

GRUPO II – CLASSE III – Plenário  
TC 006.851/2021-5  
Natureza: Consulta  
Órgão/Entidade: Ministério da Saúde  
Representação legal: não há

SUMÁRIO: CONSULTA FORMULADA PELO MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE SOBRE A MELHOR EXEGESE A RESPEITO DOS ARTS. 2º DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.003/2020 E 12 DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.026/2021, QUE FORAM, RESPECTIVAMENTE, CONVERTIDAS NAS LEIS 14.121/2021 E 14.124/2021.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de consulta protocolada pelo Ministro de Estado da Saúde Eduardo Pazuello, consubstanciada nos seguintes termos:

*“1. As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 garantem validade para cláusulas que seriam, de outra forma, consideradas inválidas pela teoria geral dos contratos, seja por disposição legal expressa, seja por violação à ordem pública?”*

*2. As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 ou ainda o regramento dos arts. 439 e 440 do Código Civil possibilitam que a autoridade contratante preveja, de forma válida, no instrumento contratual disposições que estejam fora da esfera de atribuições, tais como a aprovação de leis ou a expedição de atos de incumbência de outros ministérios?*

*a. Em caso positivo, tais disposições possuem a natureza de obrigação (de modo que executáveis), de promessa de terceiro (gerando direito a indenização no caso de não execução) ou não produzem efeito algum?*

*3. As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 possibilitam o afastamento de normas contrárias que não possuem natureza contratual?*

*a. É permitido o afastamento de normas de caráter processual, tais como as previstas na Lei nº 9.784/99 e no Código de Processo Civil?*

*b. É permitido o afastamento de normas de caráter patrimonial-administrativo, tais como as previstas no Código Civil?*

*c. É permitido o afastamento de normas de caráter financeiro-orçamentário, tais como as previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal ou na Lei nº 4.320/64?*

*d. É permitido o afastamento de normas relativas à responsabilidade extracontratual para com terceiros não-contratantes, tais como as previstas no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor?*

*e. É permitido o afastamento de normas de caráter internacional, tais como as previstas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas?*

*4. É admissível que, em um contrato de fornecimento de vacinas, o Poder Público assumam a integralidade ou a quase integralidade dos riscos contratuais na alocação de riscos prevista? a.*

*Considerando a situação delicada envolvida, qual deve ser a análise de riscos a ser feita pelo gestor ao decidir pela admissibilidade ou não de certas cláusulas de alocação de riscos?"*

2. O auditor da SecexSaúde se manifestou da seguinte forma – instrução transcrita parcialmente com os ajustes pertinentes:

*“EXAME DE ADMISSIBILIDADE*

3. *A presente consulta deve ser conhecida, vez que formulada por autoridade que possui legitimidade para tanto, acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência deste Tribunal, de modo que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do TCU.*

*EXAME TÉCNICO*

4. *Inicialmente impende destacar que as normas sobre as quais foram suscitadas as dúvidas na presente consulta tratam de medidas provisórias, as quais, por força do artigo 62 da CRFB, têm força de lei.*

5. *A consulta tem por objeto dúvidas relacionadas à aplicação do artigo 12 da Medida Provisória (MP) 1026/2021 e o artigo 2º, caput, da Medida Provisória 1.003/2020.*

6. *Importante destacar que a MP 1026/2021 dispõe sobre medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços de diversas naturezas destinados à vacinação contra Covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19. A MP 1.003/2020, por sua vez, tem objeto mais específico, relacionado à autorização do Poder Executivo federal a aderir ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-29- Covax Facility.*

7. *Cabe salientar que a MP 1.003/2020 foi convertida na Lei 14.121 em 1º de março de 2021. A MP 1026/2021, por sua vez, em sessão deliberativa de 2/3/2021, teve seu projeto de lei de conversão aprovado e foi remetido para sanção presidencial.*

← → ↻ [congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/146154](https://congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/146154)

Tramitações no Congresso Nacional
  Tramitações na Câmara dos Deputados
  Tramitações no Senado Federal

05/03/2021	SF-SEXPE - Secretaria de Expediente
Situação:	REMETIDA À SANÇÃO
Ação:	Remetido Ofício CN nº 31, de 05/03/21, ao Senhor Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, encaminhando a Mensagem CN nº 6/21, ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, submetendo à sanção presidencial autógrafos do Projeto. Remetido Ofício CN nº 32, de 05/03/21, ao Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, comunicando que o Projeto foi encaminhado à sanção presidencial.
	<a href="#">MPCN 6/2021</a> <a href="#">OFCN 31/2021</a> <a href="#">OFCN 32/2021</a> <a href="#">Autógrafo - PLV 1/2021</a>
04/03/2021	SF-SEXPE - Secretaria de Expediente
Ação:	Anexado o texto revisado.
	<a href="#">Minuta de autógrafa - MPV 1026/2021</a>
02/03/2021	PLEN - Plenário do Senado Federal
Situação:	APROVADO O PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO
Ação:	(Sessão Deliberativa Semipresencial realizada em 02/03/2021) Encaminhadas à publicação as Emendas nº 157 a 164. Proferido pelo Senador Randolfe Rodrigues, o Parecer nº 20, de 2021-PLEN-SF, concluindo pela aprovação do Projeto de Lei de Conversão nº 1, de 2021, e das Emendas nºs 165, 166, 167, 168 e 169, de redação, que apresenta, e pela rejeição das Emendas nºs 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163 e 164 -PLEN. Aprovados, conjuntamente, os pressupostos constitucionais de relevância e urgência, adequação financeira e orçamentária e pertinência temática da matéria; e o Projeto de Lei de Conversão com emendas, de redação, nos termos do Parecer nº 20, de 2021-PLEN/SF, com o seguinte resultado: Sim - 73; Não - 0; Presidente - 1; Total - 74. Ficam prejudicadas a Medida Provisória e as emendas a ela apresentadas. As adequações de técnica legislativa serão apostas aos autógrafos, dispensada a redação final. A matéria vai à sanção. Será feita a devida comunicação à Câmara dos Deputados.
	<a href="#">P.S 20/2021 - PLEN</a> <a href="#">Listagem ou relatório descritivo</a>
02/03/2021	PLEN - Plenário do Senado Federal
Ação:	Encerrada a relatoria do Senador Randolfe Rodrigues por deliberação da matéria.
02/03/2021	PLEN - Plenário do Senado Federal
Ação:	Encerrada a apresentação de destaques, na sessão de hoje, para a matéria, às 16h.
02/03/2021	PLEN - Plenário do Senado Federal
Ação:	Leitura do parecer nº P.S 20/2021 - PLEN na sessão do SF nº8, em 02/03/2021.

Fonte: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/146154>, acesso em 7/3/2021.

8. *Feitas essas considerações iniciais, tem-se, portanto, que as dívidas suscitadas se referem ao disposto no artigo 2º da Lei 14.121/2021 e no artigo 12 da MP 1026/2021, que já está com seu projeto de lei de conversão aprovado, tendo sido encaminhado para sanção presidencial, cujo prazo vence em 25/3/2021.*

9. *O artigo 2º da Lei 14.121/2021 traz a seguinte redação:*

*‘Art. 2º Fica autorizado o Poder Executivo federal a aderir ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-19 (Covax Facility), administrado pela Aliança Gavi (Gavi Alliance), para adquirir vacinas seguras e eficazes contra a Covid-19, nos termos desta Lei.*

*§ 1º A adesão ao Covax Facility e a aquisição de vacinas no âmbito deste instrumento serão regidas pelas normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi, inclusive aquelas relativas à responsabilidade das partes, não aplicáveis as disposições da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, inclusive a realização de procedimentos licitatórios, da Lei no 10.742, de 6 de outubro de 2003, e de outras normas em contrário, ressalvadas as previstas nesta Lei.*

*§ 2º A adesão ao Covax Facility realizar-se-á por acordo de compromisso, na modalidade de acordo de compra opcional, e por contratos de aquisição dele decorrentes.*

*§ 3º A adesão ao Covax Facility não implicará a obrigatoriedade da aquisição das vacinas, que dependerá de análise técnica e financeira para cada caso, observadas as regras de reembolso dos valores aportados previstas no acordo de compromisso, na modalidade de acordo de compra opcional.*

*§ 4º Os estudos técnicos que embasarem as decisões favoráveis ou contrárias à aquisição de vacinas serão publicados imediatamente após sua conclusão, acompanhados da motivação das respectivas decisões.*

*§ 5º A adesão ao Covax Facility não prejudicará a adesão do Brasil a outros mecanismos para a aquisição de vacinas nem a aquisição destas por outras formas.*

*§ 6º Ficam autorizados os aportes de recursos financeiros exigidos para a adesão ao Covax Facility, incluindo a garantia de compartilhamento de riscos, e a aquisição de vacinas, conforme estabelecido no acordo de compromisso, na modalidade de acordo de compra opcional, e nos contratos de aquisição a serem celebrados.’*

10. *Conforme apresentado na exposição de motivos da MP 1.003/2020 (fonte: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8894294&ts=1614705785368&disposition=inline>, acesso em 4/3/2021), a Covax Facility é uma iniciativa apoiada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) a ser administrada pela Aliança Gavi (Gavi Alliance). E acrescenta:*

*‘No que tange à imunização da população, a COVAX Facility tem como objetivo acelerar o desenvolvimento e a fabricação de vacinas contra a Covid-19 seguras e eficazes, de modo a proporcionar o acesso igualitário a todos os países aderentes à iniciativa.*

*(...)*

*Caberá à COVAX Facility negociar com os fabricantes o acesso às doses das vacinas em volumes especificados, os cronogramas de entrega e os preços.*

*(...)*

*Ressaltamos que a adesão ao Instrumento COVAX Facility é mais uma das ações do governo na busca por vacinas seguras e eficazes contra a Covid-19, sendo muitas as vantagens da participação brasileira no Instrumento, como a mitigação de riscos, em cenário de alta incerteza sobre vacinas*

*contra a Covid-19, o potencial para negociar melhores termos com múltiplas empresas e melhores condições para garantir determinado nível de acesso a doses, em cenário de intensa competição.*

*Ocorre que em razão do modelo inédito do Instrumento COVAX Facility é necessário ajustar nosso ordenamento jurídico para possibilitar que seja feita a adesão do Estado Brasileiro a este instrumento. Para tanto é necessário dispensar a aplicação da Lei no 8.666, de 21 de junho 1993, e outras normas em contrário, já que não se trata de uma compra nos moldes previstos nesses normativos.*

*Desse modo, a adesão do Brasil ao Instrumento Covax Facility e a aquisição de vacinas por meio desse instrumento deverão observar as normas contratuais estabelecidas pela Gavi, sendo dispensada a realização de procedimentos licitatórios. A referida dispensa alcança também as aquisições futuras decorrentes do referido Instrumento.*

*Todavia, a dispensa da realização de procedimento licitatório não afastará a necessidade de processo administrativo com os elementos técnicos referentes à escolha e quanto à opção de compra por meio do Instrumento Covax Facility, que deverá ser instruído com justificativa do preço, além de atendimento às exigências sanitárias.'*

11. *No Parecer 2, do Plenário, sobre o Projeto de Lei de Conversão 43, de 2020, oriundo da Medida Provisória 1.003, de 2020, foram apresentados os seguintes argumentos para aprovação do projeto de lei de conversão da MP em tela (fonte: sítio <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8923248&ts=1614705786398&disposition=inline>, acesso em 4/3/2021):*

*'Quanto ao mérito, somos pela aprovação da matéria. A adesão ao Covax Facility é uma importante medida para assegurar um número adequado de vacinas contra a covid-19 para a população, que contará com mecanismos de negociação coletiva de preços que provavelmente os tornará vantajosos.*

*De fato, em todo o mundo, existe uma corrida científica e tecnológica para que a maior quantidade de formulações seja desenvolvida e esteja disponível no menor prazo possível, obedecendo-se aos requisitos indispensáveis de efetividade e segurança.*

*(...)*

*Para tentar atenuar esse problema mercadológico e promover uma distribuição mais equitativa dos lotes de vacinas produzidas entre os países, surgiu a iniciativa Covax, coordenada pela Aliança Gavi (Gavi Alliance1), a Coalition for Epidemic Preparedness Innovations (CEPI) e a Organização Mundial da Saúde (OMS).*

