

O Pregoeiro

MAIO 2020 | ano XVI | nº 185



**QUANDO
USAR SRP
SEGUNDO A
MP 951/2020?**

MATÉRIA

COMO EVITAR FRAUDES NAS COMPRAS FLEXIBILIZADAS PELA LEI 13.979/2020



**BANCO
DE PREÇOS**

A melhor ferramenta de **pesquisa de preços** para sua **licitação**

Há **10 anos** contribuindo com agentes públicos em todo o Brasil!



Destrave as **cotações** de preços!

Encontre preços de sua região em até 30 segundos

É muito rápido!

experimente grátis!



Pronto para conhecer e experimentar o Banco de Preços?

Aguardamos seu contato!

Contato para novos assinantes

41 3778 1830

contato@bancodeprecos.com.br
www.bancodeprecos.com.br

 **Whatsapp**

41 98719 3560

www.bancodeprecos.com.br

41 3778 1830  41 98719 3560

 /bancodeprecos

Um produto: NEGÓCIOS PÚBLICOS[®]



**BANCO
DE PREÇOS**

O Pre@goeiro

ANO XVI - MAIO 2020

Editora Negócios Públicos do Brasil:
R. Lourenço Pinto, 196 - 2º andar, Centro. Curitiba/PR
CEP: 80.010-160 | Tel. (41) 3778.1703/1700

PRESIDENTE: Rudimar Reis

VICE-PRESIDENTE: Ruimar Reis

EDITORA-CHEFE: Aline de Oliveira - DRT 8796/PR

DIREÇÃO DE ARTE: Marcelo de Oliveira

CONSELHO DE PAUTA: Aline de Oliveira, Rudimar Reis, Ruimar Reis e Regina Célia Kühl

COLABORADORES: Larissa Panko; Flávia Daniel Viana; Gabriela Pércio e Ivan Barbosa Rigolin.

RESTRICÇÕES AO USO DE MATERIAIS: este produto, pertence e é operado pela **Editora Negócios Públicos do Brasil**, não pode ser, sob hipótese alguma, copiado, reproduzido, republicado, atualizado, enviado, transmitido, distribuído, baixado ou impresso para fins comerciais. Modificar matérias ou usá-las para qualquer outro propósito é violação dos direitos autorais da editora, bem como qualquer outro direito de propriedade, conforme normas e procedimentos da abnt, além de crime previsto nos art. 184 Do código penal brasileiro.

Permissão para qualquer uso das matérias, incluindo reprodução e distribuição, ou links de qualquer outra página que não seja a "homepage" www.negociospublicos.com.br, deve ser obtida por meio de autorização expressa documental, com solicitação formalizada por e-mail

falecom@negociospublicos.com.br. Todas as marcas referidas nos websites das empresas do **GRUPO NEGÓCIOS PÚBLICOS DO BRASIL** são ou podem ser marcas registradas e protegidas por leis internacionais de *copyright* e propriedade industrial e pertencem aos seus respectivos fabricantes e proprietários legais. A Editora não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados.

LEMBRE-SE: O seu papel é importante para o planeta. Trabalhamos para que a reciclagem seja o destino final mais adequado de todos os papéis já utilizados.



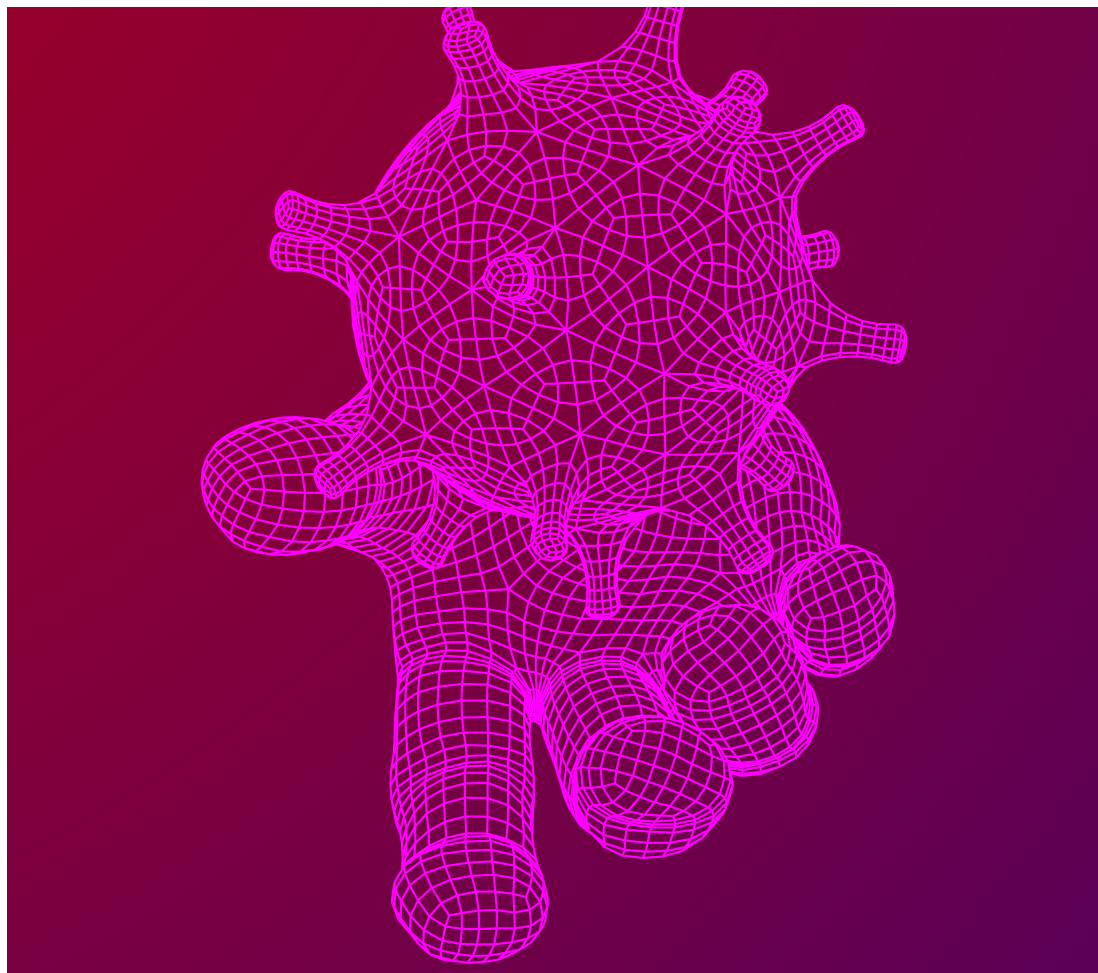
Filiada à:



Associação Nacional das Editoras de Publicações Técnicas,
Dirigidas e Especializadas

O Ministério da Economia publicou a Medida Provisória nº 951/2020, que alterou a Lei nº 13.979/2020, e estabeleceu, entre outras ações, a possibilidade de compra conjunta entre órgãos e entidades nas hipóteses de dispensa de licitação, por meio do Sistema de Registro de Preços (SRP).

Mas como usar essa possibilidade com segurança?



06

QUANDO USAR SRP SEGUNDO A MP 951/2020?

QUANDO USAR SRP SEGUNDO
A MP 951/2020?

06

MPV 961, ANTECIPAÇÃO DE
PAGAMENTO E CAUTELAS
(EXTRAS) NECESSÁRIAS

09

COLUNA – PAINEL DO TCU

13

**COMO EVITAR FRAUDES NAS
COMPRAS FLEXIBILIZADAS
PELA LEI 13.979/2020**

22

COLUNA – PREGÃO

25

**MOTIVAÇÃO, MEDIÇÃO E
PAGAMENTO NOS TERMOS DE
REFERÊNCIA SIMPLIFICADOS**

29

**O NOVO PREGÃO ELETRÔNICO.
NOVIDADES DO
DECRETO Nº 10.124, DE 20 DE
SETEMBRO DE 2019**

35

QUANDO USAR SRP SEGUNDO A MP 951/2020?

