

Porto Alegre, 20 de março de 2020.

Boletim Técnico nº 35/2020

Orientações a respeito das licitações e contratos municipais, em decorrência da pandemia do Coronavírus, inclusive considerando o Ofício Circular DCF nº 007/2020, do Tribunal de Contas do Estado/RS.

Temos sido questionados a respeito de procedimentos a serem adotados em relação aos processos de contratações públicas em decorrência da pandemia do Coronavírus, que tem gerado entraves no processamento regular de algumas licitações e gerado impactos nas execuções de contratos administrativos.

A situação é nova para todos, demandando a construção de soluções conjuntas, a partir do somatório das experiências e compartilhamento das informações. Por essa razão, copilamos algumas das perguntas mais frequentes e algumas alternativas de atendimento dessas demandas, com o objetivo de auxiliar o Município na tomada de decisões, conforme segue.

1. Podemos manter a realização de licitações presenciais, inclusive aquelas que exigem visita técnica, a serem realizadas nos próximos dias?

Dentre as diversas medidas recomendadas para combater a transmissão do vírus, está o isolamento social, em razão do qual os Poderes em todas as esferas da Federação estão adotando diversas medidas para evitar aglomerações e contatos desnecessários entre as pessoas, como, por exemplo, restrições a funcionamento de estabelecimentos, redução de transportes públicos, suspensão e cancelamento de audiências, eventos públicos, dentre outras, conforme noticiado em nossos Boletins Técnicos 31, 32 e 33, de 2020.

Nesse contexto, além de ser prudente que a Administração evite as reuniões presenciais, inclusive as sessões de licitações, pode ser inviável a sua realização na prática, seja por falta de interessados, seja por impossibilidade de locomoção dos interessados até o local da sessão, ou seja pelo não recebimento dos envelopes em tempo hábil, em razão das medidas adotadas pelos Correios¹ e que, provavelmente, foram adotadas por outras empresas de logística.

Assim, embora a decisão deva ser tomada pelo gestor, considerando todo esse contexto e sua realidade local, não é recomendável a realização indiscriminada de sessões presenciais de licitações, muito menos a exigência de visita técnica, que nesse quadro poderá ser considerada como restrição indevida da competição, enquanto perdurarem as orientações dos órgãos federais e estaduais de saúde de isolamento como medida de prevenção ao Coronavírus.

2. É possível a suspensão das licitações presenciais agendadas para os próximos dias, em virtude da pandemia Coronavírus?

As licitações presenciais para acontecer nos próximos dias, podem ser suspensas ou reagendadas, de acordo com a avaliação da necessidade do gestor, desde que observado os procedimentos do art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, ou seja, mediante publicação de aviso em todos os meios em que divulgado o edital original.

Em relação as licitações já iniciadas, com sessões de continuidade agendadas, também são possíveis suspensões ou remarcações de datas. Porém, nesse caso, a divulgação da decisão deve ser publicada na imprensa oficial da Administração, recomendando-se o envio de aviso de forma eletrônica diretamente aos licitantes participantes.

¹ <https://www.correios.com.br/noticias/correios-2013-medidas-preventivas-para-o-combate-ao-novo-coronavirus>. Acesso em 19/03/2020.

3. É possível a revogação de pregão presencial marcado para os próximos dias, em virtude da pandemia Coronavírus, e a transformação da licitação em pregão eletrônico?

Sim, poderá haver a revogação da licitação, a critério do gestor, fundamentada no art. 49, da Lei de Licitações. O ato deverá ser justificado nas razões de interesse público, qual seja, a pandemia do Coronavírus, podendo, o objeto, ser licitado através da publicação de novo pregão, na forma eletrônica.

4. A Administração pode contratar bens e serviços através da dispensa de licitação, prevista no art. 4º, da Lei Federal nº 13.979/2020, que “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”? É necessária a edição de Decreto Municipal dispondo as providências para tal?

A Lei nº 13.979/2020 criou, no art. 4º, uma nova hipótese de dispensa de licitação, temporária e aplicável apenas durante o período da decretação de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo Coronavírus:

Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

§ 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.

§ 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.

Nesses casos, entendemos não ser necessário o decreto de emergência pelo Município, na mesma linha do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, mas a efetiva caracterização da necessidade e a relação com o Coronavírus. Embora a dispensa não tenha sido incluída no rol do art. 24 da Lei 8.666/1993, a Administração deve observar o art. 26 da mesma norma, para a formalização do processo.

Ressalta-se a necessidade disponibilizar 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, por exigência do art. 4º, §2º, da Lei nº 13.979/2020.