*O Covax Facility é uma plataforma colaborativa financiada pelos países que a ela aderirem, a qual apoia a pesquisa, o desenvolvimento e a fabricação de uma ampla gama de vacinas candidatas contra a covid-19, além de negociar seus preços.*

*A ideia principal de seu funcionamento é reunir os recursos de seus colaboradores para financiar simultaneamente vários projetos de desenvolvimento de vacina contra a covid-19 – monitorando os que são mais promissores, a partir da apresentação de evidências científicas – e também custear a ampliação da capacidade produtiva desses desenvolvedores, para que se aumente a chance de sucesso de obtenção desses imunizantes, com a rápida produção de um número adequado de doses.*

*Em troca, os países que aderirem ao Covax Facility garantem uma quantidade de doses para atender até 20% de suas respectivas populações, percentual que geralmente é suficiente para imunizar profissionais de saúde e grupos com maior risco de letalidade pela doença.*

*A integração do Brasil com instituições de prestígio internacional, como a Aliança Gavi e a OMS, deve ser vista de maneira positiva. Aliás, segundo a OMS, em setembro de 2020, mais de 170 países já haviam aderido à iniciativa Covax.*

*Assim, parece evidente que a iniciativa é fundamental para garantir o acesso da população às doses das vacinas que venham a ser desenvolvidas pelo empreendimento, que contará com mecanismos de negociação coletiva de preços que provavelmente os tornará vantajosos para os países aderentes.*

*No tocante à forma de contratação utilizada, isto é, o acordo de compromisso, na modalidade de acordo de compra opcional, o PLV está apenas adotando uma das modalidades oferecidas pelo próprio Covax Facility, o que ocorre de forma padronizada para todos os países participantes. É verdade que o afastamento total das leis de licitação pode gerar certo vácuo normativo, mas os contratos celebrados poderão suprir eventuais lacunas, de modo a garantir a necessária segurança jurídica à aquisição das vacinas.'*

12. *A leitura da exposição de motivos da MP 1.003/2020 e do parecer de aprovação do projeto de lei de conversão dessa MP permite concluir que a adesão ao Covax Facility seria uma medida de natureza excepcional e necessária para atender as necessidades de aquisição de vacinas contra a Covid-19.*

13. *Para viabilizar a participação do Brasil nessa iniciativa internacional, foi necessário, conforme destacado na exposição de motivos, dispensar a aplicação da Lei 8.666/1993 e de outras normas em contrário, para aplicar as normas contratuais estabelecidas pela Gavi e garantir a aquisição de vacinas por meio da Covax Facility.*

14. *Esse aspecto foi ponderado pelo legislador que, conforme exposto no parecer, entendeu que a iniciativa seria importante para garantir o acesso da população às doses das vacinas que venham a ser desenvolvidas pelo empreendimento. Assim, de acordo com o entendimento exposto no parecer, os contratos celebrados segundo as normas estabelecidas pela Aliança Gavi podem garantir a necessária segurança jurídica à aquisição de vacinas e suprir eventuais lacunas decorrentes do afastamento total das leis de licitação.*

15. *Resta evidente, portanto, que o legislador, por meio da Lei 14.121/2021, autorizou que o Poder Executivo federal aderisse ao Instrumento Covax Facility para adquirir vacinas seguras e eficazes contra a Covid-19, segundo as normas estabelecidas pela Aliança Gavi, com afastamento das disposições da Lei 8.666/1993 e de outras normas em contrário, ressalvadas as hipóteses previstas na própria lei ora tratada.*

16. *Essa situação é similar a que ocorreu com a Lei 12.462/2011, que tratou do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Conforme restou expresso no artigo 1º, § 2º, dessa norma, a opção pelo RDC, além de precisar constar expressamente no instrumento convocatório, resulta no afastamento das normas contidas na Lei 8.666/1993, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na referida lei.*

17. *Retornando à matéria objeto da consulta, artigo 2º da Lei 14.121/2021, somente por meio da Adesão ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-19 (Covax Facility) que a aquisição de vacinas será regida pelas normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi, não sendo, nesses casos, aplicáveis as disposições da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e de outras normas em contrário, ressalvadas as previstas na própria Lei 14.121/2021.*

18. *Nesse sentido, portanto, o disposto no artigo 2º da Lei 14.121/2021, resultante da conversão da MP 1.003/2020, afasta as disposições da Lei no 8.666/1993 e de outras normas que contrariem as normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi, nos casos de aquisições de vacinas contra Covid-19, apenas no âmbito da Covax Facility. Por conseguinte, a exceção de aplicação das normas em tela só pode ser utilizada nas compras de vacinas resultantes do Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-19, não se ampliando a outras hipóteses de aquisição de vacinas contra essa doença.*

19. Quanto à MP 1026/2021, que trata de medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços de diversas naturezas destinados à vacinação contra Covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra essa doença, em seu artigo 12 traz as seguintes disposições:

*‘Art. 12. O contrato ou o instrumento congênere para aquisição ou fornecimento de vacinas contra a covid-19, firmados antes ou após o registro ou a autorização de uso emergencial concedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, poderá estabelecer as seguintes cláusulas especiais, desde que representem condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço:*

*I - o eventual pagamento antecipado, inclusive com a possibilidade de perda do valor*

*II - hipóteses de não penalização da contratada; e*

*III - outras condições indispensáveis para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço.*

*§ 1o Quanto às cláusulas dos contratos e instrumentos de que trata o caput, aplica-se o disposto na Lei no 8.666, de 1993, no que couber.*

*§ 2o As cláusulas de que trata o caput são excepcionais e caberá ao gestor:*

*I - demonstrar que são indispensáveis; e*

*II - justificar a sua previsão.*

*§ 3o A perda do valor antecipado e a não penalização de que tratam os incisos I e II do caput não serão aplicáveis em caso de fraude, dolo ou culpa exclusiva do fornecedor ou contratado.*

*§ 4o Os contratos de que trata este artigo poderão ter, caso exigido pelo contratado, cláusulas de confidencialidade.*

*§ 5o Na hipótese de que trata o inciso I do caput, a administração pública deverá:*

*I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e*

*II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto, atualizado monetariamente pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, ou índice que venha a substituí-lo, desde a data do pagamento da antecipação até a data da devolução, exceto na hipótese de perda do pagamento antecipado.*

*§ 6o Sem prejuízo do disposto no § 5o, a administração pública deverá prever cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como:*

*I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente;*

*II - a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei no 8.666, de 1993, de até trinta por cento do valor do objeto;*

*III - a emissão de título de crédito pelo contratado;*

*IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da administração pública; e*

*V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.’*

20. A exposição de motivos da MP em tela (fonte: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8919585&ts=1614802190671&disposition=inline>, acesso em 4/3/2021) traz as seguintes ponderações acerca da norma objeto de consulta:

*‘A edição de referida Medida Provisória é de fundamental importância, na medida em que permitirá à administração pública, direta e indireta, celebrar contratos ou instrumentos congêneres, com dispensa de licitação, para aquisição, em especial, de vacinas contra a Covid-19 em fase de desenvolvimento e em momento prévio ao registro sanitário ou à autorização de uso excepcional e emergencial pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.*

*A motivação precípua para a adequação da legislação pátria decorre da evidente e inequívoca corrida mundial para o acesso a imunobiológicos, insumos, bens e serviços para o enfrentamento à pandemia de SARS-CoV-2, da extrema escassez da oferta e das poucas opções disponíveis de vacinas contra Covid-19. Ademais, insta aludir como razão basilar a premência de saúde pública de promover o acesso a vacinas em tempo oportuno.*

*Nesse contexto, a inadequação da legislação infraconstitucional vigente revela-se como óbice ao interesse público, mormente quanto à atuação estatal para prover vacinas à sua população, como uma medida de saúde pública indispensável e urgente para conter o avanço da pandemia. Dessarte, a Medida Provisória ora apresentada coaduna-se com o disposto no art. 62 da Constituição da República, de 1988, no que tange à edição de Medidas Provisórias, porquanto presentes os requisitos da relevância e urgência de sua edição.*

*Portanto, com intuito de dar maior dinamismo ao processo de aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços destinados à vacinação contra a Covid-19, a proposta de Medida Provisória em tela permitirá a flexibilização das normas de licitação, possibilitando que as partes estabeleçam os termos contratuais, notadamente as que versam sobre eventual pagamento antecipado, inclusive com a possibilidade de perda do valor antecipado, hipóteses de não penalização da contratada e outras condições indispensáveis para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço. Como regra, deverá ser obrigatória a elaboração de matriz de alocação de risco entre o contratante e o contratado, devendo a administração pública adotar as cautelas necessárias para reduzir os riscos de inadimplemento contratual. No que tange ao contrato, deverá também ser conferida transparência ativa às aquisições realizadas com fulcro na Medida Provisória, em observância, no que couber, aos requisitos da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011.*

*A contratação sugerida não afastará a necessidade de um adequado processo administrativo que contenha os elementos técnicos referentes à escolha da opção de contratação e à justificativa do preço, além de atender às exigências sanitárias impostas por lei.’*

21. *Por sua vez, o Parecer 20/2021, do Plenário, sobre o Projeto de Lei de Conversão 1, de 2021, oriundo da Medida Provisória 1.026, de 6 de janeiro de 2021 apresenta ponderações sobre a norma em tela (fonte: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8935477&ts=1614802194481&disposition=inline>, acesso em 4/3/2021) no seguinte sentido:*

*‘No âmbito da constitucionalidade formal, vimos que o PLV no 1, de 2021, cuida da aquisição de vacinas e insumos e do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19*

*Nos termos do art. 22, XXVII, da CF, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e também para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. O art. 24, XII, da CF prevê a competência legislativa concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios sobre proteção e defesa da saúde.*

*Dessa forma, constatamos inexistir qualquer impedimento quanto à constitucionalidade formal do PLV no 1, de 2021.*

*No que concerne à constitucionalidade material, vale lembrar que o caput do art. 37 da CF elenca os princípios que regem a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.*

*O inciso XXI do art. 37, da CF, por seu turno, estabelece que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, assegurando que o processo somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*

*De outro giro, o caput do art. 5º da CF assegura a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País o direito à vida. O caput do art. 6º da CF elenca o direito à saúde como direito social. O art. 23, II, da CF estabelece que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Por fim, o art. 196 da CF estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*

*O debate constitucional de fundo trazido pelo PLV no 1, de 2021, reside na necessidade de ponderação e harmonização entre o direito à vida e à saúde da população e a observância dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência na administração pública, especialmente quando esta realiza aquisições de bens e serviços, desafio enfrentado com êxito no PLV no 1, de 2021, o que atesta sua constitucionalidade material.*

*Não há problemas, ainda, quanto à juridicidade e à técnica legislativa do PLV no 1, de 2021.*

*O mérito da matéria é evidente. Vivemos situação emergencial, de calamidade em saúde pública, que impõe a máxima urgência na ação do Estado de imunização da população, para que pessoas deixem de adoecer e morrer no Brasil, e justifica plenamente o recurso à excepcionalização da regra geral de contratações na administração pública, prevista na parte inicial do inciso XXI do art. 37 da CF.'*

22. *A leitura dos documentos acima permite concluir que a situação emergencial de calamidade na saúde pública fundamentou a edição da MP 1026/2021, para adequar a legislação infraconstitucional vigente às necessidades impostas pelo mercado para as aquisições de vacinas, insumos e serviços de diversas naturezas para o combate à Covid-19.*

23. *Conforme destacado no parecer acima, a MP em tela veio atender a necessidade de ponderação e harmonização entre o direito à vida e à saúde da população e a observância dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência na administração pública nas aquisições de bens e serviços.*

24. *Situação similar se deu com a Lei 13.979/2020, que flexibilizou regras de licitações e contratos durante o período de pandemia, para fazer frente ao combate da Covid-19, bem como na Lei 14.065/2020, que ampliou hipóteses de pagamento antecipado e do uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), durante o período de calamidade pública decorrente da pandemia.*