Por Aline de Oliveira

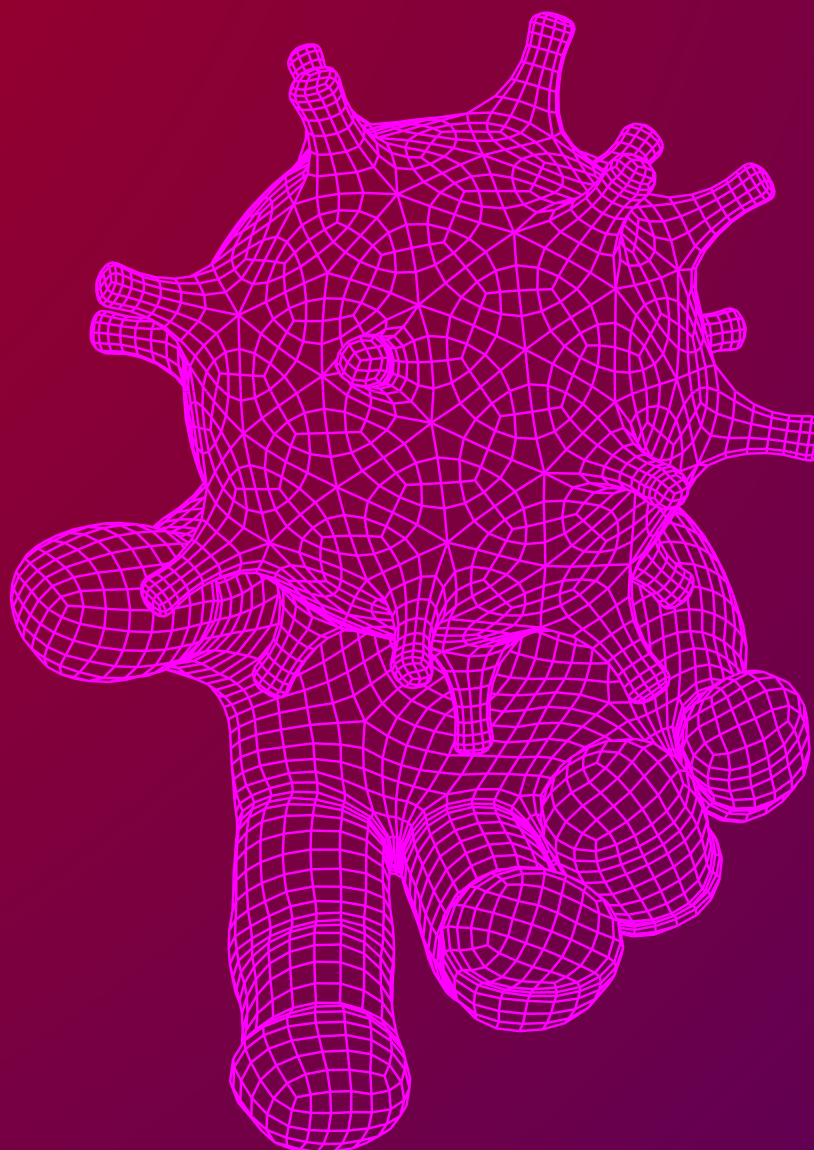


FOTO: SHUTTERSTOCK

O Ministério da Economia publicou a **Medida Provisória nº 951/2020**, que alterou a **Lei nº 13.979/2020**, e estabeleceu, entre outras ações, a possibilidade de compra conjunta entre órgãos e entidades nas hipóteses de dispensa de licitação, por meio do Sistema de Registro de Preços (SRP).

Segundo o professor especialista em licitações e contratos, **Marcus Alcântara**, o SRP para atender às necessidades decorrentes do coronavírus está inserido na Lei 13.979/2020, por alteração trazida pela MP 951.

“Assim, todas as cautelas e condicionantes trazidas no texto normativo devem ser observadas, a exemplo do nexo de causalidade entre o objeto e a situação de emergência pública. Além das questões próprias que já constavam na lei, a MP trouxe outras exigências, como a necessidade de haver mais de um órgão ou entidade para que se processe a dispensa e, ordinariamente, feita a divulgação da intenção de registro de preços”, ressalta.

Conforme o professor, é mais uma ferramenta posta à disposição dos gestores para

Deve ser encarada como uma possibilidade, posto que agora é possível realizar o registro de preços com dispensa de licitação.

enfrentamento da pandemia. “Deve ser encarada como uma possibilidade, posto que agora é possível realizar o registro de preços com dispensa de licitação. Além disso, pode ser licitado por pregão, contando com as peculiaridades trazidas na Lei 13.979/2020, especialmente quanto ao prazo reduzido, o que ficou conhecido como pregão express. Os registros de preços celebrados conforme a nova legislação terão o status de compra nacional, o que traz maiores benefícios, seja pela participação facilitada de outros órgãos ou entidades, seja pelos limites mais dilatados para adesão”, afirma.

EM QUE CASOS FAZER SRP DE ACORDO COM A MP 951?

Alcântara sugere a adoção do SRP quando a demanda for compatível com a ferramenta e puder ser processada por esta via. “Os procedimentos para realizar o registro de preços são mais demorados, pois existe a obrigatoriedade de divulgar a intenção, logo tudo deve ser bem observado e computado pelo gestor público. As aplicações do registro de preços seguem o disposto na Lei 8.666/1993 (sempre que possível), bem como dos regulamentos. É muito comum a adoção do SRP para atender às demandas repetitivas, por exemplo”, explica.

EM QUE CASOS NÃO USAR?

O professor explica que algumas demandas, por serem personalizadas, não são compatíveis com o Sistema de Registro de Preços. “Então, necessidades que requeiram uma solução única, que não vá se repetir, ou que não se preste a atender demandas de mais de um órgão ou entidade, não devem ser processadas pelo SRP. Mas o exame deve ser feito caso a caso, ponderando frente à utilização das outras ferramentas disponíveis na lei”.

MATÉRIA

CARTILHA

E para ajudar os gestores públicos, **Marcus Alcântara** e o professor **Luciano Reis**, elaboraram a **Cartilha de Sistema de Registro de Preços na COVID-19**.

Nesta cartilha de 16 páginas, eles explicam a MP 951/2020 e respondem a 10 principais perguntas que poderão surgir sobre a implantação das novas regras e o comportamento das demais situações do SRP, elas são:

1. Qual a validade da ata de registro de preços decorrente da Lei 13.979/2020, processadas por dispensa ou por pregão?
2. Qual deve ser a duração dos contratos originados por meio destas atas?
3. Pode ser formado cadastro de reserva nos registros de preços da Lei 13.979/2020?
4. Caso o ente divulgue a intenção de registro de preços, seja pelo modelo do Governo Federal (IRP) ou modelo próprio e não consiga outro órgão ou entidade para participar do registro, pode avançar e celebrar a ata por dispensa de licitação?
5. Qual o prazo a ser observado para a divulgação da intenção de registro de preços, já que a lei cita que deve ser entre dois e quatro dias úteis?
6. É necessário que o Estado, Distrito Federal ou Município regule a intenção de registro de preços para que realize o registro de preços por dispensa?
7. A Administração pode dispensar a divulgação da intenção de registro de preços?
8. Um Município que não tenha regulamentado o Sistema de Registro de Preços precisa editar um ato recepcionando o Decreto Federal?
9. Quando se deve utilizar o Sistema de Registro de Preços previsto na Lei 13.979/2020?
10. Se a Administração já realizou uma contratação por dispensa, de acordo com a Lei 13.979/2020, pode agora adotar o SRP, por dispensa, para o mesmo objeto?

Acesse essa super iniciativa:

https://sollicita.com.br/Home/Leitor?url=/NP/SollicitaAdmin/Content/ConteudoDinamico/ComplementosNoticia/txgprbwCARTILHA_DE_SISTEMA_DE_REGISTRO_DE_PRECOS_COVID_1.pdf

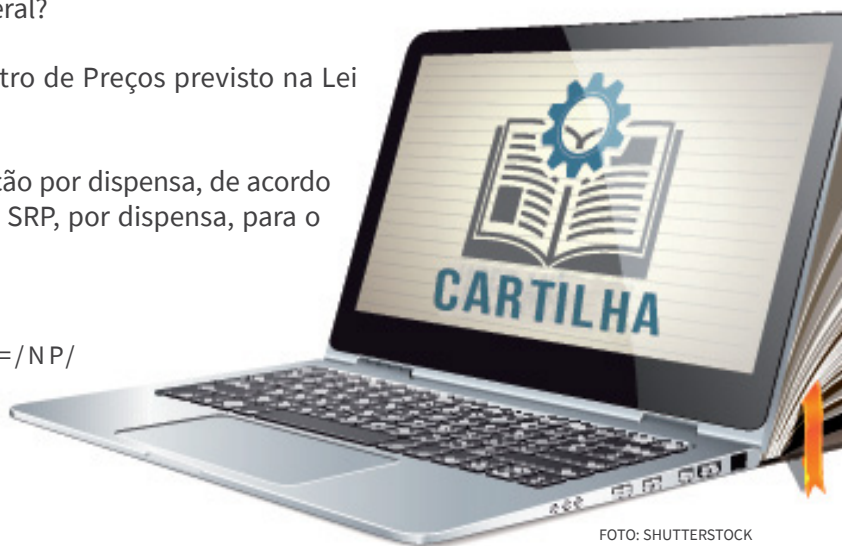


FOTO: SHUTTERSTOCK

MPV 961, ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO E CAUTELAS (EXTRAS) NECESSÁRIAS

por Gabriela Pércio¹

A MPV 961 formalizou a autorização para pagamento antecipado de fornecedores em contratos celebrados durante a pandemia COVID-19. A medida, em verdade, está prevista formalmente no ordenamento jurídico desde 1983, no art. 38 do Decreto 93.872², que admite, “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.” Há bastante tempo não encontra obstáculos na jurisprudência do TCU³, tendo sido editada, em 2011, a Orientação Normativa n° 37 da AGU, também nesse sentido.⁴

