



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE  
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS  
CONGÊNERES

**PARECER n. 00254/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU**

**NUP: 25000.040664/2020-94**

**INTERESSADOS: DIVISÃO DE ANÁLISE DE MERCADO PARA COMPRA DE INSUMOS  
ESTRATÉGICOS PARA SAÚDE - DIMEC/CGIES/DLOG/SE/MS  
ASSUNTOS: FORNECIMENTO DE INSUMOS**

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATAÇÃO POR DISPENSA. AQUISIÇÃO DE VENTILADORES PULMONARES. MINUTA PADRONIZADA. EXISTÊNCIA DE PARECER REFERENCIAL. SOLICITAÇÃO DE ANÁLISE ESPECÍFICA SOBRE CLÁUSULAS DE GARANTIA E PAGAMENTO.

- a) Nos termos da Lei nº 13.655/2018, na interpretação de normas sobre gestão pública, devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
- b) Diante do cenário de combate ao COVID-19, é necessário que velhas rotinas sejam revistas, quando prejudiciais ou impeditivas ao atendimento da missão precípua do gestor público de saúde, tendo em vista a prevalência de princípios como eficiência e dignidade da pessoa humana.
- c) A restrição à antecipação de pagamento não deve ser percebida em termos absolutos, podendo ser relativizada, notadamente quando o pagamento antecipado se mostrar vantajoso ao interesse público.
- d) Numa perspectiva econômica, a antecipação de pagamento pode mitigar riscos, incrementar a competitividade, fomentar a ampliação da oferta dos insumos e aparelhos necessários, além de induzir redução dos preços.
- e) É possível a previsão contratual de antecipação de pagamento, desde que seja justificadamente necessária ao atendimento da pretensão administrativa e acompanhada de medidas de garantia.

## **1. RELATÓRIO**

1. Trata-se de solicitação para análise de minuta de contrato a ser celebrado para com a empresa Magnamed, para fins de aquisição de ventiladores pulmonares a serem utilizados no enfrentamento da emergência em saúde pública de importância nacional relacionada ao COVID-19.

2. Em apertada síntese, diante da urgência que o caso requer, usaremos o teor do Despacho CGIES/DLOG/SE/MS ([0014223704](#)) para relato fático:

Encaminha-se o presente processo à CONJUR para fins de análise da minuta de contrato a ser celebrado para com a empresa Magnamed.

Referida contratação possui como escopo a aquisição de ventiladores pulmonares a serem utilizados no enfrentamento da emergência em saúde pública de importância nacional relacionada ao coronavírus.

Ademais, relata-se que o contrato a ser firmado com a empresa em questão abará apenas parte da necessidade de aquisição dos equipamentos em questão.

A presente demanda apresentada pela área técnica nos dá conta da atual demanda por 15.000 respiradores. Entretanto, cumpre esclarecer que, diante do crescente número de casos de coronavírus registrados no Brasil, é possível que esta demanda sofra alterações, de modo que este quantitativo seja ainda maior.

Não obstante ao acima mencionado, se faz mister relatar um breve panorama acerca da possibilidade de aquisição dos mencionados equipamentos, não apenas no Brasil, mas no mundo todo.

Conforme é possível inferir das notícias diariamente veiculadas em todos os meios de comunicação, há uma demanda extremamente alta por estes aparelhos, na medida em que os mesmos se fazem essenciais à manutenção da vida no combate à esta epidemia.

Com o fito de lastrear o aqui argumentado, segue anexo clipping contendo notícias aqui relatadas.

Foi também realizada pesquisa de mercado, por esta CGIES a fim de identificar eventuais fornecedores para os equipamentos em tela. Como resultado, verificou-se uma impossibilidade do mercado de atendimento à demanda do Ministério.

Face a esta situação extremamente atípica e peculiar, socorreu-se o DLOG de informações

prestadas pelo Ministério da Economia, que, por meio conversas informais, elencou os principais fabricantes para o referido insumo, possibilitando assim um contato direto entre este Ministério e os principais fabricantes nacionais para este produto.

A tentativa de aquisição deste insumo, entretanto, não se cingiu às tratativas aqui mencionadas. Foi também publicado chamamento público no sentido de buscar, junto ao mercado outras empresas hábeis a fornecer os equipamentos necessários. Entretanto, até o presente momento, não foi possível a contratação de todo o quantitativo necessário, haja vista, conforme já mencionado, a indisponibilidade do produto no mercado.