25. *Tendo por base tais argumentos e salientando-se que o Parecer 20/2021, acima mencionado, fundamentou a aprovação do projeto de lei de conversão da MP 1026/2021 e foi aprovado em sessão deliberativa de 2/3/2021, faz-se as ponderações a seguir.*

26. *De acordo com o artigo 12 da MP 1026/2021, os contratos ou instrumentos congêneres a serem utilizados para aquisição de vacinas contra Covid-19 poderão dispor de cláusulas especiais*

*relacionadas ao pagamento antecipado, a não penalização da contratada e a outras que se mostrem indispensáveis à obtenção da vacina, desde que essa condição fique demonstrada no processo.*

27. *Ou seja, conforme disposto no caput do artigo 12 da MP 1026/2021, cláusulas que excepcionam a aplicação da Lei 8.666/1993, como as exemplificadas nos incisos I e II, podem ser adotadas, desde que reste demonstrado que se trata de condições indispensáveis à obtenção da vacina.*

28. *Nesse sentido que deve ser interpretado o disposto no § 1º dessa mesma norma, quando prescreve que o estabelecido na Lei 8.666/1993 será aplicado, no que couber, às cláusulas dos contratos e instrumentos tratados no caput.*

29. *Ou seja, a Medida Provisória em tela não está autorizando, por meio dessa prescrição, que a Lei 8.666/1993 seja excepcionada em qualquer situação. Na verdade, ela só poderá ser afastada, se e somente se a situação de exceção se mostrar indispensável à obtenção da vacina, ou seja, sem ela a aquisição da vacina fica inviabilizada pela administração pública.*

30. *Para garantir que o interesse público está sendo resguardado, faz-se necessário deixar comprovado no processo que a aquisição das vacinas fica inviável se as hipóteses de exceção da Lei 8.666/1993 não estiverem presentes. Ademais, em caso de subsunção da condição excepcional a uma das hipóteses listadas nos incisos I e II, deverá também ser atendido o disposto nos parágrafos 3º, 5º e 6º dessa mesma norma.*

31. *Tendo por base o raciocínio exposto, parte-se para abordar especificamente cada uma das perguntas submetidas em sede da presente consulta.*

32. *A primeira delas questiona se as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput, da MP 1.003/2020, que foi convertido no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021, possibilitariam normas contratuais vedadas inclusive na esfera privada ou apenas afastam as restrições típicas de contratações estritamente administrativas.*

33. *Nesse questionamento, o consulente apresenta hipóteses de condição resolutive ao puro arbítrio da contratada (fabricante privada das vacinas), bem como de cláusula de não indenizar em benefício da contratada, com o objetivo de saber se elas estariam amparadas pela autorização dada nos mencionados dispositivos normativos.*

34. *Sobre tais hipóteses e em quaisquer outras que possam ocorrer nos casos concretos, que venham a contrariar o disposto na Lei 8.666/1993 ou em qualquer outra norma que regule os contratos administrativos, cabe, mais uma vez, destacar que o artigo 12 da MP 1.026/2021 autoriza normas contratuais que se afastem das regras prescritas na Lei 8.666/1993, como, por exemplo, hipóteses de pagamento antecipado e de não penalização da contratada, apenas quando tais normas contratuais se mostrarem indispensáveis à obtenção da vacina contra Covid-19. Nesse caso, a situação deverá ser justificada e devidamente demonstrada no processo. Além disso, em casos de previsão de pagamento antecipado e de isenção de penalização à contratada, deverá também ser observado o disposto nos parágrafos 3º, 5º e 6º dessa mesma norma.*

35. *Por sua vez, com relação ao disposto no artigo 2º, caput, da MP 1.003/2020, que foi convertido no artigo 2º da Lei 14.121/2021, como demonstrado em parágrafos anteriores, autoriza que sejam afastadas regras da Lei 8.666/1993 e de outras normas que contrariem as normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi, apenas para os casos de aquisições de vacinas contra Covid-19 no âmbito da Covax Facility.*

36. *Portanto, para responder à primeira pergunta submetida à presente consulta, tem-se o seguinte posicionamento: o artigo 12 da MP 1.026/2021 e o artigo 2º, caput, da MP 1.003/2020, que foi convertido no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021, não dão autorização ampla de afastamento de regras estabelecidas na Lei 8.666/1993, nem de qualquer outra norma contratual, em sede de*

*contratos administrativos firmados para obtenção de vacinas contra Covid-19, mas apenas nas estritas hipóteses neles previstas, a saber: a) nos contratos para aquisição de vacinas contra Covid-19, somente poderão ser excepcionadas as regras da Lei 8.666/1993, se essa condição se mostrar indispensável à obtenção da vacina, de forma justificada e registrada no correspondente processo de aquisição e, nas hipóteses de pagamento antecipado e de não penalização da contratada, deverá também ser observado o disposto nos parágrafos 3º, 5º e 6º do artigo 12 da MP 1.026/2021; b) para aquisição de vacinas contra Covid-19 no âmbito da Covax Facility, tanto as regras estabelecidas na Lei 8.666/1993 quanto as previstas em outras normas contratuais do ordenamento jurídico pátrio poderão ser afastadas, se vierem a contrariar as normas estabelecidas pela Aliança Gavi.*

37. *A segunda pergunta questiona se as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2o, caput, da MP 1.003/2020, que foi convertido no artigo 2o, caput, da Lei 14.121/2021, possibilitariam normas contratuais que tratam de competências de outras autoridades ou até de outros poderes da República.*

38. *Nessa questão objeto da consulta, o consulente quis saber se os dispositivos normativos mencionados possibilitariam a extensão da abrangência interpartes, ou seja, se tornaria possível a presença de previsões que trouxessem obrigações ao Poder Público de aprovação de leis específicas ou de realização de outros atos que, a priori, possam ir além da competência da autoridade signatária.*

39. *Sobre esse ponto é importante destacar que as normas objeto de questionamento na consulta nada tratam a respeito da temática objeto dessa segunda pergunta. Ademais, cabe destacar que, por força do disposto no artigo 84, inciso VI, da CRFB, cabe ao Presidente da República, mediante decreto, dispor sobre “organização e funcionamento da administração federal”. Do mesmo modo se pode falar das competências dos poderes da República, as quais estão definidas na própria Constituição Federal.*

40. *Nesse sentido, pode-se concluir que não é matéria de lei ou de medida provisória definição de competências de cargos do Poder Executivo federal ou de poderes da República, até porque isso não é matéria de lei e sim, respectivamente, de decreto de Presidente da República e da própria Constituição Federal.*

41. *Por conseguinte, pode-se entender que as disposições normativas objeto de questionamento não tratam da matéria objeto da dúvida suscitada, devendo, portanto, o caso concreto a ser enfrentado nos contratos para aquisições de vacinas ser analisado com base no ordenamento jurídico pátrio e não nos mencionados dispositivos apontados na presente consulta.*

42. *Com base no exposto, pode-se responder ao segundo questionamento, nos seguintes termos: as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2o, caput da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2o, caput, da Lei 14.121/2021, não tratam de normas sobre competências de autoridades do Poder Executivo federal ou de poderes da República.*

43. *Seguindo para o terceiro questionamento, foi perguntado se as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2o, caput, da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2o, caput, da Lei 14.121/2021, possibilitariam o afastamento de regras em sentido contrário que não tenham natureza contratual (ex: natureza processual, financeira, de responsabilidade civil, penal etc.).*

44. *Nessa questão, o consulente quis saber se, por meio dos dispositivos normativos mencionados, seria possível afastar normas de caráter processual (Código de Processo Civil, Lei 9.784/1999), de caráter patrimonial-administrativo previstas no Código Civil, de caráter financeiro-orçamentário (Lei 4.320/1964 e Lei de Responsabilidade Fiscal), de responsabilidade extracontratual para terceiros não contratantes (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor), de caráter internacional (Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas).*

45. *Sobre tal questionamento, importante salientar que os dispositivos mencionados tratam de normas contratuais, como foi destacado na própria consulta, conforme trecho a seguir:*

*Tanto o art. 12 da MP 1.026/2021, quanto o art. 2º da MP 1.003/2020 excepcionam a aplicação de “normas” a contratos firmados para fornecimento de vacinas. Presume-se que tais normas excepcionáveis possuem, elas próprias, natureza contratual, seja por serem contrárias às “normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi” (art. 2º), seja por serem designadas como “cláusulas” (art. 12).*

46. *Mesmo sabendo que as normas questionadas se referem a normas contratuais, tratando de um dos questionamentos específicos, se seria possível afastar normas de natureza financeiro-orçamentárias, a resposta não estaria no artigo 12 da MP 1.026/2021, nem no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021, mas no o artigo 6º, § 1º, inciso VII, da MP 1026/2021, que traz a seguinte previsão:*

*Art. 6º Nas aquisições ou contratações de que trata esta Medida Provisória, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.*

*§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado referidos no caput conterá:*

*(...)*

*VII - adequação orçamentária.’*

47. *Portanto, da leitura do dispositivo normativo acima, pode-se entender que as contratações de vacinas contra a Covid-19 que sejam adquiridas com fundamento na MP 1026/2021 deverão observar o disposto no artigo 6º, § 1º, inciso VII, dessa mesma norma, que prescreve a necessidade de observância da adequação orçamentária nessas aquisições.*

48. *Faz-se tal observação com o objetivo de destacar que, apesar de os dispositivos normativos objeto de questionamento na consulta tratarem de normas de natureza contratual, é preciso salientar a necessidade de que as dívidas suscitadas nos casos concretos sobre aplicação de normas não contratuais que venham a surgir, sejam elas de natureza processual, patrimonial-administrativo, de responsabilidade extracontratual para terceiros não contratantes, de caráter internacional ou de qualquer outra natureza não contratual, sejam analisadas, como no exemplo dado, numa interpretação sistemática das próprias normas trazidas à análise na consulta e do ordenamento jurídico pátrio como um todo.*

49. *Por conseguinte, pode-se responder ao terceiro questionamento no seguinte sentido: as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput, da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021, tratam de afastamento de regras de natureza contratual.*

50. *Por fim, tem-se a quarta pergunta da consulta que questiona se as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021, bem como o princípio da economicidade, possibilitariam a total assunção de riscos contratuais pela contratante (poder público).*

51. *Nesse ponto, conforme destacado pelo consulente, não se quis indagar sobre a possibilidade, em tese, de haver alocação de riscos em contrato de fornecimento de vacinas, uma vez que a Lei 14.121/2021 já permite essa hipótese em seu artigo 5º, nem tampouco se quis obter, por meio desse questionamento, validação de um esquema específico de alocação de riscos em contrato, visto que a consulta não seria o meio processual adequado para tal objetivo.*

52. *Ademais, considerando que todo contrato pressupõe bilateralidade, o que tende a estabelecer um relativo equilíbrio entre as partes; considerando que cláusula puramente potestativa é nula por violação à ordem pública; considerando que toda atuação administrativa deve obediência aos princípios da razoabilidade e da economicidade, previstos no art. 2º da Lei no 9.784/99 e art. 70 da Constituição Federal, o consulente gostaria de saber se seria admissível um contrato de*

*fornecimento de vacinas no qual o Poder Público tivesse que assumir a integralidade ou a quase integralidade dos riscos contratuais na alocação de riscos prevista, sejam eles riscos de efeitos adversos na população; riscos relacionados com a defesa judicial das partes; risco de incapacidade de produção do quantitativo contratado pela parte contratada; riscos por atraso no pagamento; riscos de qualquer natureza quanto a valores pagos antecipadamente; riscos de segurança ou eficácia da vacina; riscos de não obtenção de aprovação regulatória.*

53. *Sobre esse questionamento, cabe destacar que o artigo 12 da MP 1.026/2021 não traz previsão de assunção total de riscos pela administração pública, mas, ao contrário, se houver caso de previsão de eventual pagamento antecipado, por exemplo, deverá haver exigência de devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto contratado. Além disso, a administração pública deverá adotar cautelas para reduzir o risco de inadimplemento contratual, dentre eles a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei 8.666, de 1993, de até trinta por cento do valor do objeto.*