-
- 1 Advogada e Consultora em Licitações e Contratos. Especialista em Direito Administrativo. Mestre em Gestão de Políticas Públicas. Autora da obra “Contratos Administrativos – Manual para Gestores e Fiscais – Incluindo Sistema de Registro de Preços, RDC e Lei das Estatais”, 3ª ed., 2020, Ed. Juruá.
 - 2 Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências.
 - 3 Segundo os Acórdãos n° 4143/16 e n° 2856/19 – TCU/1ª Câmara, os seguintes requisitos precisam ser atendidos: a) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; b) previsão no instrumento convocatório; c) condicionado à prestação de garantias específicas e suficientes, que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação.
 - 4 ON 37, de 13 de dezembro de 2011: “A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificada pela administração, demonstrando-se a existência de interesse público, observados os seguintes critérios: 1) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos; 2) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e 3) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da lei n° 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado

A recentíssima MPV 961, rigorosamente, incorporou as recomendações dos referidos órgãos.⁵

Especificamente para os contratos celebrados em razão da Lei 13.979/20, o Parecer Referencial nº 00254/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 1º de abril de 2020, foi pelo seu cabimento, ressaltando sua utilidade para os fins de, neste cenário, “mitigar riscos, incrementar a competitividade, fomentar a ampliação da oferta dos insumos e aparelhos necessários, além de induzir redução dos preços.” AMPV, ao autorizá-lo expressamente, trouxe mais segurança aos gestores, especialmente nesse período de singulares incertezas e dificuldades.

Embora tenha sido editada em um momento em que a preocupação principal é a captação de fornecedores para as contratações voltadas à contenção da pandemia, a norma não se restringe a elas. Ou seja, durante o período de sua vigência, não apenas os contratos decorrentes da Lei 13.979/20, mas também contratos celebrados sob a égide da Lei 8.666/93 poderão conter previsão de pagamento antecipado, desde que atendam aos mesmos requisitos.⁶ Contudo, se a medida levanta questões e impõe severos cuidados quando utilizada em situações excepcionalíssimas, como a vivenciada atualmente, é certo que maior atenção deverá ser dada às justificativas de sua utilização em contratos regulares, recomendando-se seguir à risca a orientação do TCU quanto à necessária existência de estudo preliminar com esse enfoque.

De acordo com a MPV 961, é condição *sine qua non* para a legalidade do pagamento antecipado a existência de justificativa formal, elaborada na etapa de planejamento da contratação, que demonstre ser condição indispensável a) para a obtenção do bem ou assegurar a prestação do serviço ou b) para propiciar significativa economia de recursos (art. 1º, inciso II). Não há, como se vê, necessidade de cumulação de ambas as condições, sendo suficiente o atendimento de uma delas. É importante observar que, não havendo a obrigatoriedade de elaborar estudo preliminar no caso de contratação de bens e serviços comuns, conforme o art. 4 C da Lei 13.979/20, os motivos da antecipação do pagamento deverão integrar a justificativa simplificada que instruirá o processo.⁷

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.”

5 Em irretocável artigo intitulado “**A mística da impossibilidade de pagamento antecipado pela Administração Pública**”, Anderson Pedra, Rafael Oliveira e Ronny Charles elencam, ainda, outras cautelas a serem tomadas para a efetivação do pagamento antecipado.

6 A afirmativa se estende a todas as demais normas e medidas dela constantes.

7 Mais sobre o planejamento da contratação com base na Lei 13.979/20 no artigo “A dispensa de licitação para contratações no enfrentamento ao coronavírus”, escrito em co-autoria com Rafael Sérgio de Oliveira e Ronny Charles, publicado no Portal L & C, disponível em http://www.licitacaoecontrato.com.br/artigo_detalhe.html.

Embora tenha sido editada em um momento em que a preocupação principal é a captação de fornecedores para as contratações voltadas à contenção da pandemia, a norma não se restringe a elas.

A MPV ainda indica cautelas suplementares que visam reduzir o risco de inadimplemento. O §2º do art. 1º traz um rol exemplificativo, cabendo ao gestor avaliar a conveniência e a oportunidade de sua utilização, conforme cada caso concreto. Outras, ainda, nos parecem passíveis de cogitação, algumas diretamente conectadas com as especificidades do período pandêmico:

É fundamental ter em mente que o pagamento antecipado não se destina a socorrer empresas que estão sem fluxo de caixa, mas a promover o necessário estímulo, especialmente às empresas idôneas, à contratação com o Poder Público nesse período de incertezas. Por isso, embora o art. 4º E da Lei 13.979/20 possibilite a flexibilização das condições de habilitação, deve ser avaliada, caso a caso, a conveniência de exigir índice econômico-financeiro capital social/patrimônio líquido compatível, no mínimo, com a parcela de execução equivalente aos valores antecipados;

Em tempos de crise, muitas empresas estão buscando a sobrevivência atuando em ramos diversos do usual. Em uma contratação pública, isso não significará, necessariamente, uma irregularidade, nem atestará sua inidoneidade. Aliás, como ocorre em tempos de normalidade, o ramo do objeto, sabidamente, não define a possibilidade ou impossibilidade de participação na licitação ou contratação direta. Contudo, o momento requer cuidado, sendo recomendável, se possível, a contratação de empresa que efetivamente possua atuação no ramo do objeto, justificando no processo eventual impossibilidade;

A inclusão de cláusula impondo o dever do contratado de, durante o transcurso do prazo de entrega, comunicar imediatamente a eventual possibilidade de atraso no fornecimento do produto, equipamento ou insumo, juntamente com a indicação dos motivos, é medida indispensável. A MPV prevê para a Administração o dever de exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto (art. 1º, §1º, inc. II) razão pela qual, uma vez informado pelo contratado o risco de atraso, a Administração poderá centrar seus esforços a) na pré-identificação das providências cabíveis em caso de inadimplemento total, o que inclui o próprio atendimento do interesse público insatisfeito, e b) no adiantamento dos procedimentos internos necessários à referida cobrança;

Fixar, de forma correta, um prazo máximo de tolerância para o atraso na entrega do produto, equipamento ou insumo é fundamental, pois indica, claramente, o momento em que o contratado sairá da simples mora para o inadimplemento total, possibilitando a imediata cobrança dos valores pagos à contratada e a tomada das demais providências cabíveis. A medida não é novidade nos editais e contratos em geral, mas se mostra especialmente importante nesses casos de pagamento antecipado, já que o gradual escoar do prazo permitirá à Administração preparar-se para a tomada de providências cabíveis;

Designar formalmente um agente responsável pelo acompanhamento da execução do contrato, qualquer que seja seu objeto, é um dever da Administração, conforme estabelece o art. 67 da Lei 8.666/93. A prática, que não é suficientemente difundida entre as organizações públicas, especialmente em nível estadual e municipal, é absolutamente necessária, e por razões óbvias, nos casos em que o pagamento precede a execução;

Exercitar a transparência ativa, divulgando todas as informações em sítios específicos conforme determina a Lei 13.979/20 em seu art. 4º, §2º, abrindo dados, viabilizando o acesso a processos eletrônicos e mantendo um diálogo franco com a imprensa e com a sociedade.

Essa lista, certamente, não esgota as possibilidades. Cabe aos gestores e suas equipes, aos órgãos de assessoramento jurídico e, até mesmo, controladorias internas, permanecerem atentos a outras estratégias que possam, dentro dos limites da juridicidade, não apenas mitigar o risco de prejuízo ao interesse público, mas também blindar o agente quanto a eventual caracterização do erro grosseiro e futura responsabilização.⁸ Uma atuação diligente dos agentes públicos por meio de decisões voltadas ao gerenciamento dos riscos, de justificativas bem fundamentadas, de pareceres jurídicos anexados ao processo, de cuidados especiais na seleção do fornecedor, sempre considerando as necessidades e peculiaridades do caso concreto é o que se espera em tais situações e o que definirá, possivelmente, o destino da contratação, assim como de todos os envolvidos. O pagamento antecipado é um recurso necessário, a MPV 961 é muito bem-vinda, mas permanece na cota dos agentes públicos utilizá-lo com bom senso e cautela.

É POSSÍVEL EXIGIR EM EDITAL CONSULTA AOS CADASTROS CEIS E CNIA, EM NOME DO SÓCIO MAJORITÁRIO DAS LICITANTES?

por Larissa Panko¹

Palavras-chave: Lei 8.666/93. Teoria da Personalidade Jurídica. Improbidade administrativa. CEIS (Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas). CNIA (Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa).