Ainda, por se tratar de situação de emergência, merece destaque o fato de que o tempo do qual dispõe este Ministério para a realização de contratações e tomada de decisões é escasso, haja vista que o bem a ser tutelado são vidas, que dependem destes aparelhos para sua manutenção, consoante explanado na justificativa do termo de referência colacionado no presente processo.

Diante destes fatos, **requer-se manifestação desta CONJUR acerca da minuta apresentada, notadamente no que concerne às cláusulas de garantia e pagamento.** Apenas a título informativo, traz-se a lume que fora utilizada como base a minuta padrão já validada pela AGU, tendo sido procedidas as alterações julgadas pertinentes de modo a adequá-la ao caso concreto. Tais modificações ocorreram, principalmente, naquelas cláusulas cuja análise fora expressamente solicitada. (Grifo nosso)

3. Merece ainda destaque, nos autos, os seguintes documentos, inseridos no SEI:

<a href="#">0014224118</a>	E-mail	31/03/2020	CGIES
<a href="#">0014224148</a>	E-mail	31/03/2020	CGIES
<a href="#">0014224166</a>	E-mail	31/03/2020	CGIES
<a href="#">0014224371</a>	Informação	31/03/2020	CGIES
<a href="#">0014224533</a>	Planilha Pesquisa de preço	31/03/2020	CGIES
<a href="#">0014224655</a>	Justificativa	31/03/2020	CGIES
<a href="#">0014224684</a>	Nota Técnica	31/03/2020	CGIES
<a href="#">0014224715</a>	Termo de Referência	31/03/2020	CGIES
<a href="#">0014226843</a>	Minuta de Contrato	31/03/2020	CGIES

4. A existência de minutas padronizadas, bem como do Parecer Referencial n. 00014/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, desta Consultoria Jurídica, tornam não obrigatório o envio para análise jurídica; contudo, como se depreende do Despacho CGIES/DLOG/SE/MS ([0014223704](#)), persiste dúvida jurídica sobre a cláusula de garantia e pagamento, na referida minuta.

5. É o sucinto relato.

## 2. DA ANÁLISE JURÍDICA

6. Diante da evidente urgência de atendimento e buscando o atendimento dos prazos de análise corretamente definidos pela Portaria nº 12/2020, da Consultoria-Geral da União, que indica o prazo de 24 horas para as manifestações jurídicas relacionadas à contratações diretas, em ações de enfrentamento ao COVID-19, pela alta prioridade do tema, ainda mais necessário realizar a análise solicitada da forma mais célere e objetiva possível.

7. Primeira observação que se faz necessária envolve a incompletude da minuta enviada. Tratando-se de hipótese de dispensa na qual, inclusive, já consta no processo a identificação do fornecedor pretendido, inexistente motivo para que a minuta esteja inconclusa, sem o preenchimento dos dados do fornecedor, do objeto pretendido, da vigência contratual, do preço a ser pago, da dotação orçamentária, entrega e recebimento do objeto, entre outras informações lacunosas na minuta enviada.

8. Mesmo com a referida e inadequada incompletude, como já existe o Parecer Referencial n. 00014/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, tratando sobre o processo de dispensa, nos termos inclusive do Despacho de envio CGIES/DLOG/SE/MS ([0014223704](#)), restringiremos nossa análise jurídica às cláusulas de garantia e pagamento, uma vez que a dúvida jurídica parece residir na possibilidade de antecipação de pagamento, descrita pelo documento.

9. Em relação à cláusula de pagamento (cláusula quinta) e de garantia (cláusula décima terceira), vale a transcrição de parte de seu texto:

### 5. CLÁUSULA QUINTA - PAGAMENTO

5.1. O pagamento será realizado no prazo máximo de até ..... (.....) dias, contados a partir do recebimento da Nota Fiscal ou Fatura, através de ordem bancária, para crédito em banco, agência e conta corrente, específica para recebimento de valores decorrentes da execução deste contrato, sendo os dados desta indicados pelo contratado.

5.1.1. Constatando-se, junto ao SICAF, a situação de irregularidade do fornecedor contratado, deverão ser tomadas as providências previstas no art. 31 da Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018.

5.2. O pagamento dos valores devidos em decorrência da execução do objeto do presente contrato apenas será liberado após a emissão de relatório a ser realizado pelo fiscal do contrato, o qual atestará a correspondência entre os valores a serem pagos e os objetos entregues.