54. *Adicionalmente, conforme destacado no artigo 5º, da MP 1.026/2021, “será obrigatória a previsão de matriz de alocação de risco entre o contratante e o contratado, na hipótese de aquisições e contratos acima de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)”. Mais um dispositivo dessa norma que demonstra não haver nela autorização para assunção integral de riscos pela administração pública.*

55. *Quanto ao artigo 2º, da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2º da Lei 14.121/2021, destaca-se que ele autoriza, no parágrafo primeiro, que as normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi, inclusive as relativas à responsabilidade das partes, sejam adotadas nas aquisições de vacinas no âmbito do Covax Facility.*

56. *Para adesão ao Covax Facility, o artigo 2º, § 6º, autoriza aportes de recursos financeiros exigidos para tal adesão, bem como a garantia de compartilhamento de riscos e a aquisição de vacinas conforme estabelecido no acordo de compromisso e nos contratos de aquisição a serem celebrados.*

57. *Portanto, também nessa norma não há autorização para assunção total de riscos contratuais pela administração pública.*

58. *Nesse sentido, respondendo ao quarto questionamento, pode-se dizer que as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021 não autorizam a total assunção de riscos contratuais pela administração pública, devendo ser observadas as regras dispostas nos §§ 5º e 6º, em especial o disposto no inciso II do § 5º e os incisos II e III do § 6º, nos casos de aquisições regidas pela MP 1.026/2021, e as regras fixadas nas normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi e no § 6º do artigo 2º da Lei 14.121/2021, para os casos de aquisições de vacinas no âmbito do Covax Facility.*

## CONCLUSÃO

59. *Em face da análise exposta, entende-se que a presente consulta seja conhecida e, no mérito, seja respondido ao consulente nos termos propostos a seguir.*

60. *A consulta tem por objeto dúvidas suscitadas sobre a aplicação do artigo 12 da Medida Provisória (MP) 1026/2021 e do artigo 2º, caput, da Medida Provisória 1.003/2020. Ressalta-se que a MP 1.003/2020, que dispõe sobre medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços de diversas naturezas destinados à vacinação contra Covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, foi convertida na Lei 14.121/2021. A MP 1026/2021, por sua vez, que tem objeto mais específico, relacionado à autorização do Poder Executivo federal a aderir ao Instrumento de Acesso Global de Vacinas Covid-29- Covax Facility, em sessão deliberativa de 2/3/2021, teve seu projeto de lei de conversão aprovado (parágrafos 5-7).*

61. *Os questionamentos levantados abordam os seguintes pontos sobre a aplicação do art. 12 da MP 1.026/2021 e do art. 2o, caput, da MP 1.003/2020: a) se possibilitariam normas contratuais vedadas inclusive na esfera privada ou apenas afastam as restrições típicas de contratações estritamente administrativas; b) se permitem normas contratuais que tratam de competências de outras autoridades ou até outros poderes da República; c) se autorizam o afastamento de regras em sentido contrário que não tenham natureza contratual; d) se possibilitam a total assunção de riscos contratuais administração pública (parágrafo 2).*

62. *Em síntese, a análise empreendida na presente instrução entende que as dúvidas levantadas sobre a aplicação do artigo 12 da MP 1.026/2021 e do artigo 2o, caput, da MP 1.003/2020, que foi convertido no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021, devem ser respondidas nos seguintes termos: os dispositivos mencionados não dão autorização ampla de afastamento de regras estabelecidas na Lei 8.666/1993, nem de qualquer outra norma contratual, em sede de contratos administrativos firmados para obtenção de vacinas contra Covid-19, mas apenas nas estritas hipóteses neles previstas; não tratam de normas sobre competências de autoridades do Poder Executivo federal ou de poderes da República; tratam de afastamento de regras de natureza contratual e não autorizam a total assunção de riscos contratuais pela administração pública (parágrafos 31-57).*

63. *Destaca-se que a resposta a ser emitida nos autos tem caráter normativo e constitui prejuízo da tese, não dos fatos ou casos concretos trazidos à análise, conforme previsto no § 3o do art. 264 do Regimento Interno do TCU.*

64. *As dúvidas suscitadas nos casos concreto a serem enfrentados pelo consulente nos futuros contratos a serem firmados para aquisição de vacinas poderão ser dirimidas pela Advocacia-Geral da União, instituição que, nos termos do artigo 131 da Constituição Federal, tem a competência prestar atividades de consultoria e de assessoramento jurídico do Poder Executivo.*

#### PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

65. *Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:*

65.1. *conhecer da presente consulta, vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do TCU;*

65.2. *nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que:*

65.2.1. *o artigo 12 da MP 1.026/2021 e o artigo 2o, caput, da MP 1.003/2020, que foi convertido no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021, não dão autorização ampla de afastamento de regras estabelecidas na Lei 8.666/1993, nem de qualquer outra norma contratual, em sede de contratos administrativos firmados para obtenção de vacinas contra Covid-19, mas apenas nas estritas hipóteses neles previstas, a saber: a) nos contratos para aquisição de vacinas contra Covid-19, somente poderão ser excepcionadas as regras da Lei 8.666/1993, se essa condição se mostrar indispensável à obtenção da vacina, de forma justificada e registrada no correspondente processo de aquisição e, nas hipóteses de pagamento antecipado e de não penalização da contratada, deverá também ser observado o disposto nos parágrafos 3º, 5º e 6º do artigo 12 da MP 1.026/2021; b) para aquisição de vacinas contra Covid-19 no âmbito da Covax Facility, tanto as regras estabelecidas na Lei 8.666/1993 quanto as previstas em outras normas contratuais do ordenamento jurídico pátrio poderão ser afastadas, se vierem a contrariar as normas estabelecidas pela Aliança Gavi;*

65.2.2. *as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2o, caput da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2o, caput, da Lei 14.121/2021, não tratam de normas sobre competências de autoridades do Poder Executivo federal ou de poderes da República;*

65.2.3. *as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2o, caput, da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2o, caput, da Lei 14.121/2021, tratam de afastamento de regras de natureza contratual;*

65.2.4. *as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2o, caput da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2o, caput, da Lei 14.121/2021 não autorizam a total assunção de riscos contratuais pela administração pública, devendo ser observadas as regras dispostas nos §§ 5º e 6º, em especial o disposto no inciso II do § 5º e os incisos II e III do § 6º, nos casos de aquisições regidas pela MP 1.026/2021 e as regras fixadas nas normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi, e no § 6o do artigo 2º da Lei 14.121/2021, para os casos de aquisições de vacinas no âmbito do Covax Facility.*

65.3. *arquivar o presente processo.”*

3. O Diretor e o Secretário da unidade técnica e aquiesceram ao referido encaminhamento. É o relatório.

## VOTO

Cuidam os autos de consulta protocolada pelo Ministro de Estado da Saúde Eduardo Pazuello, consubstanciada nos seguintes termos:

*“1. As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 garantem validade para cláusulas que seriam, de outra forma, consideradas inválidas pela teoria geral dos contratos, seja por disposição legal expressa, seja por violação à ordem pública?”*

*2. As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 ou ainda o regramento dos arts. 439 e 440 do Código Civil possibilitam que a autoridade contratante preveja, de forma válida, no instrumento contratual disposições que estejam fora da esfera de atribuições, tais como a aprovação de leis ou a expedição de atos de incumbência de outros ministérios?*

*a. Em caso positivo, tais disposições possuem a natureza de obrigação (de modo que executáveis), de promessa de terceiro (gerando direito a indenização no caso de não execução) ou não produzem efeito algum?*

*3. As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 possibilitam o afastamento de normas contrárias que não possuem natureza contratual?*

*a. É permitido o afastamento de normas de caráter processual, tais como as previstas na Lei nº 9.784/99 e no Código de Processo Civil?*

*b. É permitido o afastamento de normas de caráter patrimonial-administrativo, tais como as previstas no Código Civil?*

*c. É permitido o afastamento de normas de caráter financeiro-orçamentário, tais como as previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal ou na Lei nº 4.320/64?*

*d. É permitido o afastamento de normas relativas à responsabilidade extracontratual para com terceiros não-contratantes, tais como as previstas no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor?*

*e. É permitido o afastamento de normas de caráter internacional, tais como as previstas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas?*

*4. É admissível que, em um contrato de fornecimento de vacinas, o Poder Público assumam a integralidade ou a quase integralidade dos riscos contratuais na alocação de riscos prevista? a. Considerando a situação delicada envolvida, qual deve ser a análise de riscos a ser feita pelo gestor ao decidir pela admissibilidade ou não de certas cláusulas de alocação de riscos?”*

2. A auditora da SecexSaúde analisou a matéria e alvitrou responder ao consulente que:

*“65.2.1. o artigo 12 da MP 1.026/2021 e o artigo 2º, caput, da MP 1.003/2020, que foi convertido no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021, não dão autorização ampla de afastamento de regras estabelecidas na Lei 8.666/1993, nem de qualquer outra norma contratual, em sede de contratos administrativos firmados para obtenção de vacinas contra Covid-19, mas apenas nas estritas hipóteses neles previstas, a saber: a) nos contratos para aquisição de vacinas contra Covid-19, somente poderão ser excepcionadas as regras da Lei 8.666/1993, se essa condição se mostrar indispensável à obtenção da vacina, de forma justificada e registrada no correspondente processo de aquisição e, nas hipóteses de pagamento antecipado e de não penalização da contratada, deverá também*

*ser observado o disposto nos parágrafos 3º, 5º e 6º do artigo 12 da MP 1.026/2021; b) para aquisição de vacinas contra Covid-19 no âmbito da Covax Facility, tanto as regras estabelecidas na Lei 8.666/1993 quanto as previstas em outras normas contratuais do ordenamento jurídico pátrio poderão ser afastadas, se vierem a contrariar as normas estabelecidas pela Aliança Gavi;*

*65.2.2. as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021, não tratam de normas sobre competências de autoridades do Poder Executivo federal ou de poderes da República;*

*65.2.3. as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput, da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021, tratam de afastamento de regras de natureza contratual;*

*65.2.4. as disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020, convertido no artigo 2º, caput, da Lei 14.121/2021 não autorizam a total assunção de riscos contratuais pela administração pública, devendo ser observadas as regras dispostas nos §§ 5º e 6º, em especial o disposto no inciso II do § 5º e os incisos II e III do § 6º, nos casos de aquisições regidas pela MP 1.026/2021 e as regras fixadas nas normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi, e no § 6º do artigo 2º da Lei 14.121/2021, para os casos de aquisições de vacinas no âmbito do Covax Facility.*

3. O corpo diretivo da unidade técnica aquiesceu ao referido encaminhamento.
4. Feito esse necessário resumo, passo a decidir.
5. Preliminarmente, conheço da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, XVII, da Lei 8.443/1992 c/c art. 264, VI, do Regimento Interno do TCU.
6. Quanto ao mérito, cabe destacar que a Medida Provisória 1.003/2020 foi convertida na Lei 14.121, de 1º de março de 2021, com pequena inclusão no dispositivo questionado pelo consulente. Já a Medida Provisória 1.026/2021 foi convertida na Lei 14.124, de 10 de março de 2021, após a conclusão da instrução da SecexSaúde, com alterações de forma.
7. A fim de delimitar o substrato jurídico objeto da consulta, transcrevo o inteiro teor dos dispositivos invocados pelo Ministro da Saúde, juntamente com as respectivas versões nas leis de conversão:

Medida Provisória 1.003/2020	Lei 14.121/2021
Art. 2º A adesão ao Instrumento Covax Facility e a aquisição de vacinas por meio do referido Instrumento observarão as normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi, inclusive aquelas relativas à responsabilidade das partes, e não serão aplicáveis as disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, e de outras normas em contrário.	Art. 2º [...] § 1º A adesão ao Covax Facility e a aquisição de vacinas no âmbito deste instrumento serão regidas pelas normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi, inclusive aquelas relativas à responsabilidade das partes, não aplicáveis as disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, <u>inclusive a realização de procedimentos licitatórios, da Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, e de outras normas em contrário, ressalvadas as previstas nesta Lei.</u>

Medida Provisória 1.026/2020	Lei 14.124/2021
Art. 12. O contrato ou o instrumento	Art. 12. O contrato ou o instrumento congênere

congênere para aquisição ou fornecimento de vacinas contra a covid-19, firmados antes ou após o registro ou a autorização de uso emergencial concedida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, poderá estabelecer as seguintes cláusulas especiais, desde que representem condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço:

I - o eventual pagamento antecipado, inclusive com a possibilidade de perda do valor antecipado;

II - hipóteses de não penalização da contratada; e

III - outras condições indispensáveis para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço.