A título de contextualização inicial da matéria proposta na presente edição do Painel do TCU, é oportuno comentar que por meio da realização de consulta aos referidos cadastros – CEIS (Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas) e o CNIA (Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa), a Entidade Licitadora tem por objetivo verificar se, **em face daqueles interessados em com ela contratar**, não há nenhum impedimento de participação em licitação ou de ser contratado pelo Poder Público, pela via da imposição de sanção restritiva de direito, em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa. Isto porque, a Lei 8.249/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 12, assim dispõe:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, **está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas**

1 Advogada, mestranda em Governança e Sustentabilidade, pelo Instituto Superior de Administração e Economia do Mercosul (ISAE), pós-graduada em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Autora da Obra “Pregão Presencial e Eletrônico – Apontamentos à Legislação Federal”. Atualmente é Coordenadora da Orientação Jurídica Negócios Públicos.

isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I. na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e **proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;**

II. na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e **proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;**

III. na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e **proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.**

IV. na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Parágrafo único. *Na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente (sem grifos no original).*

Em outras palavras, se quem pretende contratar com o Poder Público é uma pessoa física, a realização de consulta a cadastros com vistas a se verificar eventual impedimento de participação em licitação ou de ser contratado pelo Poder Público, pela via da imposição de sanção restritiva de direito, será procedida em face da pessoa física; ao passo que, se quem pretende contratar com o Poder Público é uma pessoa jurídica, a consulta aos cadastros em liame será procedida em face da pessoa jurídica, e não de seus sócios, portanto; e assim por diante.

A presente compreensão, além de inerente à própria finalidade ínsita à exigência da apresentação dos documentos de habilitação, decorre da chamada Teoria da Personalidade Jurídica, de acordo com a qual, a pessoa jurídica tem personalidade distinta da pessoa de seus sócios (pessoas físicas).

Ocorre que, em determinadas situações há um abuso desta autonomia, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial (art. 50 da Lei 10.406/02). Neste sentido, temos que a confusão patrimonial ocorre quando é impossível distinguir os bens particulares dos sócios dos bens da sociedade; já o desvio de finalidade é caracterizado pela utilização da pessoa jurídica para fins diversos do qual foi constituída; sendo que, um exemplo do desvio de finalidade é exatamente a criação de uma nova pessoa jurídica para evadir-se dos efeitos de determinada sanção que lhe fora impingida.

Ilustrando: imagine-se que determinada empresa venha ser penalizada com o impedimento de licitar e contratar, com espeque no art. 7º da Lei 10.520/02, o que lhe obstaculizará a participação em

Em outras palavras, se quem pretende contratar com o Poder Público é uma pessoa física, a realização de consulta a cadastros com vistas a se verificar eventual impedimento de participação em licitação ou de ser contratado pelo Poder Público, pela via da imposição de sanção restritiva de direito, será procedida em face da pessoa física

licitações e a celebração de contratos no âmbito do ente político em que estiver inserido o Órgão/Entidade Sancionador. Não obstante isso, a fim de continuar participando de licitações e de serem contratados pelo Poder Público (portanto, evadindo-se dos efeitos da sanção aplicada), os mesmos sócios que compõem a empresa sancionada constituem nova sociedade. É exatamente em situações como esta que se pretende a desconsideração da personalidade jurídica, de modo que os efeitos da sanção aplicada atinjam, também, a figura de seus sócios e, ato reflexo, a nova pessoa jurídica constituída.

Considerando isso, relativamente à aplicação de sanções, como regra, para que a Administração possa alcançar a pessoa dos sócios, no sentido de que a sanção aplicada à determinada empresa/pessoa jurídica venha a alcançar, também, seus sócios; e, ainda, à pessoa jurídica posteriormente constituída, será necessário promover a desconsideração da personalidade jurídica da empresa sancionada, cujo processo depende, dentre outros elementos, da constatação de indícios de fraude.

Contudo, em se tratando especificamente das sanções cominadas no bojo da Lei de Improbidade Administrativa e, porquanto, objeto de consulta por meio dos cadastros CEIS e CNIA, de acordo com o disposto em seu art. 12, retro citado, a “proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente”, terá guarida “ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”.

Contexto este, que foi objeto de enfrentamento pelo Tribunal de Contas da União (TCU), por meio do Acórdão 628/19 – Plenário, de cujo inteiro teor se destacam os seguintes excertos:

Relatório:

(...)

Nossa Análise

7. Inicialmente, considerando-se que a exigência para que o sócio majoritário da empresa Fonseca e Telles apresentasse a sua respectiva Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas constaria do item 12.2.1 do edital (peça 5, p. 18), faz-se necessário transcrever tais dispositivo [sic], assim como o item 12.2 que o precedeu:

12.2 Em atendimento ao Acórdão nº 1793/2011-TCU, durante a fase de habilitação, além do SICAF, serão efetuadas as seguintes consultas:

a) junto ao Portal da Transparência, de existência de registros impeditivos da contratação, no Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas/CGU;

b) junto ao Conselho Nacional de Justiça, de existência de registros impeditivos da contratação por improbidade administrativa, no Cadastro de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade;

c) junto ao portal do Tribunal Superior do Trabalho, em atendimento a Lei 12.440/2011, para verificação de pendências trabalhistas por meio de emissão de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do Título VII-A da consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

12.2.1 A consulta aos cadastros será realizada em nome da empresa licitante e também de seu sócio majoritário, por força do artigo 12 da Lei nº 8.429 de 1992, que prevê, dentre as sanções impostas ao responsável pela prática de ato de improbidade administrativa, a proibição de contratar com o Poder Público, inclusive por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. (grifos nossos).

7.1. Ora, o artigo 12 da Lei 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, diz o seguinte:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (grifos nossos).

7.2. Primeiramente, cumpre esclarecer que o Acórdão 1793/2011-TCU-Plenário recomendou ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais/MP, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público, ao Ministério da Defesa, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União, que:

I - verifiquem, durante a fase de habilitação das empresas, em atenção ao art. 97, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, além da habitual pesquisa já realizada no módulo Sicafe do sistema Siasg, a existência de registros impeditivos da contratação:

I.1. no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas/CGU, disponível no Portal da Transparência (<http://www.portaltransparencia.gov.br>);

I.2. por improbidade administrativa no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa disponível no Portal do CNJ;

7.3. Isto é, em nenhum ponto daquele Acórdão foi recomendado a verificação junto ao portal do Tribunal Superior do Trabalho, em atendimento a Lei 12.440/2011, para verificação de pendências trabalhistas por meio de emissão de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do Título VII-A da consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943.

7.4. Isto porque tal exigência advém, naturalmente, do Art. 29, inciso V, da Lei 8.666/93 que assim dispõe:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)(Vigência)

7.5. Ora, sendo assim, a alínea “c” do item 12.2, que diz respeito à verificação de pendências trabalhistas por meio por meio de emissão de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do Título VII-A da consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para fins de prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, não deveria estar ali inserida, pois já deveria constar do SICAF. Tanto é assim que, caso não constasse daquele Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores-Sicaf, a própria licitante deveria apresentar essa certidão negativa, ou positiva com efeitos de negativa de débitos trabalhistas, nos termos do item 12.5.1 do edital em referência:

12.5.1 Regularidade Trabalhista (inserida neste item enquanto não constar do SICAF).

a) Prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante apresentação de certidão negativa, ou positiva com efeitos de negativa, nos termos do Título VII-A da consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

7.6. Isto significa dizer que apenas as consultas feitas junto ao Portal da Transparência, a respeito da existência de registros impeditivos da contratação, no Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas/CGU (item 12.2, a, do edital) e, ao Portal Conselho Nacional de Justiça, para fins de verificação da existência de registros impeditivos da contratação por improbidade administrativa, no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade (item 12.2, b, do edital), deveriam, nos termos do item 12.2.1 do referido edital, e por força do artigo 12 da Lei nº 8.429 de 1992, serem feitas, também, em nome do sócio majoritário da empresa licitante.

7.7. Tal conclusão está suportada pelo próprio artigo 12 da Lei 8.429/92, que assim o exige, pois proíbe o responsável pelo ato de improbidade administrativa de contratar com o Poder Público, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos, cinco ou três anos, dependendo do tipo de improbidade administrativa cometida (Arts. 9. 10 e 11 da Lei 8.429/92).

