

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR

REFERÊNCIA: DISPENSA DE LICITAÇÃO- COVID 19

ASSUNTO: COVID 19. ART 37 CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS(8.666/93). LEI FEDERAL 13.979/2020. NOVA HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. CRITÉRIOS ESTABELECIDOS DE CONTRATAÇÃO POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. PUBLICIDADE. CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

INFORMAÇÕES TÉCNICO-JURÍDICAS Nº 01/2020 (artigo 23, inciso II, da Lei Complementar 12/94)

A Constituição Federal de 1988 elenca, em seu art. 37, caput, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como norteadores da atuação da Administração Pública. A doutrina, por seu turno, destaca que a atuação administrativa deve seguir os ditames dos princípios da Supremacia e o da Indisponibilidade do Interesse Público. É sob a égide destes princípios que nasce a ideia do procedimento de licitação: um procedimento administrativo formal, idôneo e impessoal para que o Estado, com recursos públicos, adquira bens, serviços e obras de pessoas privadas. Assim conceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Licitação é o procedimento prévio à celebração dos contratos administrativos, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, promover o desenvolvimento nacional e garantir a isonomia entre os licitantes. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31ª edição. Pag. 463)

Acerca do tema, ainda, estabelece a Constituição Federal:

1) inciso XXVII do art. 22, CF, o qual outorga à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios e, guardadas as peculiaridades, para as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista;

2) inciso XXI do art 37 da CF, o qual 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, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

3) art. 175 da CF, ao tratar da prestação de serviços, públicos firmou que sua prestação, diretamente pelo Poder Público ou por regime de concessão ou permissão, decorrerá sempre de Licitação;

Da leitura dos citados artigos é possível deduzir que a competência para estabelecer normas gerais de licitação pertence a União, restando para os Estados o papel de suplementar a legislação federal e para os Municípios a restrição de apenas legislar sobre aquilo que tocar o interesse local.

Conclui-se que a isonomia e a impessoalidade são diretrizes da escolha do vencedor, bem assim que o procedimento administrativo licitatório é obrigatório, cabendo à lei regulamentar sobre as exceções a esse dever.

No exercício de sua competência legislativa para estabelecer normas gerais de licitação, a União editou a Lei Federal 8.666/93. O referido diploma buscou regulamentar e, por conseguinte, dar eficácia as destacadas normas constitucionais. Em seu art. 3º, a referida lei aduziu, ainda, a princípios especificamente aplicáveis às licitações, são eles: o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, da promoção do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como determinou em quais hipóteses o princípio constitucional da obrigatoriedade poderá ser excepcionado. Vejamos a redação dos artigos correspondentes.

“Art. 3º- A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

É importante salientar que referido diploma legal deverá ser aplicado no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Nesse sentido, seguindo a análise dos aspectos centrais da lei, é possível notar que, subordinam-se ao regime desta, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e

demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ademais, poderão ser contratados através da aplicação da lei regulamentadora, qualquer pessoa física ou jurídica (art. 6º, XV) que preencha os requisitos de habilitação jurídica (art. 28), fiscal e trabalhista (art. 29) e técnica (art. 30).

O objeto da licitação, por seu turno poderá ser obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações (art. 1º). Seja qual for o objeto, como regra, antes de ocorrer a licitação, a Administração Pública deverá elaborar um Projeto Básico, o qual acompanhará o edital de licitação. Esse projeto básico deve conter o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço.

Ainda sobre o objeto é importante pontuar que a lei buscou garantir meios da Administração Pública adequar o objeto do contrato, já vigente, ao interesse público. Nesse sentido a lei determina que o contratado está obrigado a aceitar o acréscimo ou a diminuição valor do objeto em até 25%, sendo este percentual de 50% para obras.

No que diz respeito às compras, a citada legislação comanda que estas, sempre que possível, deverão atender ao princípio da padronização e deverão ser processadas pelo sistema de registro de preços (art. 15, II). O registro de preços, nesse sentido, será precedido de ampla pesquisa de mercado, garantida a publicidade da ata de registro de preços, a qual poderá ser impugnada por qualquer cidadão (art. 15, 6º).