5. É possível a contratação de outros bens, serviços e obras, que sejam emergenciais para a Administração, mas que não diretamente da área de saúde?

A Lei nº 8.666/1993, em seu art.24, inciso IV, a Lei nº 8.666/1993 prevê ser 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;

Ao tratar da contratação com fundamento na emergência, JUSTEN FILHO pondera que tal dispositivo foi criado para atender “casos em que o

decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis”², devendo a Administração avaliar a presença de dois pressupostos: demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano e a demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco. O autor ressalta que a urgência deve ser concreta e efetiva e que a contratação imediata apenas será admissível se demonstrado que o ajuste é meio adequado e suficiente para eliminar o risco.

Assim, havendo a necessidade urgente, devidamente demonstrada em processo administrativo, formalizado nos moldes do art. 26 da Lei nº 8.666/1993, é possível a celebração de contratos com dispensa de licitação, ressaltando-se o prazo limite de 180 (cento e oitenta) de vigência, a contar da emergência, sendo vedada a prorrogação dos contratos.

Em seu Ofício Circular DCF nº 007/2020, o Tribunal de Contas do Estado/RS destaca alguns efeitos jurídicos da decretação de urgência ou de calamidade pública, mencionando possibilidade de contratações emergenciais a partir de tal reconhecimento pelo Poder Legislativo Estadual, com fundamento no art. 65 da Constituição da República.

Todavia, a contratação com base no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, norma nacional de licitações e contratações públicas, não faz tal exigência, sendo reconhecida urgência do atendimento como elemento central da hipótese. Da mesma forma, em via inversa, a decretação da situação de emergência ou do estado de calamidade, por si só, não autoriza contratações emergências, ainda que reconhecidas pela Assembleia Legislativa, sendo necessária a demonstração do nexo da contratação com o enfrentamento da demanda urgente.

² USTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 485 a 489.

6. Como contratar bens e serviços em razão de as licitações presenciais, realizadas nos últimos dias, terem sido desertas? Seria aplicável o art. 24, inciso V, da Lei nº 8.666/1993?

A hipótese do inciso V do art. 24 é específica para licitações desertas, ou seja, quando não acudirem interessados à licitação anterior, e desde que esta não possa ser repetida sem prejuízo para a Administração e mantidas todas as condições preestabelecidas, ou seja, as mesmas condições do edital anterior. Assim, em tese, seria possível a sua utilização, desde que presente os requisitos fáticos e jurídicos exigidos pela norma.

Porém, se a licitação deserta for no âmbito do Sistema de Registro de Preços (SRP), não é possível a aplicação do art. 24, inciso V. O registro de preços é sistema previsto na Lei nº 8.666/1993, em seu art. 15, inciso II, e §§1º e 6º, sendo importante instrumento de planejamento e gestão das contratações administrativas, servindo especialmente para atendimento de demandas futuras e incertas da Administração, podendo ser realizado na modalidade concorrência e pregão, exclusivamente (art. 15, §3º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 e art. 11 da Lei nº 10.520/2002).

Além da expressa previsão normativa de que o registro de preços será estabelecido mediante concorrência ou pregão, o que, a nosso ver, afastaria qualquer outra forma de seleção, a dispensa de licitação prevista no inciso V do art. 24 exige a demonstração da inviabilidade de repetição do certame sem prejuízo para a Administração, o que está relacionado principalmente aos riscos na demora inerente ao processo de licitação, o que seria incompatível com a própria escolha do registro de preços, que, por sua vez, é relacionado ao atendimento de demandas futuras e incertas da Administração.

Da mesma forma, se o certame deserto for uma licitação diferenciada, prevista no art. 48, incisos I a III, da Lei Complementar nº 123/2006, não é possível a aplicação do art. 24, inciso V, pois a própria Lei Complementar prevê a não aplicação dos benefícios do art. 48 em dispensas (exceto pelo valor) e inexigibilidades (art. 49, inciso IV).

Nesses casos, a Administração poderá fazer uma contratação emergencial para a aquisição das quantidades necessárias para atender a urgência, até que a nova licitação seja providenciada, se preenchidos os requisitos fáticos e jurídicos preconizados pelo inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

Outra questão a ser avaliada pela Administração é que, na contratação pelo art. 24, inciso V, todas as condições da licitação anterior devem ser observadas, inclusive quantidades. Assim, como não houve disputa, se a Administração pretender adquirir quantidade inferiores ao total previsto, para promover nova disputa, visando a obtenção da proposta mais vantajosa, também não é aplicável o inciso V do art. 24, devendo ser utilizado o inciso IV, se preenchidos os seus requisitos fáticos e jurídicos.

