

NORMAS TEMPORÁRIAS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS SOB A ÓTICA DAS EMPRESAS ESTATAIS¹

Renila Lacerda Bragagnoli

Advogada da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba – Codevasf. Chefe da Unidade de Assuntos Administrativos (Consultivo) da Assessoria Jurídica.

Mestranda em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade de Buenos Aires/UBA (2019–2020) Especialização (2018) em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP/DF).

Introdução

A Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, foi publicada e esquecida ainda em fevereiro, porém, com o avanço do coronavírus e o reconhecimento da pandemia, passou a ser mais debatida, especialmente nas disposições que alcança as licitações e os contratos.

A Lei em apreço dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e estipula medidas sanitárias e de saúde, como o isolamento e a quarentena, além de instituir uma nova hipótese de dispensa de licitação, inovação e desdobramentos que interessam ao presente artigo, que tem como objeto analisar a aplicação de disposições da Lei nº 13.979/2020, no que tange às licitações e contratos, às empresas estatais, tendo em vista que estas entidades possuem lei específica própria, a Lei nº 13.303/2016, bem como também se regem por suas regulamentações internas específicas sobre licitações e contratos.

Inicialmente é de se deixar assente, como bem aclarado por Pércio, Oliveira e Torres², que a Lei nº 13.979/2020 é uma norma geral de licitações e contratos públicos, nos termos do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, sendo plenamente aplicável a todos os entes federativos, órgãos e entidades, de maneira que, já assentamos que não haver “maiores dificuldades em se admitir que a Lei nº 13.979/2020 se aplica às estatais, já que seu alcance não é relativo ao sujeito, e sim ao objeto da contratação”³.

No entanto, a Lei nº 13.979/2020 apresenta algumas inovações em matérias de licitações e contratos, notadamente quando apresenta uma nova hipótese de dispensa de licitação, e enquanto lei geral, para que as empresas estatais a utilizem, é mister que suas previsões estejam harmonizadas com as disposições da Lei nº 13.303/2016.

Como cediço, a Lei nº 13.979/2020 é uma lei com intuito que não é outro senão maior efetividade nas aquisições e contratações públicas mediante dispensa de licitação, desde que o objeto seja destinado ao enfrentamento da emergência de saúde pública.

Nesses termos, o art. 4º da Lei dispõe que 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

¹ Artigo elaborado em 21/08/2020.

² PÉRCIO, Gabriela; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A Dispensa de Licitação para Contratações no Enfrentamento ao Coronavírus.** 2020. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalle.html

³ BRAGAGNOLI, Renila Lacerda. **Ponderações sobre a utilização da Lei nº 13.979/2020 pelas empresas estatais.** 2020. Disponível em <https://ronnycharles.com.br/ponderacoes-sobre-a-utilizacao-da-lei-no-13-979-2020-pelas-empresas-estatais/>

que trata a Lei, tendo o §1º deixado muito claro que essa dispensa de licitação é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública já referida.

Especificamente sobre a necessidade de harmonização da Lei nº 13.979/2020 com a Lei nº 13.303/2016 destacamos os pontos que seguem doravante, tendo em conta que àquela sofreu fortes alterações com a edição da Medida Provisória nº 926, editada e publicada em 20 de março e, posteriormente (convertida na Lei nº 14.05/2020), com a Medida Provisória nº 951, de 15 de abril último, o que impôs um olhar cauteloso por parte das empresas estatais.

Mais recentemente, foi editada a Medida Provisória nº 961/2020 que, muito embora não tenha alterado a já referida Lei nº 13.979/2020, apresentou inovações no âmbito de licitações e contratos, que também apresentam mitigação em relação às empresas estatais, que trataremos também neste trabalho.

1. As modificações promovidas na Lei nº 13.979/2020 pela Medida Provisória nº 926/2020 e a Emenda Constitucional nº 106/2020

A Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020, foi o primeiro normativo que alterou, se maneira contundente à Lei nº 13.979/2020, fazendo com que, as novas disposições legais, merecerem cautela quanto da aplicação por parte das empresas públicas e sociedades de economia mistas da Lei nº 13.979/2020, especificamente no que tange aos documentos de habilitação e às alterações contratuais, que analisamos a seguir.

