/2020 diz respeito à publicidade dos atos administrativos praticados.



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIDADE

Por incidência direta do art. 37, *caput*, da CRFB, bem como do art. 3º da Lei n. 8.666/93, os processos administrativos de licitações e contratos - inclusive os advindos de dispensa ou inexigibilidade - devem ser, por essência, públicos. O sigilo legalmente admitido em tais processos - v.g. o sigilo das propostas até sua abertura, previsto no § 3º do art. 3º da Lei n. 8.666/93 - são eminentemente temporários e visam justamente a garantir o caráter competitivo do certame (evitar conluíus), o que, por razões óbvias, não se aplica a um processo de contratação direta, sem licitação. Afora tais situações pontuais, qualquer atribuição de sigilo, seja em que grau for, deve necessariamente ser fundamentada pela autoridade competente em uma das hipóteses autorizativas previstas no art. 24 da Lei n. 12.527/2011.

Causa espécie, portanto, que até o dia 10/04 - quando proferida ordem superior de publicização dos feitos⁶ - a SES tenha adotado o sigilo, total ou parcial, como regra de condução de vários desses processos, sem nenhuma justificativa aparente. É ainda mais surpreendente o fato de, até o presente momento, ainda existirem relevantes processos de contratação com algum tipo de restrição de acesso em vigor, como se pode verificar no documento anexo (destaques em cor vermelha.) Esse é o caso, por exemplo, do SEI-080001/003479/2020, pelo qual tramitou a contratação direta da gestão do SAMU, acima mencionada, e que permanece até hoje integralmente inacessível à consulta pública.

Outro aspecto ligado especificamente à publicidade das contratações emergenciais da Covid-19 é a regra constante do art. 4º, § 2º, da Lei n. 13.979/2020, *verbis*:

"Art. 4º, § 2º. Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico

⁶ <https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/witzel-abre-sindicancia-para-apurar-sigilo-dado-contrato-de-r-835-milhoes-para-hospitais-de-campanha.html>



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIIDADE

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.

Em consulta aos portais e sítios eletrônicos do Estado do Rio de Janeiro, em geral, e da SES, em particular, pode-se constatar que a Secretaria encontra-se em mora, ao menos parcial, quanto ao cumprimento do dispositivo normativo transcrito. Com efeito, não há no Portal da SES sítio oficial específico onde estejam lançadas as informações contratuais demandadas. Nem mesmo a identificação da numeração eletrônica dos respectivos contratos no sistema SEI é encontrada, o que transforma a busca pelas informações básicas dos contratos em uma exaustiva tarefa investigativa.

Pode-se argumentar que, no Estado do Rio de Janeiro, tal *sítio oficial específico* seria o Portal SIGA (<https://www.compras.rj.gov.br/Portal-Siga/index>), ambiente virtual onde se encontra, dentre outras funcionalidades, espaço para o registro das aquisições diretas de bens e serviço com base na Lei n. 13.979/2020. Ocorre que, em consulta a portal, verifica-se que, aparentemente, a SES não lançou nenhum registro de contratações diretas da Covid-19 em sua base de dados, muito embora os processos concluídos já se contem às dezenas (ver linhas de cor verde na planilha anexa). Na melhor das hipóteses, ainda que lançados, tais dados permanecem indisponíveis à consulta pública, o que, para os efeitos da lei, equivale a mantê-los em sigilo completo.

Os únicos assentamentos que se lograram localizar nesta matéria encontram-se no Portal de Transparência Fiscal do Estado (www.transparencia.rj.gov.br). Do que se pôde verificar, entretanto, os registros limitam-se à exposição de cronogramas de desembolsos financeiros dos contratos da SES; nem de longe atendem, portanto, aos



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIDADE

desígnios de transparência almejados do legislador nacional para tais contratos emergenciais.

Tais fatos revelam, portanto, um cenário de severa desconformidade jurídica, apta a recomendar a adoção medidas saneadoras pelas autoridades competentes, seja para reestabelecer a plena publicidade dos processos de contratação da SES, seja para dar pleno cumprimento ao dever previsto no precitado art. 4º, § 2º, da Lei n. 13.979/2020.