5.3. O pagamento poderá ocorrer de forma antecipada a pedido da contratada, e corresponderá a até 45% (trinta e cinco por cento) do valor total previsto em contrato para cada item.

5.3.1. Face a realização do pagamento de forma adiantada, tem-se que os pagamentos subsequentes apenas dar-se-ão após o recebimento do quantitativo de bens correspondente ao adiantamento realizado.

5.3.2. Os valores correspondentes aos bens remanescentes dar-se-ão normalmente nos termos estipulados no item 5.1.

5.3.3. Em caso de inadimplemento total ou parcial por parte do contratado, este fica obrigado a restituir, no prazo máximo de XX dias, a totalidade do valor que lhe fora adiantado na ocorrência de inadimplemento total, ou, parcialmente, descontados os valores devidos referentes à parcela do objeto entregue, caso o inadimplemento seja parcial.

5.3.4. A devolução deverá ocorrer por meio de depósito a ser realizado por meio de pagamento de guia de recolhimento da união (GRU) cuja emissão dar-se-á pela contratante.

5.3.5. A devolução dos valores pagos antecipadamente não impede a aplicação das sanções previstas neste instrumento contratual.

(...)

## 11. CLÁUSULA DÉCIMA-TERCEIRA - DA GARANTIA DE EXECUÇÃO

11.1. A Contratada, no prazo de ..... (.....) dias após a assinatura do Termo de Contrato, prestará garantia no valor correspondente a ..... (.....) do valor do Contrato, que será liberada de acordo com as condições aqui previstas, conforme disposto no art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, desde que cumpridas as obrigações contratuais.

11.2. Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

11.2.1. caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

11.2.2. seguro-garantia;

11.2.3. fiança bancária.

11.3. A garantia em dinheiro deverá ser efetuada em favor da Contratante, na Caixa Econômica Federal, com correção monetária, em favor do contratante.

11.4. No caso de alteração do valor do contrato, ou prorrogação de sua vigência, a garantia deverá ser readequada ou renovada nas mesmas condições.

11.5. Se o valor da garantia for utilizado total ou parcialmente em pagamento de qualquer obrigação, a Contratada obriga-se a fazer a respectiva reposição no prazo máximo de .....(.....) dias úteis, contados da data em que for notificada.

11.6. A Contratante executará a garantia na forma prevista na legislação que rege a matéria.

11.7. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente. (artigo 56, §4º da Lei nº 8666/93).

11.8. A garantia ficará retida até que o quantitativo total do objeto seja entregue. Caso o objeto do presente contrato não tenha sido entregue até o último dia de vigência da garantia, tem-se que a mesma será executada a fim de garantir a restituição dos valores anteriormente adiantados.

10. No que tange ao item 5.1.1, refletido também nos subitens 5.4 a 5.13, relacionas à aferição das exigências habilitatórias previstas no SICAF, convém reiterar que as condições de habilitação, para contratações realizadas com base na Lei nº 13.979/2020, possuem um regime jurídico peculiar, com a bem-vinda relativização dessas exigências burocráticas, notadamente em relação à aquisição de bens para pronta entrega.

11. Sobre esse tema, sugerimos a leitura dos Pareceres Referenciais recentemente aprovados por esta Consultoria Jurídica, notadamente o Parecer Referencial n. 00014/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU.

12. Em relação ao item 5.2, não há maiores restrições a seu texto.

13. O item mais sensível e, possivelmente, objeto maior da dúvida jurídica envolve a possibilidade de pagamento antecipado prevista pelo item 5.3 e seus subitens, complementados pela cláusula décima terceira, que trata sobre as garantias.

14. Pois bem, a possibilidade de antecipação de pagamento é um dogma sensível no âmbito das contratações públicas. Há certa restrição a este procedimento, sedimentada pela Administração, na legislação tradicional e na jurisprudência pátria.

15. O TCU tem entendido que é vedado o pagamento à vista por licenças de software ainda não ativadas, pelo raciocínio de que, nesse tipo de aquisição, o momento da entrega definitiva é o da ativação da licença. Segundo o TCU, as normas de direito financeiro impõem que a liquidação das despesas seja realizada por ocasião da entrega definitiva do bem ou da realização do serviço ([Acórdão 2569/2018 Plenário](#)).