É de se registrar, que a referida Medida Provisória foi convertida na Lei nº 14.035/2020, que alterou um pouco a substância daquela.

1.1 Certidões de Regularidade

Inicialmente, a dispensa das certidões regularidade, nos termos do art. 4º-F, inserido pela MP 926/2020:

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 inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição**. Destacamos

Com a conversão da MP em Lei, a redação do art. 4º-F foi alterada:

Art. 4º-F. Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, **poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou, ainda, o cumprimento de 1 (um) ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal**.

Destarte, quando da vigência da MP, poderia ser relativizada a apresentação de regularidade fiscal e trabalhista, mantendo-se a exigência da regularidade perante a Seguridade Social e a declaração constitucional que não emprega menor. Com a conversão em Lei, a exigência foi alterada: poderá ser dispensada a regularidade fiscal, mantendo-se a exigência de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

Aqui fazendo o cotejo com a legislação das empresas estatais, pelas disposições da Lei nº 13.303/2016, nota-se que não há previsão de exigência nominais de certidões de regularidade, nos termos do art. 58, que é sucinto ao dispor que

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

III - capacidade econômica e financeira;

IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

Ante a ausência de previsão expressa sobre as certidões que as empresas estatais poderão exigir em seus regulamentos internos de licitações e contratos, analisamos o tema em nossa obra⁴, de maneira que,

O art. 58 da Lei das Estatais compõe uma revolução no que tange aos critérios de habilitação por não prever literalmente a necessidade de apresentação de certidão regularidade fiscal e trabalhista nos seus incisos. Nessa esteira, não estão previstos, como documentos de habilitação, a apresentação de certidões de regularidade fiscal, previdenciária, trabalhista, do FGTS e declaração que a empresa licitante não emprega menores, deixando clara a intenção do legislador em privilegiar uma opção menos restritiva à competição, mas que garanta a obtenção de propostas mais vantajosas à Administração.

Dessa maneira, a regularidade trabalhista, inserta nas previsões da Lei n.º 8.666/93, não foi elencada como requisito de habilitação na Lei das Estatais, motivo pelo qual entendemos, portanto, que não deve ser exigida nos editais e regulamentos de licitações e contratos das estatais, haja vista que está regulada em uma legislação que não mais se aplica às empresas estatais.

Sobre a apresentação de declaração, por parte do licitante, de que não emprega menores de dezoito anos em trabalhos noturnos, perigosos ou insalubres, menores de dezesseis anos em qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir de catorze anos, é ausente na Lei das Estatais quaisquer determinações nesse sentido, ficando tal obrigatoriedade adstrita às disposições da Lei n.º 8.666/93, art. 27, inciso V e Lei n.º 12.462/2011, art. 14.

No tocante à regularidade fiscal, maior cautela é necessária ao analisar, isoladamente, os dispositivos do art. 58 da Lei das Estatais, haja vista que esta regularidade é composta por um conjunto de “dívidas”. O art. 195, §3º, da Constituição Federal é expresso ao dispor que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Incontroverso que a previdência social é uma das espécies que compõem a certidão de regularidade fiscal, devendo ser exigida, portanto, a certidão de regularidade junto ao INSS, em razão de sua matriz constitucional, ainda que não expressamente prevista na Lei das Estatais.

⁴ BRAGAGNOLI, Renila Lacerda. **Lei n.º 13.303/2016: reflexões pontuais sobre a lei das estatais** [livro eletrônico]. Curitiba: Editora JML, 2019. Disponível em <https://editora.jmlgrupo.com.br/>

Ainda que não tenha alicerce constitucional, a regularidade perante a Fazenda Nacional tem previsão no Código Tributário Nacional, em seu art. 193, já prevê que, salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada.

Portanto, desde a edição da Lei das Estatais já defendíamos, como forma de atender aos ditames de eficiência trazidos da própria Lei, que as estatais, em seus regulamentos, poderiam exigir apenas as certidões de regularidade perante o INSS, o FGTS e a regularidade perante a Fazenda Pública a qual a estatal é vinculada, podendo não exigir, portanto, dos licitantes a CNDT e a declaração de que não emprega menor.