§ 1º Quanto às cláusulas dos contratos e instrumentos de que trata o caput, aplica-se o disposto na Lei nº 8.666, de 1993, no que couber.

§ 2º As cláusulas de que trata o caput são excepcionais e caberá ao gestor:

I - demonstrar que são indispensáveis; e

II - justificar a sua previsão.

§ 3º A perda do valor antecipado e a não penalização de que tratam os incisos I e II do caput não serão aplicáveis em caso de fraude, dolo ou culpa exclusiva do fornecedor ou contratado.

§ 4º Os contratos de que trata este artigo poderão ter, caso exigido pelo contratado, cláusulas de confidencialidade.

§ 5º Na hipótese de que trata o inciso I do caput, a administração pública deverá:

I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e

II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto, atualizado monetariamente pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, ou índice que venha a substituí-lo, desde a data do pagamento da antecipação até a data da devolução, exceto na hipótese de perda do pagamento antecipado.

§ 6º Sem prejuízo do disposto no § 5º, a administração pública deverá prever cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como:

I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente;

II - a prestação de garantia nas modalidades

para aquisição ou fornecimento de vacinas contra a covid-19, firmado antes ou após o registro ou a autorização de uso emergencial concedidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), poderá estabelecer as seguintes cláusulas especiais, desde que representem condição indispensável para obter o bem ou para assegurar a prestação do serviço:

I - eventual pagamento antecipado, inclusive com a possibilidade de perda do valor antecipado;

II - hipóteses de não imposição de penalidade à contratada; e

III - outras condições indispensáveis, devidamente fundamentadas.

§ 1º Quanto às cláusulas dos contratos e dos instrumentos de que trata o caput deste artigo, aplica-se, no que couber, o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos).

§ 2º As cláusulas de que trata o caput deste artigo são excepcionais e caberá ao gestor:

I - comprovar que são indispensáveis para a obtenção do bem ou serviço; e

II - justificar a sua previsão.

§ 3º A perda do valor antecipado e a não imposição de penalidade de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo não serão aplicáveis em caso de fraude, de dolo ou de culpa exclusiva do fornecedor ou do contratado.

§ 4º Os contratos de que trata este artigo poderão ter, caso exigido pelo contratado, cláusulas de confidencialidade.

§ 5º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, a administração pública deverá:

I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e

II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto, atualizado monetariamente pela variação acumulada do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), ou índice que venha a substituí-lo, desde a data do pagamento da antecipação até a data da devolução, exceto na hipótese de perda do pagamento antecipado.

§ 6º Sem prejuízo do disposto no § 5º deste artigo, a administração pública deverá prever medidas de cautela aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como:

I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para efetivação da antecipação do valor remanescente;

II - a prestação de garantia nas modalidades

previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, de até trinta por cento do valor do objeto; III - a emissão de título de crédito pelo contratado; IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da administração pública; e V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.	previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), de até 30% (trinta por cento) do valor do objeto; III - a emissão de título de crédito pelo contratado; IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da administração pública; e V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.
--	---

8. Inicialmente, cabe destacar que a **Covax Facility** é uma iniciativa apoiada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), com o propósito de acelerar o desenvolvimento e a fabricação de vacinas seguras e eficazes contra a Covid-19, de modo a proporcionar o acesso igualitário a todos os países aderentes à iniciativa (Fonte: Parecer 2 de 2021 – PLEN/SF, que tratou do projeto de conversão da Medida Provisória 1.003/2020 – Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8923248&ts=1612483603954&disposition=inline>>).

9. Ela é administrada pela Aliança Gavi (Global Alliance for Vaccines and Immunization), que se descreve como uma parceria público-privada, uma união de governos de países com a Organização Mundial da Saúde, o Banco Mundial, a Fundação Bill & Melinda Gates e outros doadores, incluindo fundações, ONGs, associações profissionais e comunitárias, organizações religiosas e universidades, fabricantes de vacina, institutos de pesquisa e técnicos de saúde, visando à distribuição das vacinas nas áreas mais pobres do mundo (Disponível em: <<https://www.gavi.org/our-alliance/about>>).

10. Dito isso, passemos ao exame das questões suscitadas pelo Ministério da Saúde.

II - As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput, da MP 1.003/2020 garantem validade para cláusulas que seriam, de outra forma, consideradas inválidas pela teoria geral dos contratos, seja por disposição legal expressa, seja por violação à ordem pública?

11. Com relação ao primeiro questionamento, deduz-se que o consultante esteja tentando se antecipar à ocorrência de eventual contrariedade entre a ordem pública e a legislação civil sobre a teoria geral dos contratos, por um lado, e as disposições a seguir, por outro:

- a) as normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi que se aplicarão aos contratos de aquisição de vacinas no âmbito da aludida aliança (art. 2º da Lei 14.121/2021); e
- b) as cláusulas especiais ainda por definir, quais sejam, as hipóteses de não imposição de penalidade à contratada e outras condições indispensáveis, devidamente fundamentadas (incisos II e III do art. 12 da Lei 14.124/2021).

12. Com relação à suposta divergência trazida na letra “a”, verifico que o Poder Legislativo, no exercício legítimo de suas atribuições finalísticas, afastou a incidência de todas as normas legais do ordenamento jurídico sobre contratos, em especial a Lei nº 8.666/1993 e a Lei 10.742/2003 (que define normas de regulação para o setor farmacêutico), fazendo incidir nos contratos em exame as normas pertinentes estabelecidas pela Aliança Gavi.

13. Trata-se do reconhecimento da eficácia extraterritorial das regras estabelecidas por pessoa jurídica privada internacional, o que é perfeitamente admitido pelo ordenamento jurídico pátrio, ainda mais se a internalização das disposições ocorrer via lei aprovada pelo Parlamento.

14. A propósito, essa situação não é inédita nem mesmo em matéria de licitações e contratos, como se verifica no seguinte dispositivo da Lei 8.666/1993, **in verbis**:

*“§ 5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.” (grifos acrescidos).*

15. Em face do art. 2º da Lei 14.121/2021, as normas contratuais estabelecidas pela Aliança Gavi passaram a ter o **status** de lei ordinária, de modo que elas somente são sindicáveis pela Constituição.

16. Portanto, no caso de contradição entre as regras da Aliança Gavi sobre contrato e demais normas legais que tratem da designada teoria geral dos contratos, aplicam-se aquelas, por expressa opção do legislador. Incide, aqui, a vetusta regra de hermenêutica segundo a qual a norma especial prevalece sobre a geral, quando for com esta incompatível.

17. No que se refere a uma suposta incompatibilidade entre as referidas regras da Aliança Gavi e a ordem pública, destaco, inicialmente, que, segundo o art. 17 da LINDB, *“as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”*.

18. Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, *“as normas de ordem pública são normas de aplicação imperativa que visam directa e essencialmente tutelar os interesses primordiais da colectividade”* (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. Coimbra: Editora Almedina, 2000, p. 473).

19. O termo se notabiliza pela polissemia, cabendo trazer a síntese de Brunela Vieira de Vincenzi e César Rossi Machado:

*“[...] há linha de entendimento doutrinário que tende a conceituar a Ordem Pública como a tradução do sentimento de toda uma nação (DOLINGER, 1997); e que há também outros pesquisadores, que entendem que a Ordem Pública está intrínseca no sistema jurídico de um Estado Soberano (GRECO FILHO, 1978), de modo que uma situação notadamente estranha à cultura jurídica, à Constituição, ao interesse social e aos direitos mais basilares de um povo seria contrária à Ordem Pública (PUCCI, 2007)”* (VINCENZI, Brunela Vieira de. MACHADO, César Rossi. Sentença Estrangeiras. A Complexidade da Ordem Pública entre outras culturas. Revista Eletrônica Consultor Jurídico. 11 de junho de 2009, 8h16. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jun-11/conceito-ordem-publica-complexo-situacoes-culturais-distintas>>. Acesso em: 15/03/2021).

20. Pela extração constitucional do termo, não obstante os múltiplos sentidos e o seu caráter vago, não seriam válidas cláusulas contratuais que, ao final, contrariassem a ordem pública. Tal assertiva está em linha de coerência com o Acórdão 1.720/2016-Plenário, que negou validade à cláusula existente no contrato de compra e venda da Refinaria de Pasadena, sob o argumento de que *“a ofensa à ordem pública nacional constitui motivo suficiente para afastar a lei escolhida entre as partes para a solução de eventuais conflitos”*.

21. Não obstante, é difícil imaginar, a priori, que essa antinomia possa ocorrer na prática, já que a Aliança Gavi tem o nobre objetivo de desenvolver e distribuir vacinas contra a Covid-19 seguras

e eficazes. Pelos propósitos almejados, reputo que essa verificação já foi feita pelo legislador ordinário, ao incorporar essas disposições ao direito interno.

22. Apesar disso, cabe ao Poder Público verificar eventual condição contratual que se mostre contrária a esse valor jurídico, o que exige o trabalho do intérprete para, primeiro, precisar o sentido do termo e, segundo, perceber a antinomia da situação concreta, sopesando com as consequências práticas que adviriam da recusa do contrato.

23. Afinal, é preciso lembrar a disciplina do art. 20 da LINDB, segundo o qual *“nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”*.

24. Sendo assim, pelas dificuldades envolvidas, eventual tratativa a respeito da compatibilidade ou não de determinada cláusula com o que vem a ser ordem pública deve contar com o devido suporte da AGU, a fim de possibilitar o escorreito tratamento à questão.

25. De todo modo, não cabe falar em invalidade das regras da Aliança Gavi por ilegalidade, já que o parâmetro de controle não são as outras normas com esse **status**, mas a própria Constituição. Por consequência, apenas uma eventual incompatibilidade entre aquelas disposições e a Lei Maior, assim como a noção de ordem pública, seria apta a tornar írrito contrato assinado segundo aqueles termos.

26. No que se refere às cláusulas especiais para a aquisição ou fornecimento de vacinas contra a Covid-19 (fora do Instrumento **Covax Facility**), consubstanciada nos incisos II e III do art. 12 da Lei 14.124/2021, verifico que o legislador promoveu o que se chama de deslegalização de parte da disciplina dos contratos.

27. Segundo José Carvalho dos Santos Filho, trata-se de fenômeno *“[...] pelo qual a competência para regulamentar certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador: a normatização sai do domínio da lei (...) para o domínio do ato regulamentar [...]”* (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 39).

28. Os dispositivos parecem encerrar uma espécie de norma administrativa em branco, que, no caso, será integrada pela administração pública, dentro de um espaço de maior liberdade contratual autorizado por lei. De forma similar à hipótese anterior, o parâmetro de controle dessas cláusulas não são as outras normas legais do nosso ordenamento jurídico, mas a Constituição e a própria Lei 14.124/2021, que estabeleceu, no § 2º do art. 12, as condições para a validade das disposições contratuais, **in verbis**:

*“2º As cláusulas de que trata o caput deste artigo são excepcionais e caberá ao gestor:*

*I - comprovar que são indispensáveis para a obtenção do bem ou serviço; e*

*II - justificar a sua previsão.”*

29. É possível falar que o legislador já fez, de modo antecipado, a ponderação entre o princípio da legalidade estrita e o direito à saúde, que se encontra, no atual momento, absolutamente tensionado, diante da emergência de se encontrar uma rápida solução para a carência de vacinas necessárias ao enfrentamento da pandemia do novo coronavírus.

30. Sob essa perspectiva, não seria admissível a invalidação de contrato assinado segundo a autorização da Lei 14.124/2021 em razão da suposta violação de valores jurídicos abstratos extraídos da teoria geral dos contratos, contida no Código Civil.