A **segunda constatação** relevante decorrente das apurações deste Núcleo é o fato de que, dos mais de 150 (cento e cinquenta) expedientes de contratação inaugurados pela Subsecretaria Executiva, apenas um deles foi submetido ao exame da Subsecretaria Jurídica/Assessoria-Jurídica da SES, resultando em séria subversão procedimental, além de risco de comprometimento da higidez jurídica dos atos praticados.

Diz-se isto porque nem a Lei Federal n. 13.979/2020 nem os normativos editados no Estado do Rio de Janeiro afastaram tal etapa do procedimento de contratação. Com efeito, inobstante o caráter autônomo e especial das hipóteses de aquisição direta previstas na Lei n. 13.979/2020, as disposições gerais da Lei n. 8.666/93 que não conflitam com ou comprometem os propósitos do novel diploma permanecem hígidos e aplicáveis. Esse entendimento nos parece válido, inclusive, para o parágrafo único do art. 30 da Lei n. 8.666/93.⁷

No âmbito da Administração fluminense, com ainda mais razão se sustenta a obrigatoriedade de oitiva do órgão de consultoria jurídica, mesmo nas contratações emergenciais da Covid-19. Em primeiro lugar, como visto, o Decreto estadual n. 49.966/2020 expressamente estipulou que, em caso de dispensa de licitação, "*a Secretaria*

⁷ Art. 38. [...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIDADE

de Estado de Saúde deverá [...] instruir o processo com a devida justificativa e parecer do órgão de assessoria jurídica, na forma do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993."

Por sua vez, o subsequente Decreto estadual n. 49.991/2020, apesar de afastar - em seu art. 1º, § 1º - a aplicação do Decreto n. 46.642/2019, que regula a fase interna das licitações e das contratações, também não elidiu o dever de consulta prévia às Assessorias Jurídicas. De toda sorte, tampouco poderiam atos de natureza infralegal suprimir tal fase do processo, uma vez que, no Estado do Rio de Janeiro, o dever de consulta à ASJUR decorre diretamente da Lei estadual n. 5.414/2009, que preceitua:

*"Art. 2º - Às Assessorias Jurídicas das Secretarias de Estado compete:
[...]*

VI - examinar e aprovar, previamente, observadas as minutas padronizadas pela Procuradoria-Geral do Estado, as minutas de editais de concurso público, de licitação, de contratos, convênios, ajustes e acordos, inclusive de natureza trabalhista;

VII - opinar, previamente, sobre os atos em que se pretenda reconhecer a inexigibilidade ou decidir pela dispensa de licitação, ressalvados, a critério do administrador, os atos de dispensa em razão do valor;"

Some-se a isso a previsão específica do Decreto Estadual n. 43.261/11, de obrigatoriedade de análise prévia pelo órgão de consultoria e assessoramento jurídico dos processos seletivos e contratos de delegação da gestão de serviços de saúde a Organizações Sociais.⁸

⁸ Art. 26 - As minutas do edital do processo de seleção e do contrato de gestão deverão ser previamente examinadas pelo órgão jurídico da Secretaria de Estado de Saúde.



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIIDADE

É importante enfatizar, quanto a este e outros pontos, que este Núcleo não desconhece ou ignora as dificuldades de diversas ordens - materiais e de organização - enfrentadas pelos gestores públicos no desempenho de suas relevantes funções, sobretudo em momento tão peculiar de nossa história, em que se impõe um estado de calamidade pública de nível mundial. Sendo assim, na quadra atual, é possível que o gestor se depare com o dilema de ter que decidir entre observar a rigidez e delongas de um procedimento prescrito em lei ou, então, satisfazer, de imediato, a necessidade pública, sendo que a preferência ao primeiro em prejuízo da última pode resultar no perecimento de valiosos bens jurídicos, inclusive a vida humana.

Cogitar-se-á, portanto, que o cumprimento da legalidade estrita poderia levar a resultados catastróficos. Ocorre, porém, que o Direito, como sistema social de estabilização de expectativas - no dizer de Luhmann - é capaz, diante deste quadro, de se aperceber das realidades circundantes e fornecer, através de suas próprias operações internas, soluções socialmente adequadas e não disruptivas, para tanto lançando mão de verdadeiras "válvulas de escape", como os institutos do estado de necessidade, convalidação dos atos jurídicos, modulação das nulidades, ponderação, etc. Daí porque não se pode eliminar a hipótese de - sem comprometimento da integridade jurídica do procedimento licitatório - circunstancialmente dispensar-se a oitiva prévia do órgão jurídico para a contratação de bem ou serviço essencial e emergencial ao combate da pandemia da Covid-19, postergando-se tal medida para a primeira oportunidade subsequente possível. Isto, obviamente, a depender de fundada justificativa quanto à impossibilidade comprovada de cumprimento da norma sem prejuízo a bens jusfundamentais sob cura da Administração.