Nessa esteira, com sua nova redação, dada pela Lei nº 14.035/2020, a Lei nº 13.979/2020 dispensa a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal, mantendo a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e a declaração de que não emprega menor, sendo certo que, ao nosso entender, quando da sua utilização por uma estatal, esta deve se orientar pelas disposições de seu regulamento e, uma vez, dispensando, em seu Regulamento Interno, a apresentação da regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 7º da Constituição, manter as dispensas de apresentação destes documentos.

Noutro giro, caso preveja a exigência de apresentação de regularidade fiscal, as estatais podem deixar de exigir, ante a permissibilidade trazida pela legislação de enfrentamento ao coronavírus.

Sendo a Lei nº 13.979/2020 silente sobre a certidão de regularidade junto ao FGTS, a estatal, ou qualquer outro órgão ou entidade, deve continuar solicitando como documento de habilitação.

Por fim, convém acrescentar a orientação tempestiva de Pércio, Oliveira e Torres⁵, de que, em relação aos documentos de habilitação, pelo texto do art. 4º-F 5 da Lei dispensa-se “a exigência de documentos de habilitação nos casos de restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço” presumindo-se, destarte, “que nos demais casos esses documentos devem ser exigidos”.

1.2 A Emenda Constitucional nº 106/2020

Ainda em relação às certidões regularidade como documento de habilitação em licitações ou como condição para contratação, é conveniente trazer as disposições da Emenda Constitucional nº 106/2020, dado que trata de tema relevante para o presente estudo.

Apesar de ser conhecida como a Emenda Constitucional que aprovou o “orçamento de guerra”, a referida Emenda, de 07 de Maio de 2020, é relevante para as licitações e contratos pois, ainda que também não tenha efeitos modificativos na Lei nº 13.979/2020, reflete nos documentos licitatórios e contratuais, especificamente, a apresentação da certidão de regularidade da Seguridade Social.

Assim, durante a vigência da calamidade pública nacional declarada pelo Decreto Legislativo nº 6/2020⁶, não se aplica o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal,

⁵ PÉRCIO, Gabriela; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A Dispensa de Licitação para Contratações no Enfrentamento ao Coronavírus.** 2020. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html

⁶ O normativo reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública com efeitos até 31 de dezembro de 2020.

segundo o qual, a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Em termos práticos, está dispensada a apresentação da certidão de regularidade perante a Seguridade Social/INSS como documento de habilitação ou como condição para celebração de contratos, nos termos mitigados pela Emenda Constitucional aqui referida.

Nessa toada, nos mesmos moldes do que expomos no subitem 1.1, as certidões de habilitação são matérias que deverão constar no Regulamento Interno de Licitações e Contratos das Estatais, dada que a Lei das Estatais, nesse ponto, tem previsão aberta, como já dito.

Conforme já aduzimos também no tópico anterior, defendemos em nossa obra⁷, que tendo em conta o que determina o art. 195, §3º, da Constituição Federal, que é expresso ao dispor que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, as estatais deveriam manter a exigência da regularidade junto ao INSS, sendo possível, no entanto, que estatais apresentem previsões em sentido contrário em seu Regulamento.

Destarte, caso haja regulamentação interna pela estatal, no sentido de exigir a certidão de regularidade, este documento poderá ser dispensado ou, ainda, apresentado com restrições, sem que tal fato seja um impedimento à participação em licitação ou em contratar com uma empresa pública ou sociedade de economia mista.

2. As alterações contratuais

Sobre as alterações contratuais, a Medida Provisória 926/2020 inseriu o art. 4º-I à Lei em referência, prevendo que 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.

Como já assinalado, a MP foi convertida na Lei nº 14.035/2020 que manteve o conteúdo material do art. 4º-I, fazendo alterações apenas redacionais⁸.

Do cotejo desta previsão com a Lei nº 13.303/2016, outro ponto que merece atenção é a consensualidade, grande avanço para os contratos trazido pela Lei das Estatais, tendo em vista que seu art. 81, §1º dispõe que o contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato.

Como já afirmamos⁹,

O art. 81, §1º da Lei das Estatais tem redação quase que copiada da Lei n.º 8.666, com a alteração relevante especialmente para o contratado, que não mais é obrigado a aceitar o aumento ou a diminuição dos quantitativos, o contratado agora poderá ou não aceitar a alteração da planilha. Será, portanto, uma alteração consensual de quantitativos. Inegavelmente foi um grande avanço em termos contratuais, colocando as partes em pé de

⁷ BRAGAGNOLI, Renila Lacerda. **Lei n.º 13.303/2016: reflexões pontuais sobre a lei das estatais** [livro eletrônico]. Curitiba: Editora JML, 2019. Disponível em <https://editora.jmlgrupo.com.br/>

⁸ 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 de até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato.