8. Como fazer para receber os documentos nas dispensas de licitações emergenciais, para evitar contatos presenciais desnecessários e considerando a redução das operações dos Correios?

É possível receber todos os documentos por e-mail. Os documentos emitidos eletronicamente, após a conferência pela Administração junto aos sites expedidores, equivalem aos originais (arts. 10 e 11 do Decreto nº 8.538/2015, que regulamenta a Lei nº 12.682/2012), podendo ser impressos pela Administração e juntados ao processo de dispensa.

Nessa mesma linha, o Decreto nº 10.278, de 18 de março de 2020, publicado na data de 19 de março corrente, no Diário Oficial da União, prevê que também os documentos digitalizados poderão ter os mesmos efeitos dos documentos físicos, desde que atendam os requisitos previstos no art. 5, que assim dispõe:

Requisitos na digitalização que envolva entidades públicas

Art. 5º O documento digitalizado destinado a se equiparar a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato perante pessoa jurídica de direito público interno deverá:

I - ser assinado digitalmente com certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, de modo a garantir a autoria da digitalização e a integridade do documento e de seus metadados;

II - seguir os padrões técnicos mínimos previstos no Anexo I; e

III - conter, no mínimo, os metadados especificados no Anexo II.

Em relação aos demais documentos necessários a habilitação, nesse contexto de pandemia, as vias originais ou as cópias autênticas podem ser entregues junto com a via assinada do contrato, no momento do fornecimento ou para fins de início da execução do contrato. A autenticação pode ser feita por servidor da Administração, conforme art. 32 da Lei nº 8.666/1993.

9. É possível a suspensão de serviços (transporte escolar, serviços de limpeza e similares), tendo em vista a suspensão das aulas e outras atividades?

A Lei nº 8.666/1993, em seus arts. 8º e 26, prevê a possibilidade de retardamento da execução dos serviços em razão de insuficiência financeira ou razões de ordem técnica, bem como menciona a possibilidade de paralisação da execução por ordem da Administração no art. 57, §1º, inciso III, e no art. 78, inciso XIV.

Assim, diante da realidade do caso concreto, dado o enfrentamento da situação do Coronavírus, é possível que a Administração determine a suspensão da execução do contrato, em despacho fundamentado do ordenador da despesa.

10. Em havendo a suspensão de contratos administrativos, a Administração terá o dever de pagar o contratado?

Em princípio, não tendo a prestação dos serviços e, portanto, sem a efetiva liquidação da despesa, não haverá pagamento devido, a exemplo do que ocorre nos períodos de recesso e férias escolares, no caso do transporte escolar.

11. É possível a Administração recuperar os dias parados quando da retomada das aulas e as demais atividades da Administração?

O art. 57, § 1º, inciso III, prevê a como justificativa para prorrogação dos prazos de execução a interrupção da execução do contrato por ordem da Administração. E o art. 79, § 5º, estabelece que o cronograma de execução pode ser prorrogado automaticamente e por igual tempo em caso de paralisação, impedimento ou sustação do contrato.

Assim, é possível acrescentar os dias de suspensão da execução, ao final, para realizar o transporte escolar quando da recuperação das aulas, por exemplo.

12. Se for adotado o ensino a distância, há possibilidade de supressão dos dias sem transporte escolar do contrato?

Se a Administração realizar ensino à distância, não havendo dias de aulas a recuperar e, conseqüentemente, não tendo interesse na prestação dos serviços de transporte escolar, justificadamente, os dias não utilizados podem ser suprimidos do contrato, de forma unilateral, conforme art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993.

13. O contratado é obrigado a aceitar as suspensões dos contratos ou as supressões e acréscimos de quantidades?

Dentre as prerrogativas da Administração, decorrentes do regime de Direito Público a que estão sujeitos os contratos administrativos, está a possibilidade de modifica-los unilateralmente para a melhor adequação ao interesse público (art 58, inciso I, da Lei nº 8.666/1993), dentro dos limites legais e mantido o

equilíbrio financeiro do contrato, conforme destacado no Ofício Circular DCF nº 007/2020, do Tribunal de Contas do Estado/RS.

Em decorrência disso, a Lei nº 8.666/1993 somente admite a possibilidade de o contratado requerer a rescisão do contrato, em razão de interrupções na execução, após o decurso de 120 (cento e vinte) dias, exceto em situações de emergência ou calamidade, quando tal pausa poderá se estender, conforme art. 78, inciso XIV.

A Lei nº 8.666/1993, agora em seu art. 65, inciso I, combinado com §1º, também prevê a possibilidade de a Administração impor a alteração unilateral do contrato, quando houver modificação do projeto e das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos, bem como para acréscimos e diminuições quantitativas do objeto, desde que observados os limites de 25% do valor da contratação, como regra.