O que se verificou no presente caso, contudo, é que nos contratos referentes à Covid-19 a gestão da SES adotou a dispensa da oitiva prévia da ASJUR como regra geral, sem qualquer exposição dos motivos determinantes da conduta em cada caso concreto. Mais ainda, mesmo nos processos com contratação já concluída, não se tem



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIDADE

notícias de que os processos tenham sido encaminhados para - pelo menos - realizar-se análise posterior da juridicidade dos atos praticados. Tal quadro de supressão generalizada de fase essencial dos processos administrativos só deve se normalizar agora, a partir de determinação ex-officio de atuação expedida no dia 13/04 pela Exma. Procuradora-Chefe da PG-15, constante do SEI-140001/007964/2020. Há, porém, que se reestabelecer a regularidade procedimental em todos os feitos da SES, também sob este aspecto.

Em conclusão deste tópico, para a recomposição do estado de regularidade dos processos, consideramos adequada e recomendável a determinação, pela gestão superior da Pasta de Saúde estadual ou pela Governadoria do Estado, de fiel observância do dever de submissão das licitações e contratos referentes à Covid-19 à prévia manifestação da órgão de assessoramento jurídico, devendo ser específica e robustamente fundamentados os casos em que tal análise, pela urgência demandada, mostrem-se inviáveis ou indesejáveis, à luz do interesse público concreto, sem prejuízo da remessa obrigatória posterior assim que possível.

A **terceira e última constatação** de caráter geral extraída das análise do Núcleo diz respeito à estimativa de preços do objeto contratado. Trata-se, certamente, de aspecto de maior relevância, sobre o qual ora brevemente discorreremos.

O procedimento de obtenção de estimativa de preços foi disciplinado na Lei Federal n. 13.979/2020 como peça integrante do Termo de Referência Simplificado, nos termos seguintes:

"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"



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIDADE

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterà

I - declaração do objeto

II - fundamentação simplificada da contratação

III - descrição resumida da solução apresentada;

IV - requisitos da contratação

V - critérios de medição e pagamento

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; e

VII - adequação orçamentária

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput

§ 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.

Já no Estado do Rio de Janeiro, o Decreto n. 49.991/2020, ao regulamentar a precitada legislação federal, sobre o tema assim dispôs:

"Art. 1º - Este Decreto dispõe sobre regras de dispensa de licitação para contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e obras, destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIDADE

decorrente do coronavírus de que trata a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

[...]

§2º - A estimativa de preços de que trata o art. 4º-E, §1º, inciso VI, da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, deverá ser obtida, sempre que possível, mediante 3 (três) fontes de referência."

Em apertado resumo, a legislação federal prevê, com a força vinculante de norma geral de licitações e contratos administrativos (art. 22, inciso XXVII, CRFB/88), a estimativa de preços como procedimento obrigatório *a priori* para a Administração e que se operacionaliza mediante o recurso a, pelo menos, um dos cinco parâmetros estabelecidos nas alíneas ao inciso 'VI' supra transcrito. Trata-se de medida claramente flexibilizadora dos rigores da Lei n. 8.666/93, já que dos cinco parâmetro elegíveis pelo administrados, os quatro primeiros são de implementação razoavelmente simples, por depender apenas da consulta de dados já publicados em fontes públicas.

Em caráter excepcional, a depender de indispensável justificativa, admite-se a dispensa da estimativa de preços ou, ainda, em razão de *justificada* oscilações de preços - ocasionadas, por exemplo, por picos de demanda - admite-se a contratação por valor superior ao estimado.

A norma regulamentadora estadual optou - a nosso ver de forma completamente lícita⁹ - por um regime ainda mais rigoroso no que se refere à elaboração da estimativa de preços, na medida em que prescreve ao administrador a obrigação primária de utilizar, salvo impossibilidade, três das fontes de referência previstas na Lei n. 13.979/2020.