⁹ BRAGAGNOLI, Renila Lacerda. **Lei n.º 13.303/2016: reflexões pontuais sobre a lei das estatais** [livro eletrônico]. Curitiba: Editora JML, 2019. Disponível em <https://editora.jmlgrupo.com.br/>

igualdade para negociar um contrato que é, desde sua gênese, instrumento bilateral, abandonando a alteração unilateral do regime geral.

No entanto, essa bilateralidade em se negociar as alterações contratuais quantitativas trazida pela Lei das Estatais é relativizada pela Lei nº 13.979/2020, não apenas em relação ao percentual de 25%, aplicável outrossim ao regime contratual da Lei nº 8.666/1993, mas também à própria consensualidade, haja vista que o art. 4º-I diz que para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos na Lei nº 13.979/2020, 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.

Note-se, outrossim, que não é uma imposição direta: os contratos poderão admitir alterações em até 50%, porém, uma vez admitida essa possibilidade de modificação excepcional, o contratado é obrigado a aceitá-la.

Nesse ponto entendemos, destarte, que deve prevalecer as disposições da Lei nº 13.979/2020, por se tratar de medida especial e temporária que busca o pleno enfrentamento à pandemia do coronavírus, de maneira que, sendo realizada a dispensa de licitação prevista pela Lei referida por uma empresa estatal, o contrato dela decorrente poderá não observar a alteração consensual admitida pela Lei das Estatais, de maneira que o acréscimo e/ou a supressão dos quantitativos poderão ser impostas pela Administração ao contratado no limite alargado de até 50% do valor inicialmente contratado.

Mantem-se, contudo, a vedação à compensação, nos termos da Orientação Normativa 50 da Advocacia Geral da União¹⁰ e da jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União¹¹.

3. As modificações promovidas na Lei nº 13.979/2020 pela Medida Provisória nº 951/2020

A Medida Provisória nº 951, de 15 de abril de 2020, alterou, mais uma vez, a Lei nº 13.979/2020, especialmente no que envolve matérias de licitações, prevendo, desta feita, a possibilidade do Sistema de Registro de Preços, para os casos de dispensa de licitação com fulcro à aquisição bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, além de dispor sobre a suspensão dos prazos prescricionais em matérias sancionatórias.

Após a edição da MP 951/2020, a plena utilização da Lei nº 13.979/2020 pelas empresas públicas e sociedade de economia mista, de acordo com o exposto alhures, ganhou um novo viés, dado referir-se, o novo normativo, na parte que interessa a este artigo, ao sistema de registro de preços e à suspensão dos prazos prescricionais, conteúdos que contém inaplicabilidade, ainda que relativa, às estatais.

Cumprir destacar, por conveniente, que a MP nº 951 não fora convertida em lei, tendo sua vigência encerrada em 12 de agosto de 2020, de maneira que não há mais a possibilidade de utilização do Sistema de Registro de Preços para dispensa de licitação, bem como que voltaram a fluir os prazos prescricionais relativos às sanções administrativas.

¹⁰ Orientação Normativa AGU 50/2014: Os acréscimos e as supressões do objeto contratual devem ser sempre calculados sobre o valor inicial do contrato atualizado, aplicando-se a estas alterações os limites percentuais previstos no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, sem qualquer compensação entre si.

¹¹ Precedentes do Plenário: Acórdão nº 2.059/2013, Acórdão 1536/2016.

Quando da sua vigência, a referida a MP revolveu a problemática sobre a utilização do SRP pelas empresas estatais, tendo em vista que desde a publicação da Lei nº 13.303, ocorrida em 30 de junho de 2016, não há a regulamentação anunciada por seu art. 66, de que o Sistema de Registro de Preços especificamente destinado às licitações das empresas estatais seria regido pelo disposto em decreto posterior do Poder Executivo, que ainda não foi editado.