Ou seja, a finalidade daquele dispositivo é não permitir que a pessoa física responsável por ato de improbidade administrativa contrate com a administração pública, mesmo na condição de sócia majoritária de uma pessoa jurídica, ainda que esta última não tenha cometido qualquer ato de improbidade administrativa. Este seria, pois, o motivo pelo qual se justifica a existência do item 12.2.1 no referido Edital, oportunidade em que se verifica se a pessoa jurídica licitante e o seu respectivo sócio majoritário constam no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas/CGU e no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa disponível no Portal do CNJ;

7.8. No caso, em análise, não constatamos a existência do nome da empresa Fonseca e Telles Pinturas em Geral Eireli (CNPJ 16.972.514/0001-49) e do seu sócio majoritário, Sr. Cláudio Cordeiro Gomes (CPF 028.843.077-88) nos mencionados cadastros da CGU e do CNJ (peça 5, p. 4-7), donde se deduz que tais pessoas jurídica e física não foram, até o momento, condenadas por atos de improbidade administrativa.

7.9. Já no tocante à exigência prescrita no artigo 29, inciso V, da Lei 8.666/93, para fins de habilitação da empresa licitante em relação à regularidade fiscal e trabalhista, vale esclarecer que esta não tem nada a ver com o artigo 12 da Lei 8.429/92 e deve ser exigida apenas da pessoa jurídica licitante, e não de qualquer um de seus sócios, seja ele majoritário ou não² (sublinhados no original) (colorido no original) (sem grifos no original).

À vista do exposto, portanto, em se tratando da realização de consulta a cadastros com vistas a se verificar a existência de sanção restritiva do direito de licitar e contratar, a regra será procedê-las estritamente em face daquele que pretende contratar com o Poder Público. Exceção, contudo, residirá na hipótese de determinado diploma normativo contemplar disposição que irradia os efeitos da sanção, também na pessoa dos sócios, no caso de pessoa jurídica, como é exatamente o caso da aplicação de sanções disciplinada pela Lei de Improbidade Administrativa.

2 TCU. Acórdão 628/19 – Plenário.



COMO EVITAR FRAUDES NAS COMPRAS FLEXIBILIZADAS PELA LEI 13.979/2020

Por Aline de Oliveira

LEI 13.979/2020 NÃO MODIFICOU AS EXIGÊNCIAS PARA RECEBIMENTO DE MATERIAIS

A Prefeitura de Rondonópolis (MT) recentemente sofreu um prejuízo de R\$ 4 milhões na compra de falsos respiradores para o município. As caixas onde deveriam estar os 22 equipamentos chegaram, no dia 22 de abril, à Unidade de Pronto Atendimento (UPA) da cidade e, quando foram abertas, a fraude foi descoberta. No lugar de respiradores pulmonares, havia monitores com aparência de respiradores, com adesivos e manuais como sendo dos equipamentos necessários para atendimento a pacientes de Covid-19 em estado grave.

Os aparelhos foram adquiridos por meio de processo de dispensa de licitação, sagrando-se como vencedora uma empresa com sede em Palmas (TO). Na celebração do contrato ficou estabelecido que o pagamento

Houve uma flexibilização nas regras de contratação (dispensa emergencial, pregão express, flexibilização das exigências de habilitação, etc.).

aconteceria após a entrega dos aparelhos, que ficou marcada para as datas de 16 e 17 de abril, na cidade de Goiânia (GO). Diante do combinado, uma equipe da Prefeitura de Rondonópolis foi até a cidade para buscar os aparelhos. Antes de fazer o carregamento, foram feitas fotos dos equipamentos e encaminhadas para a Secretaria de Saúde, sendo demonstrados pelos adesivos que se tratavam dos ventiladores pulmonares. O pagamento foi efetuado pela Prefeitura de Rondonópolis e a fraude só foi descoberta no dia 22. A empresa fornecedora desapareceu.

Com base neste acontecimento e levando em consideração a flexibilização trazida às compras públicas pela Lei 13.979/2020, perguntamos aos especialistas: que dicas eles dariam aos gestores e compradores públicos para não serem enganados, como aconteceu com a Prefeitura de Rondonópolis?

Marcus Alcântara, servidor público e professor especialista em licitações e contratos, explica que a referida fraude é bastante comum e não tem relação com a flexibilização das regras de contratação.

“A Lei 13.979/2020 não modificou as exigências para recebimento de materiais. Não foram alteradas as etapas do processamento da despesa (Empenho,

Liquidação e Pagamento). Houve uma flexibilização nas regras de contratação (dispensa emergencial, pregão express, flexibilização das exigências de habilitação, etc.). Embora o gerenciamento de riscos da fase de planejamento tenha sido abortado, a lei cita a necessidade de que seja feita a gestão de riscos na execução contratual. Foi o que causou a fraude”, afirma.

Para ele, um dos grandes riscos neste tipo de contrato é a falha na entrega dos produtos.

“O histórico das contratações já mostrou entrega de bens em quantidade inferior à contratada; bens com qualidade abaixo do contratado; bens falsificados, usados, etc. Enfim, há farto conhecimento de fraudes. A boa notícia é que não é muito difícil se prevenir. Para isso que existe na lei um rito estabelecido para o processamento da despesa. O pagamento, que consiste na transferência do valor para o contratado, é justamente última etapa deste processo. E depende, para sua efetivação, que seja feita a liquidação da despesa, sendo esta a verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. Ou seja, é a comprovação de que o credor cumpriu todas as obrigações constantes do empenho”, avalia.

Alcântara diz que de acordo com as informações veiculadas pela imprensa, houve um erro na fase de liquidação da despesa.

“Tal etapa do processo da despesa se presta à conferência do que foi entregue, comparando com o que fora contratado. É o chamado exame de conformidade do objeto. Não se admite que tal conferência se dê por exame fotográfico. A conferência, neste montante, deve ser feita por uma comissão, conforme exigência da Lei 8.666/1993, art. 15, § 8º. Parte-se da conferência dos produtos entregues, na extensão da sua qualidade e quantidade, desde especificações técnicas a aspectos acessórios, como manuais, estado de conservação, avarias, etc. Então, fica a sugestão aos gestores: tenham bastante cautela ao liquidar

MATÉRIA

a despesa. Assegurem-se que todas as condições foram cumpridas, para só então realizar o pagamento”, alerta Alcântara.

Simone Zanotello de Oliveira, advogada e consultora jurídica de licitações e contratos públicos, concorda que embora a Lei 13.979/2020 tenha trazido flexibilizações para as contratações necessárias ao enfrentamento da pandemia, “é fato que nenhuma delas suprime as obrigações da Administração em relação às cautelas que ela deve adotar tanto em relação à fase de contratação, quanto no que tange à etapa de gestão contratual”, diz.

Segundo a professora, também não suprime a obrigação dos fornecedores em relação ao estrito cumprimento das exigências da contratação.

“A fim de que não haja prejuízos de ordem financeira, os pagamentos só devem ser efetivamente liberados após o recebimento definitivo dos bens adquiridos, ou seja, após a conferência de que os itens atendem em quantidade e em qualidade ao que foi exigido no processo de aquisição. Por outro lado, em tempos de pandemia, uma situação que os gestores estão vivenciando é a imposição de pagamento antecipado por parte dos fornecedores. Nesse caso, o risco é ainda maior, e a Administração deve adotar medidas acautelatórias (a exemplo de garantias exigidas do fornecedor), a fim de evitar prejuízos ao erário, caso haja o descumprimento por parte da empresa”, avisa.

Por outro lado, Simone diz que outras medidas também deverão ser adotadas, pois nem sempre haverá êxito em se solicitar uma medida acautelatória junto ao fornecedor.

“Nesse caso, a Administração deve ponderar o risco de se fazer uma compra com pagamento antecipado em face do esgotamento de outras alternativas. E, se realmente essa for a única saída, cercar-se de outras precauções: procurar fazer uma investigação sobre a empresa, verificar sua reputação no mercado,

impor multas mais altas na contratação em caso de descumprimento, exigir amostra, rever o quantitativo objetivando a aquisição de um montante menor para diminuir o risco, enfim, adotar boas práticas de gestão de riscos, como se estivéssemos fazendo uma aquisição enquanto particulares. Sabemos que aqueles que estão lidando diretamente com o enfrentamento da pandemia, a exemplo dos setores de saúde e de assistência, necessitam urgentemente de bens e insumos para poderem efetuar seus atendimentos e estão sempre sob pressão. No entanto, cabe aos setores de contratação dos órgãos o papel de agir com bom senso, racionalidade e responsabilidade, adotando todas as cautelas necessárias no momento das contratações. Flexibilizar não significa adotar ações que possam colocar em risco o interesse público”, conclui.

Felipe Ansaloni, advogado especialista em licitações, afirmou que o momento de enfrentamento do COVID-19 é delicado e exige atenção por parte dos gestores públicos, para que não sejam enganados por falsários.