⁹ Da decisão do STF na ADI n. 927 MC/RS é possível extrair a conclusão de que os Estados federados, no exercício de sua competência de edição de normas específicas em matéria de licitações e contratos administrativos, estão constitucionalmente autorizados a estabelecer preceitos mais rígidos de controle da



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIDADE

Ambas as normas revelam que, mesmo durante o período do estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus, a estimativa de preços permanece como providência obrigatória e necessária para orientação das contratações administrativas, seja para viabilizar a necessária adequação financeiro-orçamentária do estado, para franquear a busca pela solução contratual mais adequada do ponto de vista da economicidade, ou, ainda, para evitar superfaturamentos.

Extrai-se então a conclusão de que o surgimento e permanência do estado de emergência ou calamidade sanitária não é justificativa bastante, por si só, para o abandono da estimativa de preços. Fosse assim, os legisladores nacional e estadual a teriam extirpado de forma categórica das contratações emergenciais da Covid-19, ao invés de a terem prescrito, como fizeram, como regra geral, dispensável apenas mediante *justificativa* da autoridade competente, como dito na Lei n. 13.979/2020, ou na *impossibilidade* de sua realização, conforme o regulamento estadual.

Em verdade, dispositivos nacional e estadual convergem na proposição de que a obrigatoriedade da estimativa de preços somente pode ser superada em razão de impossibilidade comprovadamente demonstrada de se aceder a, pelo menos, um dos parâmetros de aferição de preços para os objeto e contratação específicos.

O que se observa, todavia, nos contratos firmados pela SES parece subverter as noções acima expostas. Em relevantes e custosas contratações, verifica-se a dispensa da estimativa de preços mediante o uso de justificativas claramente insuficientes e sem qualquer liame causal com as circunstâncias fáticas constatadas no momento, com as características do objeto pretendido ou do mercado em que ele se insere. O que se pretende como justificativa se limita, então, a uma declaração genérica e estéril de que o Estado,

legalidade dos referidos processos do que os estabelecidos na legislação geral editada pela União, não sendo, porém, verdadeiro o contrário.



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIIDADE

assim como o País e o resto do mundo, encontra-se sob as constrações de um estado de emergência e que, por isso, tudo estaria autorizado.

Veja-se, por exemplo, o que se apresentou como justificativa para a dispensa da estimativa de preços na contratação no processo SEI-080001/007073/2020, que tem por objeto a implementação de 1.400 (mil e quatrocentos) leitos em sete hospitais de campanha no estado, ao custo de nada menos do que R\$ 835,7 milhões:

"JUSTIFICATIVA: PESQUISA DE MERCADO

O art. 1º, § 1º, do Decreto estadual nº 46.991/2020, afastou expressamente a aplicação das regras ordinárias da fase preparatória das contratações no âmbito do ERJ previstas no Decreto estadual nº 46.642/2019, de modo que não se aplica, conseqüentemente, o dispositivo referente à estimativa do valor da contratação, a qual, em situação de normalidade institucional, deveria ser feita “mediante consulta às fontes diversificadas de pesquisa”, como reza o art. 20, caput, do Decreto estadual 46.642/2020, bem como a observância aos parâmetros de pesquisa de preços do § 1º deste dispositivo.

Vale ressaltar que o caput do art. 4º-E, da Lei federal nº 13.979/2020 prevê que é admitida a apresentação de TR simplificado nas contratações para o enfrentamento do coronavírus, sendo certo que a pesquisa de preços é, apenas, um dos parâmetros previstos nas alíneas do inciso VI.

Se, por um lado, deve haver justificativa específica para a total ausência da estimativa de preço, como impõe o § 2º do referido dispositivo, tal não se confunde com a pesquisa de preços, ou seja, com a hipótese da alínea “e” do inciso VI: “pesquisa realizada com os potenciais fornecedores”.



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIIDADE

Nada obstante, o § 2º, do art. 1º, do Decreto estadual nº 46.991/2020, que dispõe sobre as regras de dispensa de licitação para as contratações decorrentes do coronavírus, prevê que a estimativa de preços deverá ser obtida, “sempre que possível”, mediante 3 fontes.

Em que pese, o art. 4º do inciso VI da Lei 13.979/2020, versar sobre como deve ser constituída a estimativa de preços, o §2º do mesmo artigo dispensa por excepcionalidade a estimativa preços mediante justificativa da autoridade competente, tendo em vista a necessidade de enfrentamento emergencial que o caso requer, sendo um procedimento compulsório neste quadro atípico, AUTORIZO início dos procedimentos sem a pesquisa de mercado.