16. Mas o próprio TCU não estabelece essa vedação como um dogma intransponível. Neste sentido, admite a inclusão de cláusula de antecipação de pagamento fundamentada no art. 40, inciso XIV, alínea d, da Lei 8.666/1993, precedida de estudos que comprovem sua real necessidade e economicidade para a Administração Pública” (Acórdão 1826/2017 Plenário).

17. Em nossa opinião, com base na própria legislação e, sobretudo, nos princípios que conformam a atividade administrativa, como eficiência, e no necessário respeito à dignidade da pessoa humana, a vedação ao pagamento antecipado não pode ser compreendida em termos absolutos.

18. Muitas vezes, o pagamento antecipado pode ser vantajoso ou até necessário ao atendimento da necessidade administrativa, de maneira eficiente. Em situações como a atualmente vivenciada, a manutenção deste dogma (vedação à antecipação de pagamento) pode impedir ou retardar o atendimento da pretensão administrativa, prejudicando a proteção a milhares de vidas humanas, afrontando o direito à vida, consagrado como fundamental em nossa ordem jurídica constitucional.

19. Oportuno frisar que, em algumas situações, a antecipação de pagamento é natural ao mercado específico no qual se insere a pretensão contratual da Administração. Ademais, numa perspectiva econômica, a antecipação de pagamento pode mitigar riscos (como o do inadimplemento da administração), repercutindo em ampliação da competitividade e oferta de preços menores, o que traz vantagens ao interesse público.

20. Nesse prumo, parece acertada a Orientação Normativa da AGU, sobre o tema, ao admitir, embora com ressalvas, a antecipação do pagamento:

“A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios:

- 1) Represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos;
- 2) Existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e
- 3) Adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da Lei nº 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo contratado, entre outras.” (Orientação Normativa nº 37, de 13 de dezembro de 2011).

21. A presente demanda administrativa, pelo que infere da realidade e das informações acostadas aos autos, envolve não apenas a urgência da contratação para salvar vidas, mas a necessidade de uma vultosa quantidade dos equipamentos pretendidos, o que contrasta com uma grave restrição de oferta no mercado para esses bens. Este quadro não pode ser desprezado pelo operador do Direito!

22. Embora fuja à análise jurídica a ponderação sobre a necessidade ou eficiência econômica das propostas de garantias indicadas pelo item 5.3 e seus subitens, parece-nos ter tais disposições atendido aos critérios sugeridos pela Orientação Normativa nº 37/2011, da AGU.

23. De qualquer forma, a exigência de garantia disposta pela minuta contratual envolve o regime de garantia ordinário da Lei nº 8.666/93. Embora a minuta não tenha indicado o percentual, convém observar que a Lei admite um percentual de até **5%** (§2º do artigo 56), admitindo que para fornecimentos de grande vulto, envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, o limite de garantia possa ser elevado para até **dez por cento** do valor do contrato (§3º do artigo 56).

24. O setor técnico, de acordo com uma análise do risco financeiro, mas também na necessidade de contratação diante da restrição de mercado identificada, deve avaliar o percentual adequado a ser exigido a título de garantia, justificando-o nos autos.

25. Convém registrar, diante da baixa oferta e da ampliada demanda administrativa, tem ocorrido, inclusive, certa disputa entre setor público e privado, ou mesmo entre órgãos públicos de unidades federativas diferentes, pela aquisição de aparelhos e insumos necessários ao enfrentamento do COVID-19. Condições desvantajosas para o mercado (como a obrigatoriedade de pagamento apenas *a posteriori*) tenderão a dificultar a aquisição desses aparelhos pelo setor público. Nesse prumo, por exemplo, outras unidades federativas, como o Estado de Sergipe, já vêm expressamente autorizando a realização de pagamento antecipado, diante da restrição de disponibilidade no mercado (Vide Decreto Estadual de Sergipe nº 40.567/2020).

26. Também assim, o Estado do Espírito Santo, percebendo as restrições de oferta e a necessidade crescente de insumos e aparelhagem para o enfrentamento da crise, aprovou a Lei Complementar nº 946, que, dispondo sobre procedimento para as contratações e outras medidas para enfrentamento da calamidade de saúde pública e estado de emergência decorrentes do novo coronavírus (COVID-19), entre outras coisas, permite o pagamento antecipado:

Art. 11. Os contratos de que trata esta Lei Complementar poderão, justificadamente, prever parcela de pagamento antecipado limitada a 50% (cinquenta por cento) do valor contratado.