As fases da licitação consistem na publicação do edital, na verificação da habilitação dos concorrentes, na classificação das propostas, na homologação e na adjudicação do vencedor. No que tange à classificação das propostas, diferenciam-se os tipos de licitação (melhor técnica, menor preço, técnica e preço) das modalidades de licitação (concorrência, tomada de preço, convite, leilão e pregão), a partir da escolha de ambos critérios, será feita a classificação das propostas.

Da leitura da Constituição Federal, é possível notar que o Constituinte Originário deu ao legislador a oportunidade de estabelecer ressalvas à obrigatoriedade da licitação. No uso desta ressalva, os art. 24 e art. 25 da Lei Federal 8.666/93 estabeleceram hipóteses legais de inexigibilidade, cujo fundamento reside na impossibilidade concorrência de propostas, e de dispensa de licitação, cujo fundamento é a necessidade de pronto e integral atendimento do interesse público primário. Destacou-se abaixo o dispositivo que nos importa a abordagem:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;”

A hipótese destacada é um exemplo de oportunidade em que o procedimento burocrático formal não atenderia ao interesse público. Ainda assim, os artigos seguintes da Lei Federal 8.666/93 buscam orientar a formalidade deste procedimento de dispensa para evitar o seu desvio de finalidade. Vejamos a redação do art. 26, parágrafo único do referido diploma:

“Art. 26 Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II- razão da escolha do fornecedor ou executante;

III- justificativa do preço.

IV- documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”

Conclui-se que a Lei Federal 8.666/93 cumpre o papel de bem regulamentar o procedimento de licitação programado pelo constituinte originário desde a publicação do edital até a adjudicação do objeto ao vencedor, passando ainda pelas hipóteses de inexigibilidade e dispensa, conforme verificada a necessidade de melhor atender o interesse público.

A LEI 13.979/20 – NOVAS REGRAS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO

Em 11.03.2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou pandemia para o Coronavírus, momento em que uma doença se espalha por diversos continentes com transmissão sustentada entre humanos.

Seguindo a emergência mundial, ocorreu a decretação de calamidade pública

pelo Governo Federal (Decreto nº 6 de 20 de março de 2020) e a decretação de calamidade pública pelo Governo do Estado Pernambuco (Decreto Estadual nº 48.833 de 20 de março de 2020). A partir disso, foram editadas novas leis para atender o interesse público enquanto perdurar o período de exceção.

A Lei Federal nº 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória nº 926 de 2020, foi um dos diplomas promulgados. Esta, por sua vez, dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus. Dentre as medidas, aqui importa-nos destacar a possibilidade de dispensa de licitação ali prevista:

“Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.”

Nos debruçaremos agora sobre as mudanças que a nova lei traz ao processo de dispensa de licitação.

Dispõe o artigo 1º da Lei nº 8666/93, em seu parágrafo único:

“Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Já o artigo 6º da citada legislação preconiza:

“ Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XIV - Contratante - é o órgão ou entidade signatária do instrumento contratual;

XV - Contratado - a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública;(....)

A Lei Federal 13.979/2020 dispõe em seu artigo 4º o seguinte:

“É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.”

Outrossim, aduz que os objetos de aquisição não se restringem a bens novos.

“Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se

refere o caput do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido”.

A contratação por dispensa de licitação, de acordo com Lei 13.979/2020, está condicionada a existência da situação de enfrentamento da pandemia causada pelo coronavírus, que justificou a própria promulgação da lei.

“Art. 4º § 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”.

Os contratos, por seu turno, terão vigência de 6(seis) meses, em regra, prorrogáveis por mais 6 meses, enquanto houver necessidade:

“Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública”.

As dispensas de licitações fundamentadas na situação emergencial corrente têm como condições preenchidas, por presunção, aquelas constantes do art. 4º B da Lei 13.979/2020:

“Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de:

I - ocorrência de situação de emergência

II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;

III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;
e

IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Art. 4º-C - Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns”.

Ademais, conforme a nova lei, para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e

serviços comuns (4° C).