Como cediço, a utilização do SRP disciplinado pelo Decreto nº 7.892/2013 pelas empresas estatais é matéria polêmica desde a edição da Lei das Estatais, de maneira que, ante à mora legislativa em regular o art. 66 da Lei nº 13.303, já aduzimos que:

Diante desse vácuo normativo, há duas possibilidades viáveis: utilização do SRP da Lei n.º 8.666/93 e regulado pelo Decreto n.º 7.892/13 ou o SRP previsto no art. 32 da Lei do RDC, n.º 12.462/11 [...] Até a eleição de qual procedimento adotar para realizar o Sistema de Registro de Preços, o assunto reveste-se de relativa tranquilidade jurídica. O tema começa a tornar-se tormentoso quando se trata das adesões. Vejamos: a Lei das Estatais inaugurou um novo regime, especialmente contratual, modulado sob relação horizontalizada entre contratante e contratado, como então, por exemplo, uma estatal poderá fazer adesão a um SRP realizado pela Administração Direta, que licitou e contratará com base em todas as normas de direito público da Lei n.º 8.666/93? E mais, como um órgão da Administração Direta poderá aderir a um SRP realizado por uma estatal, se as disposições contratuais serão, em grande monta, de direito privado?¹²

Destarte, para que as disposições da Lei nº 13.979/2020, no que tange à utilização do sistema de registro de preços nos casos de dispensa de licitação, recentemente admitido pela Medida Provisória nº 951/2020, fossem plenamente viáveis de utilização por parte das empresas públicas e sociedades de economia mista, seria necessário que a estatal tivesse disciplinado a utilização do Decreto nº 7.892/2013 internamente por cada estatal, tendo em vista que a expirada redação do § 5º do art. 4º da Lei nº 13.979 era expressa em admitir a utilização do Decreto federal apenas ao ente federativo que ainda não dispõe de regulamentação, ficando as empresas estatais submetidas, mais uma vez, a mora (esquecimento) legislativo, o que se mantém mesmo tendo a MP caducado dada sua não conversão.

A não conversão da MP nº 951 também conservou uma medida não isonômica por ela trazida quando da suspensão dos prazos prescricionais.

Por ocasião da edição da Medida Provisória nº 951, suspendeu-se o transcurso dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas previstas na Lei Geral de

¹² BRAGAGNOLI, Renila Lacerda. **Lei n.º 13.303/2016: reflexões pontuais sobre a lei das estatais** [livro eletrônico]. Curitiba: Editora JML, 2019. Disponível em <https://editora.jmlgrupo.com.br/>

Licitações¹³, na Lei do Pregão¹⁴ e na Lei do Regime Diferenciado de Contratações¹⁵, respectivamente, não aduzindo sobre as suspensão para as sanções previstas na Lei nº 13.303/2016¹⁶, que, por ser norma que também versa sobre licitações e contratos, tem seu próprio regime sancionatório.

Desta feita, os prazos de prescrição para os licitantes e/ou contratados em processos sancionatórios levados a cabo pelas empresas estatais não foram suspensos, grave tratamento anti-isonômico, que foi corrigido com a não conversão da Medida Provisória nº 951, perdendo sua vigência em 12 de agosto de 2020 e retornado a contagem de todos os prazos, independentemente da legislação sobre contratação pública aplicável.

4. A Medida Provisória nº 961/2020¹⁷ e sua aplicação às empresas estatais

Mais recentemente, em 06 de Maio de 2020, foi publicada a Medida Provisória nº 961/2020, dispondo especificamente sobre a autorização para pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequando os limites de dispensa de licitação e ampliando o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

¹³ Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

¹⁴ Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

¹⁵ Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;

II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;

V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou

VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

§ 1º A aplicação da sanção de que trata o caput deste artigo implicará ainda o descredenciamento do licitante, pelo prazo estabelecido no caput deste artigo, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica.

§ 2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.

¹⁶ Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

¹⁷ Teve vigência prorrogada por mais 60 dias em 03/07/2020.

É interessante notar que essa Medida Provisória, diferentemente das tratadas acima, não altera a Lei nº 13.979/2020, mas produz sensíveis mudanças no sistema licitatório e contratual existente na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 12.462/2011.