Parágrafo único. Poderá haver antecipação integral da parcela na hipótese de inviabilidade da contratação, mediante declaração formal da autoridade competente do órgão contratante.

27. As contratações públicas estão sendo e continuarão a ser impactadas pelos reflexos na economia e também pelas ações de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrentes do coronavírus.

28. A possibilidade de pagamento antecipado, algo rotineiro em transações privadas, embora amplie risco de inadimplemento por parte do particular, deve ser vista, sob o prisma econômico, como um estímulo à ampliação das ofertas de fornecedores.

29. Em um momento como o vivenciado nesta peleja de combate à epidemia do COVID-19, a antecipação de pagamento pode ser uma medida econômica necessária para fomentar o aumento da oferta e redução dos preços dos produtos que se deseja adquirir, superando também resistências que algumas empresas possuem em fornecer para o Poder Público.

30. O Direito Administrativo, enquanto disciplina que regula as relações jurídicas administrativas entre Administração e administrado, é um instrumento necessário para a resolução de dilemas vivenciados pelos agentes públicos e particulares, nessas relações contratuais. Alguns dos principais dilemas, sem dúvida, envolvem os impactos econômicos gerados nas contratações públicas, por esse período de crise. A adequada compreensão deste direito e a solução para tais dilemas não pode ser alcançada com desprezo à realidade social ou sem uma percepção econômica sobre os fatos em análise.

31. Em acréscimo, vale lembrar que a própria Lei nº 8.666/93, em seu artigo 15, define que as compras públicas devem "submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado", sendo cediço que, no âmbito privado, é comum a aquisição com antecipação de pagamento, notadamente quando há restrição de oferta frente à demanda.

32. Por fim, urge que a tomada de decisão administrativa seja feita de acordo com as diretrizes definidas pela Lei nº 13.655/2018, que, ao acrescentar o artigo 22 ao Decreto-Lei nº 4.657/1942, definiu que "Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados".

33. A solução adequada deve se dar através do devido planejamento e o estabelecimento de regras claras, que busquem condições vantajosas e seguras para a Administração Pública, na busca não apenas do interesse público secundário ou na preservação de "responsabilidades", por seus agentes, mas antes, priorizando o interesse público primário de atendimento às demandas necessárias ao enfrentamento deste momento de crise.

### **3. DA CONCLUSÃO**

34. Ante o exposto, no que tange à análise das regras de garantia e pagamento, com possibilidade de pagamento antecipado, firmamos as seguintes orientações jurídicas:

a) Nos termos da Lei nº 13.655/2018, na interpretação de normas sobre gestão pública, devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

b) Diante do cenário de combate ao COVID-19, é necessário que velhas rotinas sejam revistas, quando prejudiciais ou impeditivas ao atendimento da missão precípua do gestor público de saúde, tendo em vista a prevalência de princípios como eficiência e dignidade da pessoa humana.

c) A restrição à antecipação de pagamento não deve ser percebida em termo absolutos, podendo ser relativizada, notadamente quando o pagamento antecipado se mostrar vantajoso ao interesse público.

d) A antecipação de pagamento pode mitigar riscos, incrementar a competitividade, fomentar a ampliação da oferta dos insumos e aparelhos necessários, além de induzir redução dos preços.

e) É possível a previsão contratual de antecipação de pagamento, desde que seja justificadamente necessária ao atendimento da pretensão administrativa e seja acompanhada de medidas de garantia, nos termos da ON 37/2011 da AGU.

35. Diante de tais premissas, as justificativas técnicas juntadas aos autos e a necessidade de medidas céleres e eficientes nas ações de combate ao COVID-19, não identificamos óbice ao texto apresentado para as minutas, notadamente em relação aos trechos de pagamento e garantia (pagamento antecipado), objeto específico de nossa análise.

36. No que tange ao processo de contratação por dispensa em si, desnecessária a análise obrigatória, exceto caso persista alguma dúvida, tendo em vista a emissão do Parecer Referencial n. 00014/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU

À consideração superior.

Brasília, 01 de abril de 2020.

RONNY CHARLES LOPES DE TORRES  
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) 25000040664202094 e da chave de acesso b212d1a8

---

Documento assinado eletronicamente por RONNY CHARLES LOPES DE TORRES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 402436024 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RONNY CHARLES LOPES DE TORRES. Data e Hora: 01-04-2020 14:11. Número de Série: 58639075122848610471040938922. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

---