“Neste sentido, algumas diligências podem ser tomadas como: **1)** checar o CNPJ da empresa no SICAF e verificar se ela possui muitas ocorrências ou penalidades. Apesar da Lei 13.979/2020 permitir a contratação junto a empresas penalizadas, nem sempre é seguro fazê-lo diante de fortes indícios; **2)** solicitar que a empresa envie além de fotos do produtos, Notas Fiscais de compra e checar a autenticidades dessas notas; **3)** solicitar que a empresa revendedora encaminhe o contrato que possui com a indústria fabricante dos respiradores; **4)** consultar o CNJ da empresa no Portal da Transparência do Governo Federal ou de outros entes públicos, para verificar se existem pagamentos recentes feitos àquela empresa por outros órgãos; **5)** no relatado, como o recebimento foi feito in loco e não houve o envio pelos Correios ou por meio de transportadora, poder-se-ia ter solicitado à empresa que realizasse a demonstração do funcionamento de algumas unidades do produto, antes do recebimento definitivo”, indica.

O QUE FAZER QUANDO O REPRESENTANTE LEGAL ESTIVER AUSENTE NO MOMENTO DA APLICAÇÃO DO BENEFICIO DA REGULARIZAÇÃO FISCAL TARDIA

por Flavia Vianna

Nos artigos 42, 43, 44 e 45 da LC 123/06, são encontrados dois benefícios às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e demais beneficiados. Neste artigo falaremos da regularização fiscal tardia (artigos 42 e 43)

A ME/EPP possui obrigatoriedade em apresentar todo o rol de documentos exigidos, inclusive os referentes à regularidade fiscal, na fase de habilitação (no dia da sessão!), sob pena de, em não apresentando algum documento, ser inabilitada. O benefício consistirá em, caso algum documento referente à regularidade fiscal possuir algum defeito ou restrição, a ME/ EPP terá prazo de cinco dias úteis (prorrogáveis por igual período a pedido justificado da ME/ EPP) para reapresentá-lo, escoimado dos vícios. O benefício para suprimento dos defeitos apenas abrange a documentação concernente à regularidade fiscal e trabalhista. O prazo inicial para contagem dos cinco dias úteis para regularização fiscal da ME/EPP será contado do momento em que o proponente for declarado vencedor do certame. Nesse ponto, adotamos a doutrina de Edgar Guimarães¹ pelo qual, na licitação de modalidade pregão, sendo o vencedor provisório ME ou EPP e, na fase habilitatória, existindo alguma restrição fiscal, o pregoeiro **declara o vencedor “sob condição”**, concedendo o prazo para regularização. Isso porque, em licitações processadas pela modalidade Pregão,

1 GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa**. Reflexos práticos da LC nº 123/06. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 92-93.



tendo em vista a inversão das fases, a habilitação apenas será feita após a fase de classificação e julgamento de propostas. Assim, no pregão, sendo a vencedora provisória ME ou EPP, no momento de verificar sua habilitação, a empresa já se encontra devidamente classificada (na fase de julgamento da proposta). Dessa forma, havendo alguma irregularidade na documentação fiscal, será concedido a pequena ou microempresa vencedora provisória o prazo para saneamento.

Diferentemente, nas modalidades clássicas de licitação (Concorrência, Tomada de Preços e Convite), tendo em vista que a fase de habilitação opera-se antes da classificação e julgamento das propostas², a micro ou pequena empresa que apresentar algum defeito na documentação fiscal, será **habilitada “sob condição”** e, somente na fase posterior de classificação e julgamento das propostas, caso esta ME/EPP seja a primeira classificada (ofertante do menor preço), que será iniciado o prazo para regularização da documentação fiscal.

Mas, e no caso do representante da ME/EPP não encontrar-se presente na sessão no momento da concessão do benefício para a regularização fiscal tardia?

2 Exceto nos Estados e Municípios que optaram pela inversão das fases de habilitação e julgamento de propostas também nas modalidades tradicionais, como ocorreu com o Estado de São Paulo (Lei nº 13.121, de 07 de julho de 2008), Estado da Bahia (Lei nº 9.433, de 1º de março de 2005), Estado do Paraná (Lei 15.608, de 16 de agosto de 2007), dentre outros.

Para nós, ausente o representante legal no momento da aplicação do benefício da regularização fiscal tardia, a conduta a ser tomada pelo agente público, a depender da modalidade, será a seguinte:

CONCORRÊNCIA, TOMADA DE PREÇOS E CONVITE	PREGÃO PRESENCIAL	PREGÃO ELETRÔNICO
Intimar representante para sanar defeito na documentação fiscal. Edital fixa VIA de comunicação para a intimação	Não há dever de convocar o licitante ausente (licitante perde o direito)	Convocação faz-se via chat e aguarda-se prazo de regularização (ainda que o licitante esteja desconectado, pois terá acesso ao histórico das mensagens durante todo o prazo)

Importante registrar que, sendo efetuada a convocação da ME/EPP ausente da sessão nas modalidades clássicas de licitação para regularizar sua documentação fiscal, o prazo de cinco dias úteis somente deverá ser contado a partir do recebimento da convocação pela licitante, que deverá ser efetuado por meio formal devidamente registrado nos autos do processo licitatório.

FIQUE POR DENTRO

DE TODAS AS NOVIDADES SOBRE
LICITAÇÕES E CONTRATOS!



O Pregoeiro

Para os pregoeiros e equipe de apoio que buscam uma ferramenta eficaz de atualização e capacitação.

NEGÓCIOS PÚBLICOS

Destinada aos setores públicos Federal, Estaduais e Municipais.

GOVERNANÇA PÚBLICA

Abordagem inédita e inovadora e no comprometimento com a ética e prática jornalística de qualidade.

LICICON

Revista de Licitações e Contratos

Conteúdo exclusivo sobre licitações e contratos.

ASSINE JÁ
www.sollicita.com.br



MOTIVAÇÃO, MEDIÇÃO E PAGAMENTO NOS TERMOS DE REFERÊNCIA SIMPLIFICADOS

LEI 13.979/2020

Por Aline de Oliveira

Os especialistas: Daniel da Silva Almeida, Jamil Manasfi da Cruz, Lindineide Oliveira Cardoso e Paulo José Ribeiro Alves, que publicaram recentemente o artigo “TR ou PB simplificado para enfrentamento do COVID-19, conforme a Lei 13.979/2020”, no Sollicita, responderam, também de forma exclusiva, mais perguntas que chegaram sobre o tema.



CONFIRA A ENTREVISTA:

Quais os componentes de um Termo de Referência ou Projeto Básico Simplificado?

Jamil Manasfi, especialista em Licitações e Contratos e em Gestão Pública – Segundo a Lei nº13.979/20, para as aquisições e contratações de enfrentamento da emergência de saúde pública no Brasil decorrente do coronavírus (Covid-19), o termo de referência ou o projeto básico simplificados possuem os seguintes elementos: declaração do objeto (definição do objeto); fundamentação simplificada da contratação (justificativa); descrição resumida da solução apresentada; requisitos da contratação; critérios de medição e pagamento; estimativas dos preços e adequação orçamentária.

Não é porque o TR e PB são simplificados que não precisam ser bem motivados. Que cuidados ter?

Paulo Alves, especialista em Direito Administrativo Contemporâneo - Primeiramente é necessário compreender que os atos administrativos devem ser motivados, conforme princípio descrito na Lei 9.784/1999, mais conhecida como Lei do Processo Administrativo. Além de estar expresso no art. 2º como um dos princípios que devem ser obedecidos pela Administração Pública, o art. 50 da mesma norma aponta que “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos”, restando evidente que a contratação de um determinado serviço ou a aquisição de um determinado bem pelo Poder Público carecerá de uma justificativa suficiente para fundamentar o porquê da contratação, bem como as quantidades demandadas pelos órgãos ou entidades públicas. A emergência gerada no enfrentamento ao coronavírus não é suficiente para afastar o princípio ora citado, cabendo, no máximo, a simplificação de seus termos para que o processo, considerado neste caso sumaríssimo, possa atender o seu objetivo de entregar insumos de saúde à sociedade em tempo de gerar resultados. Cabe lembrar que a Lei 13.979/2020 trata das “medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus” e, por óbvio, a contratação que se lastrear nessa norma deverá apresentar, em sua motivação, o liame entre a contratação e o enfrentamento da Covid-19 no âmbito de atuação do órgão contratante. Mas atenção: os bens ou serviços devem estar diretamente ligados a ações ou políticas públicas de saúde para que não seja configurado o desvio de finalidade, que segundo o art. 2º, parágrafo único, da Lei 4.717/1965, “ se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

E nessa forma simplificada, é preciso estabelecer critérios de medição e pagamento?

Lindineide Cardoso, especialista em Direito Processual Civil - Mesmo que a forma do procedimento seja simplificada, é imprescindível que os atos convocatórios e os instrumentos contratuais, dele decorrentes, estabeleçam critérios de medição e pagamento, inclusive, com isso, permitindo que se verifique a adequação ao preço, à quantidade ou à produtividade pactuada.

Em se tratando de obras é essencial um correto dimensionamento da estimativa de execução e o planilhamento dos materiais que serão utilizados. Só assim, poderá a Administração fiscalizar o acompanhar a execução através das chamadas medições.