31. É como se o legislador tivesse desde logo, numa opção genuinamente consequencialista, se inspirado no art. 20 da LINDB e reconhecido a legalidade, a priori, de cláusula contratual que se mostrasse indispensável para a obtenção do bem ou serviço, a saber, as vacinas para imunização contra a Covid-19.

32. Essa escolha está bem clara na exposição de motivos do projeto de lei de conversão da Medida Provisória 1.026/2020 na Lei 14.124/2021 (Disponível em: <[https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8919585&ts=1615560528547&disposition= inline](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8919585&ts=1615560528547&disposition=inline)>), como se depreende da leitura da seguinte passagem:

*“3. A motivação precípua para a adequação da legislação pátria decorre da evidente e inequívoca corrida mundial para o acesso a imunobiológicos, insumos, bens e serviços para o enfrentamento à pandemia de SARS-CoV-2, da extrema escassez da oferta e das poucas opções disponíveis de vacinas contra Covid-19. Ademais, insta aludir como razão basilar a premência de saúde pública de promover o acesso a vacinas em tempo oportuno.*

[...]

*5. Portanto, com intuito de dar maior dinamismo ao processo de aquisição de vacinas, insumos, bens e serviços destinados à vacinação contra a Covid-19, a proposta de Medida Provisória em tela permitirá a flexibilização das normas de licitação, possibilitando que as partes estabeleçam os termos contratuais, notadamente as que versam sobre eventual pagamento antecipado, inclusive com a possibilidade de perda do valor antecipado, hipóteses de não penalização da contratada e outras condições indispensáveis para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço. Como regra, deverá ser obrigatória a elaboração de matriz de alocação de risco entre o contratante e o contratado, devendo a administração pública adotar as cautelas necessárias para reduzir os riscos de inadimplemento contratual. No que tange ao contrato, deverá também ser conferida transparência ativa às aquisições realizadas com fulcro na Medida Provisória, em observância, no que couber, aos requisitos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.”*

33. Essa visão está em linha de coerência com o Parecer 20, de 2021 – PLEN/SF, que subsidiou a aprovação do projeto de lei de conversão da Medida Provisória 1.026/2020:

*“O debate constitucional de fundo trazido pelo PLV nº 1, de 2021, reside na necessidade de ponderação e harmonização entre o direito à vida e à saúde da população e a observância dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência na administração pública, especialmente quando esta realiza aquisições de bens e serviços, desafio enfrentado com êxito pelo PLV nº 1, de 2021, o que atesta sua constitucionalidade material.*

*Não há problemas, ainda, quanto à juridicidade e à técnica legislativa do PLV nº 1, de 2021.*

*O mérito da matéria é evidente. Vivemos situação emergencial, de calamidade em saúde pública, que impõe a máxima urgência na ação do Estado de imunização da população, para que pessoas deixem de adoecer e morrer no Brasil, e justifica plenamente o recurso à excepcionalização da regra geral de contratações na administração pública, prevista na parte inicial do inciso XXI do art. 37 da CF.”*

34. Sendo assim, também não cabe falar em eventual ilegalidade das cláusulas fundadas no art. 12 da Lei 14.124/2021 por suposta violação às disposições de outras normas legais que tratem de contrato, a exemplo da teoria geral dos contratos, preceituada no Código Civil.

35. Com relação à eventual incompatibilidade entre as cláusulas especiais e a ordem pública, aplicam-se as mesmas considerações expostas nos itens 18 a 24 **supra**, de forma que eventual tratativa a respeito do assunto deve contar com o devido suporte da AGU, a fim de possibilitar o correto tratamento à questão.

III - As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 ou ainda o regramento dos arts. 439 e 440 do Código Civil possibilitam que a autoridade contratante preveja, de

forma válida, no instrumento contratual disposições que estejam fora da esfera de atribuições, tais como a aprovação de leis ou a expedição de atos de incumbência de outros ministérios?

36. Com relação à segunda pergunta, entendo que os artigos questionados tratam da estipulação das condições para o fornecimento de vacinas contra a Covid-19, a qual deve ocorrer dentro de um ambiente de maior autonomia das partes para pactuar as obrigações recíprocas, haja vista a excepcionalidade do contexto atual, marcado pela escassez de vacinas e absoluta necessidade de imunização diante do aumento substancial de casos e mortes relacionadas ao novo coronavírus.

37. Sob o ponto de vista da União, ela tem a liberdade de aceitar, por meio de seus agentes, as condições que se mostrem indispensáveis para a obtenção do bem ou serviço, desde que estas não impliquem a violação de alguma norma constitucional, em especial as que tratam dos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dos princípios que regem suas relações internacionais e dos direitos fundamentais (arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Constituição).

38. Não sendo este o caso, não vejo óbice a que a União assuma compromissos relacionados à aprovação de leis ou que envolvam atos de incumbência de outros ministérios. Nessas hipóteses, será necessária a participação das autoridades responsáveis nas tratativas e na operacionalização do acordo, o que pode ocorrer a partir da coordenação da Casa Civil. Quanto às consequências do descumprimento do ajuste, reputo que o tema deverá ser tratado pelas partes no contrato.

39. Essa situação não seria inédita, cabendo citar, a título de exemplo, as negociações que antecederam a escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo FIFA de 2014, que abrangeu a aprovação de leis relacionadas à liberação de venda de bebida alcoólica nos estádios, que à época era proibida, nos termos do Estatuto do Torcedor.

40. Por evidente, a situação comentada não guarda nenhuma relação com o tema em análise, mas ilustra bem a liberdade negocial que o Poder Público possui na celebração de compromissos com terceiros, dentro de uma autonomia contratual eventualmente assegurada por lei e somente limitada pela Constituição.

41. Com isso, cabe responder ao consulente que a autonomia contratual conferida à União por meio dos arts. 2º da Lei 14.121/2021 e 12 da Lei 14.124/2021, em função da situação emergencial decorrente da pandemia do novo coronavírus, permite que ela assuma compromissos tais como a aprovação de leis ou a expedição de atos de incumbência de outros ministérios, desde que isso não implique violação da Constituição. Nesta hipótese, cabe à Casa Civil da Presidência da República assumir as tratativas do acordo, com vistas à sua esmerada operacionalização. Quanto às consequências do descumprimento do ajuste, reputo que o tema deverá ser tratado pelas partes no contrato.

IV - As disposições do art. 12 da MP 1.026/2021 e/ou do art. 2º, caput da MP 1.003/2020 possibilitam o afastamento de normas contrárias que não possuem natureza contratual?

42. Com relação ao terceiro questionamento, verifico, a partir da leitura textual do art. 2º da Lei 14.121/2021, que ele afastou a incidência das Leis 8.666/1993 e 10.742/2003 sobre os temas relacionados ao contrato e às responsabilidades das partes, adotando, em substituição, as prescrições da Aliança Gavi. Em resumo, o dispositivo reconheceu a aplicabilidade provisória e excepcional do estatuto produzido por pessoa jurídica de direito internacional, conferindo-lhe o caráter de norma jurídica, nos limites materiais que impôs.

43. Por evidente, somente tem força de lei as disposições da Aliança Gavi que tratam da disciplina do contrato e da responsabilidade das partes, o que abrange a definição das obrigações recíprocas e a alocação de riscos, de modo que a decisão de ultimar ou não as contratações depende de um juízo de oportunidade motivado do Poder Público, pela adesão às condições pactuadas.

44. A Lei 14.124/2021, por sua vez, excluiu as regras da Lei 8.666/1993 que se mostrarem contrárias ao regime instituído por ela, inclusive no tocante às cláusulas excepcionais previstas no art. 12, cuja regulamentação remeteu às partes. Nesse sentido, o § 1º do referido dispositivo estabeleceu que a lei geral de licitações se aplica às cláusulas dos contratos e dos instrumentos de que trata o **caput** deste artigo, no que couber.

45. O inciso III do art. 12 deu uma grande margem de autonomia contratual às partes, ao permitir que elas disciplinassem outras condições indispensáveis à celebração do instrumento, mediante a devida fundamentação. Sob a perspectiva da Administração, isso implica que ela pode pactuar a alocação de riscos e responsabilidades contratuais que melhor atendam ao interesse público, segundo as especificidades da situação concreta que se busca remediar.

46. Por evidente, essa maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil).

47. No tocante às demais perguntas a respeito da questão em discussão, entendo que não há óbice a que o regime jurídico contratual especial, relacionado à aquisição de vacinas, envolva as questões específicas do processo judicial passíveis de disposição pelas partes, a exemplo dos arts. 63 (alteração da competência para processamento em razão do valor e território), 313, inciso III, (convenção para suspensão do processo) e 471 (seleção do perito), todos do CPC.

48. Há de se ressaltar, ainda, a possibilidade de dispor, de modo antecipado, sobre negócio processual atípico, nos termos do art. 190 do CPC: *“versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”*.

49. Essa faculdade está em linha de consonância com as disposições da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que permite a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, inclusive de modo preventivo. Nessa hipótese, caso o acordo de aquisição de vacinas contenha cláusula envolvendo a transação de direitos processuais, reputo adequada a emissão de parecer autorizativo pela Advocacia-Geral da União, conforme a norma supramencionada.

50. Quanto à Lei 9.874/1999, ressalto que a regra tem como objetivo a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração. Dessa forma, não consigo vislumbrar quais propósitos levariam o Poder Público e as fornecedoras de vacinas a pactuarem o afastamento de regras processuais especificadas na referida norma, que possui como norte os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

51. Sobre as normas de caráter patrimonial-administrativo tais como as previstas no Código Civil, destaco, inicialmente, que não consigo delimitar, com o nível de precisão adequado aos propósitos da consulta, a que regras o consulente exatamente se refere. Diante disso, assumirei que a pergunta envolve as disposições da ordem jurídica que tratam da responsabilidade contratual, a qual deriva do descumprimento de uma obrigação pactuada no ajuste.

52. Partindo dessa premissa, aproveitarei o ensejo e tratarei da questão trazida pelo Ministério da Saúde, sobre se é permitido o afastamento de normas relativas à responsabilidade extracontratual para com terceiros não contratantes, tais como as previstas no Código Civil ou no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

53. As chamadas cláusulas de limitação de responsabilidade contratual são *“convenções pelas quais as partes, em certos termos, previamente à ocorrência de um dano, excluem o dever de*

*indenizar ou estabelecem limites, fixos ou variáveis, ao valor da indenização”* (FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112-113).

54. Trata-se de instrumentos bastante usados especialmente em contratos empresariais, nos quais existe um ambiente de maior liberdade de forma e conteúdo em razão da aparente igualdade entre as partes signatárias. Justamente por essa razão, os princípios do **pacta sunt servanda** e da autonomia da vontade são respeitados com mais intensidade nesses ajustes, comparativamente ao que ocorre com os demais contratos civis, notadamente com o consumerista, em que se admite um maior dirigismo devido à sua função social.

55. Nesse contexto, é perfeitamente possível às partes reconfigurarem a extensão de suas responsabilidades, a fim de obter um melhor gerenciamento dos riscos envolvidos na contratação, bem como uma maior previsibilidade em relação aos custos decorrentes para o cumprimento da avença.

56. Esse rearranjo na distribuição de riscos pode ser circunstancialmente fundamental à própria viabilização do negócio jurídico. Conforme bem assinalado por Camila Portilho Rego Lelis:

*“A impossibilidade de limitação da responsabilidade, em determinados ramos de atividade, poderia inviabilizar a prestação de um serviço ou o fornecimento de um produto caso a parte contratada para tanto tivesse que assumir sozinha todos os riscos inerentes àquela prestação ou fornecimento. Neste contexto, a cláusula de limitação de responsabilidade permite um compartilhamento destes riscos, viabilizando o negócio entre a parte interessada em tomar um serviço ou adquirir um bem e a parte que detém as condições de fazê-lo. Daí a ideia de que referida cláusula estimula a “socialização” dos riscos.”* (LELIS, Camila Portilho Rego. A cláusula de limitação de responsabilidade no Direito Contratual Empresarial – Trabalho de Conclusão de Curso do Programa de LL.M em Direito dos Contratos (Pós-Graduação Lato Sensu). Insper. São Paulo: 2018, p. 10).