GABRIELL NEVES

Subsecretário Executivo

Rio de Janeiro, 03 de abril de 2020"

Note-se que a "justificativa" na verdade consiste, em sua maior parte, em incursões contraditórias e praticamente ininteligíveis nos textos das normas federal e estadual já mencionadas acima, sem esclarecer a posição do subscritor sobre a existência ou não da obrigatoriedade legal de proceder à estimativa de preços ou de apresentar devida justificativa. Tudo isso para desaguar, nas últimas três linhas, na afirmação apodítica de que "*tendo em vista a necessidade de enfrentamento emergencial que o caso requer, sendo um procedimento compulsório neste quadro atípico, AUTORIZO início dos procedimentos sem a pesquisa de mercado.*"

Ora, tendo em vista que o próprio Termo Referencial Simplificado indicava, de maneira genérica, que o contrato teria por escopo a *Construção e instalação do Hospital de Campanha*, a *Contratação de serviços terceirizados*, a *Locação de equipamentos*, a *Contratação de pessoal*, e, por fim, a *Administração do centro médico*, pergunta-se: quais dentre os inúmeros insumos que compõem estes itens são insuscetíveis de estimativa de valor de mercado? Quais obstáculos intransponíveis impediram que o gestor público



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIIDADE

consultasse quaisquer das fontes indicadas no inciso VI do art. 4º-E da Lei n. 13.979/2020? Não seria possível, pelo menos, a análise comparativa de custos de instalação de leitos de campanha contratados por outros entes federativos na mesma situação?

A ausência de respostas nos autos para tais questionamentos revelam a evidente inutilidade da justificativa apresentada. E isso em ajuste cujo valor se aproxima de R\$ 1 bilhão de reais, sem qualquer parâmetro de aferição da economicidade da contratação.

Surpreende, ainda, a constatação de a mesma justificativa - *ipsis litteris* - ter sido utilizada numerosas vezes e de forma linear em outros processos de contratação, a denotar, pela facilidade de transposição a situações fundamentalmente diversas, consistir ela em verdadeira fórmula vazia de conteúdo. Confira-se, assim, v.g, os SEI-080001/008185/2020, SEI-080001/008183/2020, SEI-080001/008164/2020 e SEI-080001/008155/2020.

Conclui-se, neste ponto, que a prática disseminada e reiterada da Subsecretaria Executiva da SES de dispensar, sem a devida justificativa, os procedimentos de estimativa de preços previamente à contratação impõe riscos insuportáveis ao Estado do Rio de Janeiro, seja pela probabilidade alta de implemento, seja pela gravidade da lesão pendente, porquanto as contratações listadas no documento anexo, em seu conjunto, aproximam-se do montante de R\$ 1.5 bilhão de reais.

CONCLUSÃO E PROPOSIÇÕES

A análise individualizada dos processos que certamente sobrevirá demonstrará, ainda, uma série de outras desconformidades materiais e procedimentais nas contratações emergenciais da SES. Há, com efeito, processos inaugurados sem requisição do órgão competente; ausência de justificativa na escolha de contratadas; processos



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROIBIDADE

encerrados sem conclusão, sucedidos por novos processos com o mesmo objeto; adiantamentos de pagamentos. Tudo isso, por óbvio, deverá ser apurado em regulares procedimentos administrativos, com observância do contraditório e da ampla defesa e no seu devido tempo.

Sem embargo, a apuração preliminar procedida nos diversos processos da SES apontados no documento anexo autoriza este Núcleo a sugerir ações imediatas e ao alcance da direção superior da Administração Pública para remediar as três principais irregularidades acima constatadas: o déficit de publicidade, a supressão da análise de regularidade jurídica e a indevida dispensa de estimativa preços nos processos de contratações emergenciais sem licitação de bens e serviços necessários ao combate à pandemia do coronavírus.

Consideramos, com efeito, que além das providências indispensáveis de apuração de responsabilidades e quantificação dos danos eventualmente infligidos - notadamente, as sindicâncias administrativas e auditorias contratuais - podem e devem ser adotadas *medidas de gestão administrativa* imediatas que visem a sanar os vícios materiais e processuais ora suscitados, impedindo que o dano ao patrimônio público se concretize ou se agrave.