O art. 1º, inciso I, altera os limites para realização de dispensa de licitação em razão do valor que tratam os incisos I e II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, até o limite de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para obras e serviços de engenharia, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou, ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para outros serviços, compras e para alienações, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Pois bem. De maneira objetiva, não se aplicaria às estatais os limites da dispensa por haver expressa menção à alteração na Lei nº 8.666/1993, e, mesmo que não tivesse essa expressa disposição, os valores trazidos pela MP 961/2020 já são os limites praticados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista desde 2016, com a edição da Lei nº 13.303¹⁸.

Outro ponto trazido pela MP em apreço foi a ampliação do uso do Regime Diferenciado de Contratações, regido pela Lei nº 12.462/2011, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações¹⁹.

Essa alteração majorando os objetos que podem ser licitados e contratados pelo RDC foi importante porque esse regime licitatório era específico, tendo objetos certos e determinados previstos no art. 1º da Lei nº 12.462/2011²⁰, e, com efeito, a possibilidade de utilização do RDC para quaisquer objetos foi lastreada na sua característica de ser realizado preferencialmente sob modo eletrônico, o que evita o contato e a aglomeração de pessoas que acontece quando da realização dos certames presenciais regidos pela Lei nº 8.666/1993.

¹⁸ Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;
II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;

¹⁹ Art. 1º, inciso III.

²⁰ Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;

VII - das ações no âmbito da segurança pública;

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A.

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

Destarte, considerando que o RDC também não mais se aplica às empresas estatais desde a edição da Lei nº 13.303/2016, também essa inovação não alcança as entidades objeto desse estudo.

Acrescenta-se, ainda, que, em termos práticos, a Lei das Estatais foi muito inspirada pela Lei nº 12.462/2011, tendo absorvido as boas práticas do RDC, como a realização do certame preferencialmente pelo modo eletrônico, a inversão de fases, orçamento sigiloso, fase recursal única, indicação de marca, modelo, amostra, certificação de qualidade, além de dispor da contratação integrada e inovar com a contratação semi-integrada.

Por fim, a Medida Provisória autorizou o pagamento antecipado²¹, nos termos do seu art. 1º, inciso II, desde que represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço ou propicie significativa economia de recursos, devendo a Administração prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta e a exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto.

No intuito de mitigar os riscos que envolvem a antecipação do pagamento, a Medida Provisória, além de vedar essa possibilidade na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra (art. 1º, § 3º), previu que a Administração adote medidas de cautela (art. 1º, § 2º), tais como: comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente; a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, de até trinta por cento do valor do objeto; a emissão de título de crédito pelo contratado; o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da Administração; e a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

Aqui, nesse ponto, entendemos que a antecipação de pagamento poderá ser realizada pelas empresas estatais, pois não há incongruências de regimes, como ocorreu nas hipóteses acima.

É forçoso acrescentar que a Lei das Estatais veda a antecipação de pagamento²² e, a permissibilidade da Medida Provisória nº 961/2020, estende-se as estatais, especialmente no atual cenário de combate à pandemia do coronavírus e em face do estado de calamidade reconhecido, especialmente por ser uma prática que já vinha sendo admitida pelo Tribunal de Contas da União²³ e está também prevista na Orientação Normativa nº 37 da Advocacia Geral da União²⁴.

²¹ Convém advertir que essa possibilidade, em âmbito federal, é autorizada desde o Decreto nº 93.872, de 1986, art. 38: Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.

²² Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos: V - quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

²³ Precedentes: Acórdão 158/2015 Plenário, Acórdão nº 3614/2013.

²⁴ A ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO SOMENTE DEVE SER ADMITIDA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA ADMINISTRAÇÃO, DEMONSTRANDO-SE A EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, OBSERVADOS OS SEGUINTE CRITÉRIOS: 1) REPRESENTAÇÃO SEM A QUAL NÃO SEJA POSSÍVEL OBTER O BEM OU ASSEGURAR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, OU PROPICIE SIGNIFICATIVA ECONOMIA DE RECURSOS; 2) EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE LICITAÇÃO OU NOS INSTRUMENTOS FORMAIS DE CONTRATAÇÃO DIRETA; E 3) ADOÇÃO DE INDISPENSÁVEIS GARANTIAS, COMO AS DO ART. 56 DA LEI Nº 8.666/93, OU CAUTELAS, COMO POR EXEMPLO A PREVISÃO DE DEVOLUÇÃO DO VALOR ANTECIPADO CASO NÃO EXECUTADO O OBJETO, A COMPROVAÇÃO DE EXECUÇÃO DE PARTE OU ETAPA DO OBJETO E A EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO PELO CONTRATADO, ENTRE OUTRAS

Deve ser harmonizada, apenas, a previsão acerca das garantias do inciso II, do §2º do art. 1º, para que se utilize, não as espécies elencadas no art. 56 da Lei nº 8.666/1993²⁵, mas sim as disposições do art. 70 da Lei nº 13.303/2016²⁶.