Já para as aquisições por dispensa de licitação ou por suprimento de fundos, cumpre ao poder público a correta especificação, ainda que resumida, de sua quantidade, bem como da forma e dos prazos de entrega.

Enfim os critérios de medição devem ser, ainda que resumidos, estabelecidos de forma clara e inequívoca, sob pena de prejudicar o próprio andamento da contratação.

No que toca ao pagamento, a Lei nº 13.979/2020 não estabeleceu prazo específico para sua realização. Cabe ressaltar que em recente artigo publicado manifestei posição pelo pagamento antecipado, para as situações descritas no art. 4º-F, que sabemos excepcionais e condicionada à justificativa da autoridade competente.

Para as demais aquisições, se não houver prejuízo de insucesso da contratação, embora a Lei 8.666/93 estabeleça o prazo máximo de 30 dias para o pagamento, apresento aqui posicionamento de que nas aquisições por dispensa de licitação, bem como em razão de ajuste prévio entre as partes, é possível a redução desse prazo.

Veja que a IN nº 05/2017, em seu Anexo XI, item 4, já adota para as contratações de despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no seu § 1º, o prazo de 5 (cinco) dias úteis para pagamento, após a emissão da Nota Fiscal ou Fatura.

É muito importante ressaltar que, para as aquisições ligadas ao coronavírus, o Ministério da Saúde tem adotado o prazo de até 5 (cinco) dias

É muito importante ressaltar que, para as aquisições ligadas ao coronavírus, o Ministério da Saúde tem adotado o prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados da data da apresentação da Nota Fiscal, mais condizente com a realidade atual.

úteis, contados da data da apresentação da Nota Fiscal, mais condizente com a realidade atual. Isso ocorre porque estamos vivenciando uma concorrência mundial para aquisição de produtos, com isso, se o Brasil endurecer sua forma de pagamento pode ficar sem produtos fundamentais à luta contra o avanço e o tratamento da COVID-19.

Abro aqui um aparte para também falar sobre a utilização do suprimento de fundos, prevista no art. 6º da Lei nº 9.979/2020, trata-se de adiantamento concedido a servidor, a critério e sob a responsabilidade do Ordenador de Despesas. Sua finalidade é justamente de efetuar despesas que, pela sua excepcionalidade, não possam se subordinar ao processo normal de aplicação, isto é, não seja possível o empenho direto ao fornecedor ou prestador, na forma da Lei nº 4.320/64, ou a realização de licitação ou sua dispensa. Trata-se de situação em que a administração “compra e paga imediatamente”, sendo prudente ressaltar que a Lei 13. 979/2020 majorou seus limites para:

- até 330 mil para execução de serviços de engenharia; e
- até 176 mil reais para compras em geral e outros serviços.

Assim, em que pese o prazo legal e usual de 30 (trinta) dias, ou de 5 (cinco) dias úteis, para os casos já citados acima, considerando os valores determinados para suprimento de fundos, entendo que, para aquisições dentro destes limites, é possível:

i) o pagamento antecipado, para as situações previstas no art. 4º-F;

ii) pagamento no prazo de 5 (cinco) dias úteis para aquisições e contratações, por dispensa de licitação, até o limite estabelecido para suprimento de fundos;

iii) para as demais contratações a adoção do prazo usual de 30 (trinta) dias, desde que não ofereça risco ao fracasso da licitação, permitida a negociação com o fornecedor para estabelecimento de prazo menor.

A Lei nº 13.979/2020 não especificou a forma para o pagamento, o que o professor recomenda?

Daniel Almeida, especialista em Direito Público com ênfase em Contratos e Licitações - Em que pese se tratar de uma lei temporária cujas alterações recentes foram trazidas pela Medida Provisória nº 926/2020, a Lei nº 13.979/2020 foi omissa acerca das formas de pagamento.

Compete então destacar que aquela lei apenas agilizou o processo de compras, modificando alguns procedimentos da Lei nº 8.666/1993 apenas para o enfrentamento do covid-19, no entanto, mantendo os originais.

Desta forma, são dois ritos para o mesmo procedimento ou afastamento licitatório. Dependerá apenas para qual finalidade este será: atender a rotina calamitosa ou a normal.

Posto isso, diante da omissão da Lei nº 13.979/2020, deve-se continuar a observar os dispositivos trazidos pela Lei nº 8.666/1993 e, por se tratar de pagamento, em especial, os artigos 5ª, §3º, e 40, inciso XIV, alínea “a”, que delinearam o item 4, do Anexo XI da Instrução Normativa nº 05/2017.

Estes dispositivos trouxeram como prazos máximos para pagamento trinta dias contados do recebimento da Nota Fiscal ou Fatura, destacando que se o valor destas não ultrapassarem o montante de R\$ 17.600,00, conforme prevê o artigo 24, inciso II, ou ainda R\$ 35.200,00 se o órgão estiver enquadrado

no artigo 24, §1º, ambos da Lei nº 8.666/1993, o pagamento deverá ocorrer até o quinto dia útil subsequente ao seu recebimento.

A bem da verdade, a Administração Pública ganhou um concorrente em potencial no mercado de compras e contratações, a própria população que tenta se proteger preventivamente ao coronavírus. Assim sendo, para os fornecedores, é melhor receber pagamentos nas vendas diretas ao público do que aventurar se irá ou não receber da Administração Pública.

Ideal então que cada licitação seja, realmente, uma licitação diferente e, cada uma delas preveja como se dará o pagamento, podendo aplicar prazos igualmente diminutos, ressaltando outro ponto importante, a LC nº 123/2006 que prevê prioridade de contratação de micro e pequenas empresas, cujo capital não suportaria atrasos ou demoras de pagamentos, comprometendo a manutenção do fornecimento. Desta forma, sugiro, seja qual for o prazo a ser aplicado, que este seja honrado, não preocupado com a atualização que sofrerá pelo atraso, mas para manter a eficiência na prevenção à pandemia sem afastar o desenvolvimento nacional sustentável.

É possível ainda prevê pagamentos antecipados, nos casos em que incorrer hipóteses de aquisição de materiais relacionados à situação descrita no art. 4º-F, na restrição de fornecedores ou prestadores de serviços, entre outras, cuja prestação seja condicionada a esta forma de pagamento, devendo, para tanto, ser realizada a devida justificativa da autoridade competente, com o intuito de mitigar a perda de milhares de vidas.

Por fim, ressalto ainda que o pagamento deverá estar adequado ao atendimento dos objetivos pretendidos pela Administração, ou seja, entrega no prazo determinado de material adquirido, adequação às especificações, ou, ainda, atendimento das metas estabelecidas para execução de serviços.

O NOVO PREGÃO ELETRÔNICO. NOVIDADES DO DECRETO Nº 10.124, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019

por Ivan Barbosa Rigolin

QUARTA PARTE

- I. *O art. 30 reproduz, praticamente sem alteração, o art. 24 do Decreto nº 5.450/05 até o seu § 5º, e como aquele denomina fase competitiva a etapa de lances, após terem sido classificadas as propostas. Para nós a fase competitiva teve início em verdade com as propostas, porque se são classificadas, e se algumas são desclassificadas, então a competição já começa quando de sua mera apresentação ao ente público.*

De diferente existe a previsão do § 3º deste decreto, que prestigia a regra de que o critério pode ser o do maior desconto, como também a regra de que o edital pode ter previsto diferença mínima entre os lances, que pode ser em valor como pode ser em percentual, e desse modo adapta o texto anterior para abrigar a novidade – que de resto é de boa qualidade.

O que já se questionava no decreto anterior, e que por mantido neste também se questiona, são as regras dos §§ 3º e 4º, segundo as quais cada novo lance só será aceito se for inferior ao menor registrado no sistema (§3º), e a de que não serão aceitos lances iguais (§4º).

Ainda que o critério seja o do menor preço, o fato é que algum licitante, por ter atingido preço mínimo suportável, pode querer *empatar* e ir a desempate – preferindo apostar na sorte a vender a preço que não lhe serve –, ou então pode querer cobrir lance de um licitante mas não de outro, porque por exemplo sabe que esse último será inabilitado, e não interessa bater seu lance.

São hipóteses materialmente possíveis, e não deveria o sistema bloquear aos licitantes tais possibilidades de ação, entendemos firmemente. No pregão presencial fica mais fácil compreender isso afirmado, porque os lances correm à vista de todos, sem tela, senha, *login*, chave de acesso, fricotes eletrônicos e outras *macaquices* virtuais, pelas quais nutrimos aversão a mais profunda.

Mas mesmo assim também no eletrônico fazemos a mesma objeção às regras dos parágrafos mencionados, simplesmente porque injustas, anti-isotômicas, antidemocráticas e desnaturadoras do pregão em *jogo de azar* para os participantes.