57. Esse entendimento está de acordo com a doutrina do professor catedrático de direito civil na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, António Pinto Monteiro, que ressalta a importância da realocação dos riscos pelas partes ao pontuar que certas operações econômicas poderiam tornar-se inexecutáveis se os contratantes fossem impedidos de alocar os riscos. Isso porque a parte contratante certamente enfrentaria dificuldade para localizar no mercado uma contraparte inclinada a aceitar todos os riscos envolvidos na contratação pretendida, conforme o regramento geral de responsabilidade civil, de forma que seriam prejudicados ambos os contraentes (MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2003, p. 251).

58. A reconfiguração da responsabilidade pelas contingências contratuais tem impacto no preço do ajuste, o que, da mesma forma, pode possibilitar a contratação ou, mesmo, torná-la mais econômica. Nesse sentido, são pertinentes as palavras de Rodrigo Fiorese Castadeli:

*“O risco é um elemento substancial na composição do preço do contrato e nos custos inerentes a ele, assim, a sua correta alocação e partilha permite maiores benefícios do ponto de vista financeiro, pois, se mantida a responsabilidade integral do contratado, é óbvio que tal risco será incorporado no custo, ou seja, de qualquer maneira o contratante irá arcar com esse risco. Contudo, em conjunto com os demais participantes, ele pode alocar eficientemente os riscos por meio do contrato e buscar o melhor resultado por meio da cooperação. O risco é “contratualizado”, sem que seja integralmente incorporado ao preço”* (CASTALDELI, Rodrigo Fiorese. A cláusula cruzada de não indenizar nos contratos de infraestrutura, p. 29. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14105/Vers%C3%A3o%20Final.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 15/3/2021.

59. No mesmo diapasão encontra-se a doutrina de Wanderley Fernandes:
- “[...] o risco característico de um contrato é o inadimplemento, pois as partes não conseguem antevê-lo em todas as suas prováveis formas, sequer prever com precisão todos os danos que do inadimplemento possam decorrer. Uma forma de alocação do risco do inadimplemento seria por meio do preço do contrato. Se uma parte assume integralmente o risco de indenizar a contraparte por todos e quaisquer danos decorrentes do seu inadimplemento, sem qualquer limitação, por certo irá refletir tal situação no preço que cobrará da contraparte pela contraprestação, de forma que esta pagará preço elevado para contrapesar o risco que transferiu para a parte com quem contratou.”* (FERNANDES, Wanderley, **op. cit.**, p. 94-95).
60. O mesmo autor complementa suas ideias assinalando que a:
- “[...] negociação de um nível adequado de ressarcimento possível dos danos pode significar, assim, benefícios mútuos às partes. De um lado, dando previsibilidade ao possível causador do dano, o que lhe permite, igualmente, a contratação de seguros em condições mais favoráveis, e, de outro, propiciando também à outra parte uma eficiente equação dos riscos, pois não terá incorporado ao preço o custo da contingência conectada a um evento que poderá ou não ocorrer, ao mesmo tempo que poderá ter ressarcidos os danos em níveis julgados adequados no momento da formatação do contrato.”* (FERNANDES, Wanderley, **op. cit.**, p. 96).
61. Dessa forma, entendo possível que a regra de reparação de danos possa ser moldada pelas partes de forma a viabilizar o negócio ou torná-lo mais econômico. Todavia, essa nova alocação de riscos deve ser devidamente justificada pelas autoridades signatárias, que não podem perder de vista a vinculação de suas condutas ao interesse público.
62. Retomando o exame, propriamente, da pergunta do consulente, muito embora os ajustes de que tratam as Leis 14.121/2021 e 14.124/2021 não sejam contratos empresariais, a lógica por trás do instituto da responsabilidade contratual parece estar presente no atual contexto, considerando a crise sanitária que assola o país e a urgência de se adotarem ações que possam estancar ou diminuir o alastramento da pandemia do novo coronavírus.
63. Como é cediço, há uma grande corrida dos diversos países com vistas à aquisição de vacinas, de forma que a situação de grande demanda, no curto prazo, não é acompanhada de igual capacidade de oferta por partes dos fornecedores e dos laboratórios.
64. Tal situação emergencial fez com que houvesse certa flexibilização nos protocolos de aprovação de vacinas, bem como dos registros e autorizações provisórias, o que, de alguma forma, implica um maior risco tecnológico maior do que aquele que se teria em situações normais, de desenvolvimento de insumos farmacêuticos sem a necessidade premente de equacionar os impactos de uma pandemia.
65. Não se está a falar aqui, em absoluto, que os insumos em discussão são inseguros, até porque esta Corte de Contas não é o órgão habilitado, sob o ponto de vista técnico e jurídico, para emitir um juízo sobre o assunto. Em verdade, as próprias leis em discussão ressaltam a necessidade de as vacinas a serem adquiridas terem, pelo menos, autorização de uso emergencial e temporário emitido pelo órgão competente, **in casu**, a Anvisa.
66. Nesse cenário, considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e de demanda, entendo que não há óbice jurídico, a partir da ampliação da autonomia contratual concedida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a que o Estado Brasileiro aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras, se esta condição estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e for requisito intransponível para a aquisição do produto, ressalvados os limites expostos no capítulo V.

67. No que se refere à responsabilidade extracontratual da empresa fornecedora perante terceiros não contratantes, tais como as previstas no Código Civil ou no CDC, ressalto, inicialmente, haver precedentes no STJ de que a legislação consumerista não é aplicável a serviços públicos prestados de forma universal (**uti universi**) (REsp 1.771.169/SC).

68. Ademais, o próprio art. 3º do CDC parece limitar sua incidência às relações em que há pagamento, ao conceituar serviço, para os fins da lei, como “[...] qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (grifos acrescidos).

69. Não obstante eventuais discussões sobre o enquadramento ou não dos usuários da vacina como consumidores, para fins de utilização do sistema de proteção conferido pelo CDC, não há dúvida que eventuais danos decorrentes da utilização do insumo poderiam suscitar ações pessoais contra o Estado e/ou contra os fornecedores. No que interessa à presente consulta, cabe perquirir se o Estado poderia assumir a responsabilidade patrimonial extracontratual da empresa fabricante de vacinas perante terceiros.

70. A questão trazida pelo consulente teria, como pano de fundo, a maior autonomia conferida às partes para dispor sobre matéria contratual, o que poderia suscitar a dúvida a respeito da possibilidade de as disposições da Aliança Gavi e os contraentes, mediante consenso, estabelecerem condições contratuais especiais que afastem as regras que protegem o cidadão em caso de dano.

71. Sobre o assunto, entendo que a anuência a normas jurídicas contratuais produzidas por pessoa jurídica externa (Lei 14.121/2021) e a deslegalização de parte da matéria dos ajustes (Lei 14.424/2021) não implicam autorização para revogação de leis tratando de questão estranha à relação entre Estado e fornecedores nem para a edição de cláusulas que contrariem a ordem constitucional.

72. Não obstante, compreendo que, da mesma forma que a responsabilidade contratual, as partes podem promover um rearranjo dos riscos relacionados à eventual responsabilidade de natureza extracontratual, como forma de viabilizar o fornecimento de vacinas e evitar que as contingências, ainda incertas quanto à extensão, onerem demasiadamente o preço da contratação a ponto de torná-la inviável.

73. Essa realocação da matriz de riscos decorre, como visto, da excepcionalidade da situação concreta que se busca remediar, na qual o Estado não tem como usar suas potestades por estar, contingencialmente, em situação de inferioridade factual perante os detentores da tecnologia, **in casu**, os fabricantes de vacinas. Justamente por esse motivo, a relação contratual em análise se aproxima do ambiente de maior autonomia dos contratos empresariais, sendo aceitável, no contexto descrito, a divisão de responsabilidades de natureza extracontratual em razão de vício do produto.

74. Dito isso, o que as regras especiais da Aliança Gavi e a maior autonomia contratual conferida pela Lei 14.424/2021 podem legitimamente tratar, dentro da ideia de redistribuição de riscos que a situação concreta pode supostamente demandar, é sobre a eventual assunção, por parte da União, da responsabilidade pelo pagamento das indenizações aos cidadãos, que eventualmente sofram danos em função do insumo consumido.

75. Aplica-se aqui a doutrina de Leticia Marquez de Avelar:

*“As partes não podem, por vontade própria, exonerarem-se da responsabilidade que decorre da lei. O que se admite é a exoneração convencional do dever de indenizar, mas nunca da responsabilidade. Assim, o agente que causa dano a outrem porque descumpre uma obrigação convencionalmente contratualmente [...] não deixará de ser responsável, mas poderá ser eximido do pagamento da indenização que seria devida ao credor se houver sido estipulada a cláusula de não indenizar, desde que válida e eficaz no caso concreto.”*  
(AVELAR, Leticia Marquez de. A cláusula de não indenizar: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) –

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. pp. 41-42. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16082012-154850/pt-br.php>>. Acesso em: 12/3/2021)

76. Dessa forma, cabe responder ao consulente que não há óbice a que a União pactue, nos contratos firmados em razão das Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a limitação ou exoneração da empresa fornecedora quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas, de modo que a obrigação pelo pagamento seja assumida, total ou parcialmente, pelo Poder Público, ressalvados os limites expostos no capítulo V. Isso será possível se a cláusula estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e constituir condição indispensável para a aquisição das vacinas.

77. Quanto à última indagação dentro do presente tópico, não vislumbro qual razão de interesse público levaria o Ministério da Saúde e as fornecedoras de vacinas a pactuarem o afastamento de normas de caráter internacional, tais como as previstas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

78. Pela ausência de maiores elementos sobre a questão controvertida, abstenho-me de avançar na resposta da pergunta, cabendo tão somente afirmar que a maior autonomia conferida aos contratos firmados em razão das Leis 14.121/2021 e 14.124/2021 não implica a possibilidade de se afastar a incidência de outras normas além das expressamente especificadas, nem de se pactuarem cláusulas contrárias à constituição e à ordem pública.

V - É admissível que, em um contrato de fornecimento de vacinas, o Poder Público assumira a integralidade ou a quase integralidade dos riscos contratuais na alocação de riscos prevista? Considerando a situação delicada envolvida, qual deve ser a análise de riscos a ser feita pelo gestor ao decidir pela admissibilidade ou não de certas cláusulas de alocação de riscos?

79. Conforme visto, é perfeitamente possível o Poder Público pactuar novas regras de distribuição de riscos, no que se refere aos contratos para aquisição de vacinas, considerando a maior autonomia contratual conferida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021 e a premência na remediação da situação de emergência causada pela pandemia do novo coronavírus.

80. Essa opção deve ser devidamente motivada, cabendo ao Estado seguir as boas práticas de governança, gestão de riscos e controles internos, bem como as circunstâncias excepcionais postas, a fim de avaliar se os termos propostos pelas fornecedoras constituem cláusulas uniformes praticadas atualmente em contratações com outros países e se são imprescindíveis à obtenção de vacinas.

81. Como limites a essa assunção de riscos, cabe invocar as balizas trazidas pela doutrina.

82. Segundo Sílvio de Salvo Venosa, seria incabível uma cláusula de limitação de responsabilidade que abarcasse atos praticados com dolo ou culpa grave, uma vez que isso eliminaria a eficácia preventiva do direito da responsabilidade contratual. Em suas palavras:

*“De qualquer forma, ainda que livremente convencionada, não opera essa cláusula em caso de dolo do agente. Não é porque o contratante sabe que está isento de indenizar que intencionalmente possa ocasionar o dano. Como nessa inconveniente cláusula, naturalmente o agente relaxa no cumprimento da obrigação, se sua culpa for de elevado nível (culpa grave), sua conduta se equipara ao dolo. O caso concreto vai elucidar o juiz.”* (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 336)

83. No mesmo sentido, cabe invocar a doutrina de José Luiz Bayeux Neto: *“Em contratos paritários, o único controle material das cláusulas de limitação de responsabilidade deve ser relativo à exclusão por dolo e culpa grave. Essas duas restrições seriam suficientes para se mitigar os efeitos do moral hazard decorrente da redução ou exclusão da responsabilidade do devedor.”* (BAYEUX

NETO, José Luiz. A validade da cláusula de limitação de responsabilidade no direito privado e, em especial, no contrato de transporte de carga. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p.270. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22082017-152228/>>. Acesso em: 15/3/2021.