Em relação ao pagamento antecipado, convém salientar que o processo administrativo deverá ser muito bem instruído e motivado, para que se afaste quaisquer imputações de responsabilização posteriormente, como bem destacado pela Professora Gabriela Pércio²⁷.

Considerações finais

É inegável que a edição da Lei nº 13.979/2020 revelou-se uma medida consciente e inovadora, no sentido de se relativizar procedimentos licitatórios e contratuais como forma de se buscar rápidos e eficientes efeitos nas contratações públicas que objetivam o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, devendo essa relativização e, em alguns pontos mitigação de institutos, ser observada também no que tange à utilização da Lei pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

De acordo com os pontos levantados no presente artigo, entendemos que no que se refere à exigência de certidões de habilitação e as alterações quantitativas dos contratos, tais institutos devem ser observados com atenção pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, especialmente com vistas a harmonizar a Lei nº 13.979/2020 com a Lei nº 13.303/2016 e seus regulamentos internos de licitações e contratos.

No que tange à suspensão dos prazos da prescrição dos prazos referentes aos processos sancionatórios era inaplicável às penalidades do art. 83 da Lei nº 13.303/2016, haja vista que a Lei das Estatais não foi incluída conjuntamente com no rol das legislações licitatórias elencadas no art. 6º-D da Lei nº 13.979/2020, no entanto, a Medida Provisória perdeu sua vigência, o que consertou esse tratamento diferenciado prejudicial aplicado às disposições da legislação que rege as estatais. A não conversão da referida MP, fez com que não seja mais possível a utilização do Sistema de Registro de Preços para a dispensa de licitação, o que requeria atenção quando da utilização deste permissivo pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

No mesmo sentido de mitigação de efeitos, a Medida Provisória nº 961/2020, ao determinar o aumento do valor de referência para dispensa de licitação, alterando a Lei nº 8.666/1993, bem como estendendo a utilização do RDC para quaisquer objetos, não alcançam a observância pelas empresas estatais, em razão imperiosa observância à Lei nº 13.303, e também porque, em grande monta, essas inovações já são utilizadas pelas estatais.

²⁵ Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

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

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

²⁶ Art. 70. Poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

²⁷ PÉRCIO, Gabriela. **MPV 961: antecipação de pagamento e cautelas (extras) necessárias**. 2020. Disponível em <<http://www.olicitante.com.br/mp-961-pagamento-antecipado-cautelas/>> .

De modo diverso, é a utilização da possibilidade do pagamento antecipado, também previsto pela Medida Provisória nº 961/2020, pelas empresas estatais, de acordo com o exposto acima, necessitando, apenas, harmonizar as disposições acerca da garantia entre a Lei nº 8.666/1993 e a Lei nº 13.303/2016.

Destarte, muito embora se reconheça a intenção do legislador em dar especial atenção ao fator tempo, essencial elemento quando se trata de medidas que buscam preservar vidas, mediante instituição de situações excepcionais e céleres para combate à pandemia da Covid-19, mister reconhecer, outrossim, as limitações existentes quando da aplicação dos preceitos da Lei nº 13.979/2020 às empresas estatais, considerando que, não obstante a esmorecida relativização e inovação de procedimentos, a ordem constitucional deve ser observada, mantendo-se incólume, no que aqui nos importa, o fiel cumprimento do art. 173 da Constituição Federal²⁸ e a observância da Lei nº 13.303/2016, nos moldes expostos.

Nesse mesmo sentido, a Medida Provisória nº 961/2020, ainda que não tenha diretamente alterado a Lei nº 13.979/2020, dispõe sobre regras gerais sobre licitações e contratos, que devem ser aplicadas com a mitigação e atenção necessárias pelas empresas estatais.

²⁸ Art. 173 [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.