14. É possível prorrogar contratos administrativos para evitar a interrupção de serviços contínuos, tendo em vista as dificuldades de realizar processos de contratações nos próximos dias?

A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 57, §4º, prevê que, em caráter excepcional, é possível a prorrogação de serviços de natureza continuada, por até 12 (doze) meses, mediante autorização da autoridade superior, devidamente justificada. Assim, se os contratos de serviços de natureza continuidade estiverem vigentes, mas na iminência de extinção pelo decurso do prazo, e se a Administração entender que, no seu contexto fático, não é possível a realização de nova licitação em tempo hábil, sendo necessária a prorrogação, esta poderá ser fundamentadamente adotada, desde que observando o prazo limite da norma.

15. Quais os passos para instituir o pregão eletrônico em âmbito local, para evitar a realização de licitações presenciais?

O pregão necessita de regulamentação pelo ente público realizador da licitação, o que poderá ser feito mediante decreto (art. 2º, §1º), tal como fez a União, para as licitações federais, por meio do Decreto nº 10.024/2019. Essa consultoria dispõe de modelo de anteprojeto de decreto e de minutas de editais de pregão eletrônico, que poderão ser enviados aos interessados, mediante solicitação pelos nossos canais de atendimento.

Ademais, para a realização do pregão eletrônico, é necessária a utilização de um sistema que permita a participação dos licitantes por meio da internet, dotado de recursos de criptografia e de autenticação que garantam segurança ao processo. Para a escolha do sistema a ser utilizado, deve ser observada as recomendações do Parecer Coletivo do TCE/RS nº 13/2018, cuja ementa transcrevemos:

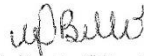
CONSULTA. PREGÃO ELETRÔNICO. COBRANÇA DE TAXA. INC. II DO ART. 5º DA LEI FEDERAL Nº 10.520/02. LEGALIDADE. POSSIBILIDADE. CONVENIÊNCIA. EXISTÊNCIA DE PORTAIS DE PREGÃO GRATUITOS. REGULAMENTAÇÃO EM ÂMBITO LOCAL. É legal a contratação de soluções de TI para pregão eletrônico junto a empresas privadas e a cobrança de taxas pelo uso do sistema adotado, nos termos do dispositivo legal citado. Existência de plataformas para operacionalização do pregão eletrônico de uso gratuito que podem tornar inviável a contratação de plataformas remuneradas. Necessidade de regulamentação em âmbito municipal para o assunto, considerando as particularidades, necessidades e conveniências envolvidas (§ 2º do art. 2º da Lei Federal nº 10.520/02). Impossibilidade de estabelecimento de preços que restrinjam a competitividade e a obtenção da proposta mais vantajosa. Recomendação no sentido de desaconselhar contratações de plataforma de pregão pagas.

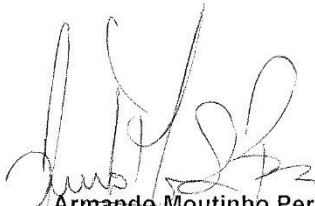
Lembramos que a União oportuniza a utilização gratuita do seu sistema, o COMPRASNET, mediante termo de cooperação técnica, a ser formalizado em meio eletrônico, conforme orientações disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/sisg/termo-de-acesso-siasg-passo-a-passo>.

16. Como ficam os prazos dos sistemas de controle externo do Tribunal de Contas do Estado/RS?

Em seu Ofício Circular DCF nº 007/2020, o Tribunal de Contas do Estado comunica que os seus sistemas de controle externo permanecerão recebendo normalmente os arquivos relativos às remessas do SIAPC-PAD, bem como os demais dados, informações e documentos, mas informa que não haverá a aplicação de qualquer penalidade para eventuais entregas em atraso, durante o período estabelecido na sua Portaria nº 426/2020 (que suspende o expediente presencial no âmbito do Tribunal, no período de 20 de março a 19 de abril), medida que será aplicável para o SIAPC-PAD; LicitaCon; SiapesWeb, SAPIEM e BLM. Em caso de dúvidas, a recomendação é que sejam feitos contatos com Setor de Atendimento do Tribunal ou a abertura de chamados no Portal do TCE-RS, na aba Jurisdicionados.

Vale destacar que a Corte de Contas recomenda que todas as contratações efetivadas pelos órgãos da administração pública gaúcha sejam registradas no Sistema de Licitações e Contratos – LicitaCon.


Márcia Bello de Oliveira Braga
OAB/RS nº 58.789


Armando Moutinho Perin
OAB/RS nº 41.960