84. A academia traz outra condição à aceitação da cláusula de limitação de responsabilidade, que seria a ideia de ordem pública. Nesse sentido, invoco novamente as lições de Sílvio de Salvo Venosa (**op. cit.**, p. 335), sendo oportuno transcrever o seguinte trecho da doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “*Para esse novo Direito Civil, mais socializado, subversivo dos antigos paradigmas, a cláusula de não indenizar, posto que não seja vedada pelo Código Civil, é condicionada a alguns parâmetros como a igualdade dos estipulantes e a não infringência de superiores preceitos de ordem pública*” (FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 168).

85. Cabe suscitar, entretanto, a dificuldade de se apontar, previamente, sem a devida consideração da situação concreta, quando ocorreria a infração à ordem pública, devido à polissemia e ao caráter abstrato do termo, o que implica a necessidade do labor do intérprete quanto ao seguimento das regras de hermenêutica e a devida consideração do art. 20 da LINDB. Invocam-se, aqui, as considerações tratadas no capítulo II deste voto, a respeito do que vem a ser ordem pública.

86. Pelas dificuldades envolvidas na solução de eventual questão jurídica seria importante que as cláusulas de alocação dos riscos dos contratos de aquisição de vacinas, assim como o seu inteiro teor, fossem precedidas de parecer jurídico da AGU, a fim de possibilitar o escoreito tratamento à questão.

#### VI – Conclusão

87. Dessa forma, divergindo do parecer da SecexSaúde, julgo pertinente responder ao consulente que:

a) no caso de contradição entre as regras da Aliança Gavi sobre contrato, internalizadas pela Lei 14.121/2021, e as demais normas legais que tratem da designada teoria geral dos contratos, aplicam-se aquelas, por expressa opção do legislador;

b) no caso de contradição entre as cláusulas especiais estabelecidas nos limites do art. 12 da Lei 14.124/2021 e as demais normas legais que tratem da designada teoria geral dos contratos, aplicam-se aquelas, por expressa opção do legislador;

c) as cláusulas contratuais estabelecidas em razão das regras da Aliança Gavi sobre contrato, internalizadas pela Lei 14.121/2021, ou em função do permissivo do art. 12 da Lei 14.124/2021, devem estar de acordo com a ordem pública, de modo que eventual tratativa a respeito de sua incompatibilidade deve contar com o devido suporte da AGU, a fim de possibilitar o escoreito tratamento à questão;

d) a autonomia contratual conferida à União por meio dos arts. 2º da Lei 14.121/2021 e 12 da Lei 14.124/2021, em razão da situação emergencial decorrente da pandemia do novo coronavírus, permite que o Poder Público assuma compromissos tais como a aprovação de leis ou a expedição de atos de incumbência de outros ministérios, desde que isso não implique violação da Constituição. Nesta hipótese, cabe à Casa Civil da Presidência da República assumir as tratativas do acordo, com vistas à sua escoreita operacionalização. Quanto às consequências do descumprimento do ajuste, o tema deverá ser tratado pelas partes no contrato;

e) a maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, a exemplo da Lei de

Responsabilidade Fiscal e da Lei 4.320/1964, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil);

f) não há óbice a que o regime jurídico contratual especial, relacionado à aquisição de vacinas, envolva as questões específicas do processo judicial passíveis de disposição pelas partes, a exemplo dos arts. 63 (alteração da competência para processamento em razão do valor e do território), 313, inciso III (convenção para suspensão do processo), e 471 (seleção do perito), todos do CPC;

g) caso o acordo de aquisição de vacinas contenha cláusula envolvendo a transação de direitos processuais, é necessária a emissão de parecer autorizativo pela Advocacia-Geral da União, em linha de coerência com a Lei 13.140/2015;

h) não é possível vislumbrar, de modo antecipado, quais propósitos levariam o Poder Público e as fornecedoras de vacinas a pactuarem o afastamento de regras processuais da Lei 9.874/1999, que possui como norte os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência;

i) considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há impedimento jurídico, a partir da ampliação da autonomia contratual concedida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a que o Estado Brasileiro aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras, se esta condição estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e for requisito intransponível para a aquisição do produto, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública;

j) considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico a que a União pactue, nos contratos firmados em razão das Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a limitação ou exoneração da empresa fornecedora quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas, de modo que a obrigação pelo pagamento seja assumida, total ou parcialmente, pelo Poder Público, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública. Isso será possível se a cláusula estiver sendo adotada nos negócios firmados com os diversos países e constituir condição indispensável para a aquisição das vacinas.

l) não é possível vislumbrar qual razão de interesse público levaria o Poder Público e as fornecedoras de vacinas a pactuarem o afastamento de normas de caráter internacional, tais como as previstas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas;

m) é perfeitamente possível o Poder Público pactuar novas regras de distribuição de riscos, no que se refere aos contratos para aquisição de vacinas, considerando a maior autonomia contratual conferida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021 e a premência na remediação da situação de emergência causada pela pandemia do novo coronavírus;

n) essa opção deve ser devidamente motivada, cabendo ao Estado seguir as boas práticas de governança, gestão de riscos e controles internos, bem como as circunstâncias excepcionais postas, a fim de avaliar se os termos propostos pelas fornecedoras constituem cláusulas uniformes praticadas atualmente em outras contratações com outros países e se são imprescindíveis à obtenção de vacinas;

o) como limite a essa autonomia contratual, não é possível o Estado assumir a responsabilidade por riscos ligados a danos decorrentes de atos praticados com dolo ou culpa grave ou que se mostrem contrários à ordem pública; e

p) pelas dificuldades envolvidas na solução de eventual questão jurídica, seria importante que as cláusulas de alocação dos riscos dos contratos de aquisição de vacinas, assim como o seu inteiro

teor, fossem precedidas de parecer jurídico da AGU, a fim de possibilitar o escoreito tratamento à questão.

88. Diante de todo o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 17 de março de 2021.

BENJAMIN ZYMLER  
Relator

## ACÓRDÃO Nº 534/2021 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 006.851/2021-5.
2. Grupo II – Classe de Assunto: III - Consulta
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Entidade: Ministério da Saúde.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaude).
8. Representação legal: não há

## 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que versam sobre consulta formulada pelo Ministro de Estado da Saúde Eduardo Pazuello a respeito da melhor exegese dos arts. 2º da Medida Provisória 1.003/2020 e 12 da Medida Provisória 1.026/2021, que foram, respectivamente, convertidas nas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, XVII, da Lei 8.443/1992 c/c art. 264, VI, do Regimento, para responder ao consulente que:

9.1.1. no caso de contradição entre as regras da Aliança Gavi sobre contrato, internalizadas pela Lei 14.121/2021, e as demais normas legais que tratem da designada teoria geral dos contratos, aplicam-se aquelas, por expressa opção do legislador;

9.1.2. no caso de contradição entre as cláusulas especiais estabelecidas nos limites do art. 12 da Lei 14.124/2021 e as demais normas legais que tratem da designada teoria geral dos contratos, aplicam-se aquelas, por expressa opção do legislador;

9.1.3. as cláusulas contratuais estabelecidas em razão das regras da Aliança Gavi sobre contrato, internalizadas pela Lei 14.121/2021, ou em função do permissivo do art. 12 da Lei 14.124/2021, devem estar de acordo com a ordem pública, de modo que eventual tratativa a respeito de sua incompatibilidade deve contar com o devido suporte da AGU, a fim de possibilitar o correto tratamento à questão;

9.1.4. a autonomia contratual conferida à União por meio dos arts. 2º da Lei 14.121/2021 e 12 da Lei 14.124/2021, em razão da situação emergencial decorrente da pandemia do novo coronavírus, permite que o Poder Público assuma compromissos tais como a aprovação de leis ou a expedição de atos de incumbência de outros ministérios, desde que isso não implique violação da Constituição. Nesta hipótese, cabe à Casa Civil da Presidência da República assumir as tratativas do acordo, com vistas à sua correta operacionalização. Quanto às consequências do descumprimento do ajuste, o tema deverá ser tratado pelas partes no contrato.

9.1.5. a maior autonomia contratual, seja pela adesão às regras da Aliança Gavi, seja pela aceitação das cláusulas impostas pelo fornecedor de vacinas como condição à conclusão do negócio, não pode levar à estipulação de obrigações que contrariem outras normas cogentes do nosso ordenamento jurídico que não foram afastadas pelas leis mencionadas, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei 4.320/1964, até porque é requisito de validade de todo negócio jurídico que seu objeto seja lícito (art. 104, inciso II, do Código Civil);

9.1.6. não há óbice a que o regime jurídico contratual especial, relacionado à aquisição de vacinas, envolva as questões específicas do processo judicial passíveis de disposição pelas partes, a exemplo dos arts. 63 (alteração da competência para processamento em razão do valor e do território), 313, inciso III (convenção para suspensão do processo), e 471 (seleção do perito), todos do CPC;

9.1.7. caso o acordo de aquisição de vacinas contenha cláusula envolvendo a transação de direitos processuais, é necessária a emissão de parecer autorizativo pela Advocacia-Geral da União, em linha de coerência com a Lei 13.140/2015;

9.1.8. não é possível vislumbrar, de modo antecipado, quais propósitos levariam o Poder Público e as fornecedoras de vacinas a pactuarem o afastamento de regras processuais da Lei 9.874/1999, que possui como norte os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência;

9.1.9. considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico, a partir da ampliação da autonomia contratual concedida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a que o Estado Brasileiro aceite eventual cláusula limitadora de responsabilidade contratual das empresas fornecedoras, se esta condição estiver sendo praticada nos negócios firmados com os diversos países e for requisito intransponível para a aquisição do produto, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública;

9.1.10. considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda, não há óbice jurídico a que a União pactue, nos contratos firmados em razão das Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a limitação ou exoneração da empresa fornecedora quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas, de modo que a obrigação pelo pagamento seja assumida, total ou parcialmente, pelo Poder Público, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública. Isso será possível se a cláusula estiver sendo adotada nos negócios firmados com os diversos países e constituir condição indispensável para a aquisição das vacinas.

9.1.11. não é possível vislumbrar qual razão de interesse público levaria o Poder Público e as fornecedoras de vacinas a pactuarem o afastamento de normas de caráter internacional, tais como as previstas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas;

9.1.12. é perfeitamente possível o Poder Público pactuar novas regras de distribuição de riscos, no que se refere aos contratos para aquisição de vacinas, considerando a maior autonomia contratual conferida pelas Leis 14.121/2021 e 14.124/2021 e a premência na remediação da situação de emergência causada pela pandemia do novo coronavírus;

9.1.13. essa opção deve ser devidamente motivada, cabendo ao Estado seguir as boas práticas de governança, gestão de riscos e controles internos, bem como as circunstâncias excepcionais postas, a fim de avaliar se os termos propostos pelas fornecedoras constituem cláusulas uniformes praticadas atualmente em outras contratações com outros países e se são imprescindíveis à obtenção de vacinas;

9.1.14. como limite a essa autonomia contratual, não é possível o Estado assumir a responsabilidade por riscos ligados a danos decorrentes de atos praticados com dolo ou culpa grave dos fornecedores de vacinas ou terceiros ou que se mostrem contrários à ordem pública; e

9.1.15. pelas dificuldades envolvidas na solução de eventual questão jurídica, seria importante que as cláusulas de alocação dos riscos dos contratos de aquisição de vacinas, assim como o seu inteiro teor, fossem precedidas de parecer jurídico da AGU, a fim de possibilitar o correto tratamento à questão.

9.2. dar ciência da presente deliberação aos Ministros da Saúde, da Advocacia-Geral da União e da Casa Civil;

9.3. arquivar o presente processo, nos termos do art. 169, inciso IV, do Regimento Interno.

10. Ata nº 8/2021 – Plenário.

11. Data da Sessão: 17/3/2021 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0534-08/21-P.

**13. Especificação do quórum:**

13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, Bruno Dantas, Vital do Rêgo e Jorge Oliveira.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)  
ANA ARRAES  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
BENJAMIN ZYMLER  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA  
Procuradora-Geral