Enumeram-se, destarte, as seguintes proposições:

a) No que se refere à publicidade das contratações, sugere-se o encaminhamento à SES de recomendação de levantamento das restrições de acesso a todos os processos de licitações e contratos, físicos ou eletrônicos, ressalvadas as restrições justificadas expressamente na Lei de Acesso à Informação. Sugere-se, igualmente, recomendar-se à SES a dar pleno cumprimento ao artigo Art. 4º, § 2, da Lei n. 13.979/2020, fazendo publicar as informações referidas no dispositivo em sítio oficial



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROBIIDADE

específico da própria Secretaria ou, pelo menos, nas bases de consulta pública do Portal SIGA, imediatamente após a celebração das contratações diretas emergenciais.

b) No tocante à atuação da Subsecretaria e a Assessoria Jurídica da SES em referidos processo, sugerimos o encaminhamento de recomendação à referida Secretaria de adoção de providências que garantam a fiel observância dos dispositivos da Lei estadual n. 5.414/2009, em especial, a obrigatoriedade de submissão prévia ao órgão jurídico dos processos de licitação e contratação direta da Pasta, com a ressalva de que, na hipótese de comprovada impossibilidade, referidos autos devem ser encaminhados na primeira oportunidade.

c) Em relação às estimativas de preços - de certo o mais relevante dos pontos abordados nesta promoção - sugerimos seja recomendado à SES:

c.1) primeiramente, a revisão de todos os processos de contratação direta da Covid-19, com o fim de realizar, naqueles em que ela não tiver se verificado, efetiva estimativa de preços com base no art. 4º-E, §1º, inciso VI, da Lei Federal nº 13.979/2020 e no art. 1º, § 2º, do Decreto n. 49.991/2020, ou, em caso de impossibilidade, a apresentação justificativa circunstanciada de sua dispensa.

c.2) realizada a estimativa de preços e constatada a celebração de contrato por valores superiores ao estimado, deve o gestor verificar se a diferença decorre de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que, mediante circunstanciada justificativa da vantajosidade da manutenção, poderá ser convalidada a contratação, nos termos do art. 4º-E, §3º, da Lei Federal nº 13.979/2020 e do art. 52 da Lei estadual 5.427/09.

c.3) na hipótese de constatação de sobrepreço, ressalvada a hipótese de manutenção da contratação referida no item 'c.2' acima, deve o gestor adotar todas as providências para o ressarcimento dos valores em excesso já despendidos, inclusive mediante glosa/retenção cautelar de pagamentos vincendos ou pendentes, ou, em caso de prévio exaurimento do contrato, suscitar o ajuizamento de medida judicial à Procuradoria



PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
COORDENADORIA, CONSULTORIA E ADVOCACIA PREVENTIVA DO SISTEMA JURÍDICO
NÚCLEO DE CONTENCIOSO ESTRATÉGICO E DEFESA DA PROIBIDADE

Geral do Estado para o ressarcimento. Nos contratos de execução diferida, deve o gestor avaliar a vantajosidade de se manter a contratação, sobretudo à luz do princípio da continuidade dos serviços públicos. Caso pretenda manter a avença, deverá questionar ao particular contratado se ele concorda com a readequação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao preço obtido na estimativa de preços, devendo abarcar, inclusive, o ressarcimento de valores em excesso já recebidos. Em caso positivo, poderá ser celebrado termo aditivo para convalidação do contrato, consoante art. 52 da Lei estadual 5.427/09. Caso o gestor não considere vantajosa a manutenção do contrato ou o particular não concorde com a readequação do preço, deve o gestor instaurar processo administrativo em contraditório para fins de decretação de nulidade da contratação.

d) Por fim, submetemos ao critério de Vossa Excelência a sugestão de encaminhamento da presente promoção à Controladoria Geral do Estado, ao Tribunal de Contas do Estado e ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nas figuras de suas respectivas Chefias.

É o nosso opinamento, *sub censura*.

BRUNO BOQUIMPANI SILVA
Procurador do Estado

CLAUDIA COSENTINO FERREIRA
Procuradora do Estado

MARCELLE FIGUEIREDO DA CUNHA
Procuradora do Estado

PAULO ENRIQUE MAINIER DE OLIVEIRA
Procurador do Estado