Além, trouxe a mencionada legislação a possibilidade da dispensa de licitação ser feita mediante a apresentação de projeto básico ou termo de referência simplificados:

“Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

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

I - declaração do objeto;

II - fundamentação simplificada da contratação;

III - descrição resumida da solução apresentada;

IV - requisitos da contratação;

V - critérios de medição e pagamento;

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

a) Portal de Compras do Governo Federal;

b) pesquisa publicada em mídia especializada;

c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;

d) contratações similares de outros entes públicos; ou

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e

VII - adequação orçamentária.”

Também, a lei dispõe que a estimativa de preços poderá ser dispensada mediante justificativa da autoridade competente(excepcionalidade), bem como aduz que se verificado o sobrepreço, não haverá o impedimento para contratação pelo Poder Público por valores superiores, decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, devendo ser devidamente justificada pelo gestor. Destacamos os parágrafos correspondentes:

“Art 4-E § 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput.

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por

valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos”.

Por seu turno, a referida legislação trouxe hipótese excepcional (*restrição de fornecedores ou prestadores de serviço*) de dispensa das comprovações de regularidade fiscal ou trabalhista, bem assim do cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação. Porém a lei ressalva que será exigida a apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e de que obedece a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. Vejamos o artigo:

“Art. 4º-F -Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no XXXIII do caput do art. 7º da Constituição.”

Por outro lado, importante pontuar que as modalidades de licitação existentes são aquelas dispostas na Lei nº 8.666/93, quais sejam: concorrência, tomada de preço, convite, leilão e pregão. A escolha da modalidade deve obedecer ao referencial do valor total do objeto do contrato.

A Lei 13.979/2020, ainda, cita o pregão, dispondo que :

“ Art. 4º-G -Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade. “

A Lei Federal 13.979/2020 nada aduz sobre a obrigatoriedade do uso de quaisquer dos tipos de licitação. Assim, cabe ao Agente Público, segundo a conveniência e oportunidade, no melhor atendimento ao interesse público e dentro da legalidade, escolher entre os tipos de licitação dispostos na Lei nº 8.666/93.

No que diz respeito aos termos do contrato, na vigência da Lei excepcional, é importante observar os seguintes dispositivos:

Primeiro, o artigo 4º D, cujo conteúdo difere da Lei 8666/93, ao permitir que a Administração Pública pactue a alocação dos riscos durante a vigência do contrato:

“Art. 4º-D - O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato.”

Já o art. 4º-A, permite que sejam adquiridos bens usados, sob a condição de o fornecedor se responsabilizar pelo pleno funcionamento do objeto:

“Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o caput do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido.”

O art. 4º-I dispõe que a Administração Pública poderá obrigar os contratados, nas mesmas condições, ao acréscimo ou supressões ao objeto contratado em até 50% do valor inicial atualizado:

“Art. 4º-I - Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.”

Assim como dispõe a Constituição Federal e a Norma Geral de Licitações (Lei nº 8666/93, a Lei 13.979/2020 também preconiza sobre a publicidade dos atos administrativos nela fundamentados. Diz o dispositivo:

“Art. 4º § 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.”

Neste contexto, os atos administrativos que destoarem dos limites da legalidade das observações anteriormente formuladas estão sujeitos ao controle jurisdicional, detendo o Ministério Público legitimidade para recomendar sua revogação e pleitear judicialmente sua anulação, por meio de Ação Civil Pública.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, entende-se que os procedimentos de aquisição de materiais e serviços, no âmbito da Administração Pública, estão sujeitos ao art. 37, caput e inciso XXI da CF, bem como às normas da Lei nº 8666/93.

Com a vigência da Lei Federal 13.979/2020, restou prevista modalidade

específica de dispensa de licitação, sendo que cabe à Administração Pública observar os mandamentos constitucionais, mediante a realização de procedimento administrativo formal, idôneo e impessoal para a aquisição bens, serviços e obras.

Por fim, resta ao Ministério Público, no exercício de suas funções constitucionais, promover a fiscalização e o controle externo dos atos administrativos praticados durante o período de Emergência Pública, podendo para isso lançar mão dos instrumentos extrajudiciais e judiciais pertinentes em cada caso concreto.

Recife, 30 de março de 2020.

LUCILA VAREJÃO
COORDENADORA
CAOP - PATRIMÔNIO PÚBLICO E TERCEIRO SETOR