II. O art. 31, patético, incompreensível e inadmissível, estabelece dois modos de disputa, o aberto – que precisaria ser o único –, e o aberto e fechado. O primeiro se constitui de lances públicos e sucessivos, com prorrogações, e o segundo, além dos lances públicos, tem o último lance fechado. Eis a quintessência do ridículo!

No momento em que em todo o mundo somente se fala e se cogita em transparência, acessibilidade a dados públicos, votações abertas e proibição de qualquer segredo em licitação; neste momento em que o povo brasileiro não mais suporta a sujeira infinita dos negócios embaixo dos panos e das negociatas criminosas que obviamente são secretas, surge esta ideia de “fechamento” no pregão eletrônico, que arremete as instituições para trás!

Qual a razão desse vacilo? Prevenção de golpes? Deve ser, porque este é o país do golpe que não tem fim, da velhacaria, da malandragem e da putrefação das instituições – que se criam hoje e se corrompem amanhã –, mas, convenhamos, existem maneiras e maneiras de se a combater. E o lance fechado, o segredo, a reserva em matéria de ofertas ao poder público, que serão pagas com dinheiro público, não é uma delas.

Não percebe o autor que o segredo favorece a negociata, a ilicitude, a corrupção? Não sabe que quem gosta do escuro é o bandido? Não se trata aqui, evidentemente, de segredos de estado nem de estratégias de guerra, mas de lances em uma licitação para comprar, por exemplo, milho de pipoca, feijão fradinho ou maracujá francês... e temos lance secreto para isso?

Precisaria o decreto expungir de seu texto o modo fechado, mas enquanto tal não ocorre – se com sorte vier a ocorrer – o que se recomenda aos editais de pregão eletrônico e aos seus autores é que, por sua conta, passem ao largo

São hipóteses materialmente possíveis, e não deveria o sistema bloquear aos licitantes tais possibilidades de ação, entendemos firmemente.

dessa nefasta novidade, tão bem-vinda quanto uma broncopneumonia dupla ou um desastre de trens. O legislador, e o decretador, perdem amiúde as mais excelentes oportunidades de se omitir.

Mas nem tudo é infâmia, eis que o parágrafo único do artigo fixa que no modo aberto o edital preverá – não apenas poderá prever, mas *preverá*, no imperativo - diferença mínima entre os lances, seja em valor, seja em percentual, o que parece boa ideia na medida em que de outro modo algum licitante pode oferecer lances sempre um centavo abaixo dos menores registrados, batendo no peito e bradando – *Dieu et mon droit!* E o nada recomendável remédio contra tais licitantes é *inseticida*, que nem sempre está à mão.

Esta previsão do parágrafo, eminentemente organizativa e a evidenciar que pregão não é a festa do caqui, faz falta ao pregão presencial. Pode inequivocamente, entretanto, ser adotada a regra das diferenças mínimas no pregão presencial, porque a mera omissão dessa previsão na lei do pregão não significa a proibição de que o edital a consigne, já que nenhum direito de ninguém será prejudicado com a adoção dessa medida eminentemente organizativa e de interesse geral¹.

III. *O art. 32 cuida do modo aberto de disputa, e o art. 33 do modo aberto e fechado. São muitas e especiosas as regras de tempo para os lances no modo aberto. O envio de lances dura dez minutos, e após isso a sessão será automaticamente prorrogada quando houver lance oferecido nos dois últimos minutos daqueles dez.*

A prorrogação será de dois minutos (§1º), renovando-se a cada novo lance dentro desse período. Em não os havendo, encerra-se a sessão

1 Sem dizer de potencial grande economia de tempo. E contrapor a ideia de que fixar diferenças mínimas pode ser discriminatório a licitantes com menos *balas na agulha*, respeitosamente, parece ser excesso de moralismo, algo como demagogia. Convence tanto quanto a judiciosa tese da Terra plana.

automaticamente (§2º). Pelo §3ª, por fim, encerrada a sessão sem prorrogação, o pregoeiro poderá reabrir a sessão de lances visando obter menor preço com relação ao até então mais baixo – e, diz o texto, *justificadamente*. Ora, que rematada redundância, quando é o próprio decreto que justifica a reabertura: tentar obter menor preço.

O ambiente que o decreto cria para o pregão eletrônico é de um mercado de peixe, propício a quem mais grita, com o pregoeiro com sua equipe funcionando como um despertador coletivo, todos perseguindo preços menores a todo custo, e torcendo a corda dos proponentes até onde conseguem...

O cenário é absolutamente indigno da Administração pública, e francamente desprezível, que não raro obtém preços sabidamente inexequíveis os quais muitíssimas vezes não são honrados pelos aventurecos proponentes.

Antes de embarcar numa semelhante *rinha de galo* pensamos que deve prevalecer o bom-senso e a razoabilidade na condução do procedimento pelo pregoeiro, e não, como talvez a chefia lhe tente determinar, a obsessão insana por preços irrisórios nos quais muita vez nem o pregoeiro intimamente acredita – mas aceita. Como se afirma, isso é *pedir para acontecer*.

Imagine-se, então que aquele pregão obtém um vencedor que simplesmente não vem contratar, ou então que contrata mas não entrega o objeto, ou então que entrega uma mercadoria tosca e inaceitável... que prejuízo, de toda ordem, se enseja ao ente apregoador...

Resulta então sempre mais econômico e produtivo lidar com preços reais e correntes de mercado, com entrega assegurada porque o negócio foi bom para ambas as partes, que com aqueles forcejamentos – e ainda que se esteja diante de interesse público, porque todos sabem que o barato sai caro e também para a Administração, e que ninguém faz milagre, e que *saco vazio não para em pé*. Anexins populares não faltam para a hipótese.

Verifica-se, a esta altura, a importância de uma prévia e confiável pesquisa de preços, que indique as realidades do mercado, e não uma desavisada esperança da Administração. E que a pesquisa oriente solidamente o pregoeiro, e não sirva de mero adereço ornamental ao processo.

IV. *O art. 33, com seus seis parágrafos, verifica o modo aberto e fechado de disputa. Trata-se de uma completa e insalvável frivolidade, absolutamente imprestável para o que quer que seja. O autor melhor faria se utilizasse seu*

tempo para fazer ginástica ou para escrever horóscopos de almanaque de farmácia.

Resumamos ao máximo e saiamos rapidamente deste atraso de vida: o prazo para envio de lances é de quinze minutos, encerrado o qual o sistema ativa o aviso de encerramento dessa etapa em até dez minutos, aleatoriamente, e esse pode ser o tempo a decorrer, se o sistema não encerrar antes.

Encerrada a etapa, o sistema abre oportunidade ao autor da proposta mais baixa e aos das propostas de valor até dez por cento superior àquela, querendo, façam novas ofertas, uma cada proponente em até cinco minutos, fechada. Após decorridos esses minutos passam a ser abertos os valores, se houver.

Em inexistindo ao menos três ofertantes que tenham tempo a jogar fora com esta brincadeira de péssima inspiração e que parte do pressuposto de que o proponente não sabe o que quer nem tem a mínima noção do preço que deve pedir, então os três mais bem classificados podem oferecer lance final e fechado em outros cinco minutos.

Encerrado tudo isso o sistema classificará as propostas em ordem crescente de valores, mas, acredite-se, se não houver o último lance final referido o sistema – ou o pregoeiro, porque o autor do decreto deve haver se perdido e o texto não informa se é o sistema ou o pregoeiro que reinicia a tragédia – reinicia a fase fechada de lances.

Mas não acabou! Se não houver classificado no lance fechado, então o pregoeiro poderá – justificadamente, diz o decreto, como se tudo isso tivesse alguma justificativa ou alguma explicação racional – admitir o reinício da etapa fechada.

Até este ponto contamos quatro ou cinco reinícios de etapa de lances, mas podemos ter saltado algum. Duvida-se um pouco da hígidez mental do autor deste artigo, possivelmente um grande gozador, como desta inteira ideia de lance fechado para comprar feijão. Merece uma bolsa de estudos na Venezuela, ou o prêmio framboesa jurídica em grau supremo.

Pregoeiros e autoridades: não se submetam e a este ridículo interminável!

Finjam que o modo fechado não existe, e adotem apenas o modo aberto, que é o único sério, idôneo, consentâneo com as regras e as tendências mundiais de transparência e de publicidade, e que respeita a sua

inteligência. Este art. 33 precisaria ser desinfectado do decreto com creolina, ou de vez exorcizado.

- V. Os arts. 34 e 35 praticamente repetem os §§ 10 e 11 do art. 24 do decreto anterior sobre o pregão eletrônico.

De alteração existe apenas, no art. 35, a regra de que se a desconexão do pregoeiro persistir por mais de dez minutos o fato será comunicado aos participantes e a sessão somente poderá após decorridas vinte e quatro horas daquela comunicação. Não existia esse prazo na regra anterior.

Bom que assim seja, para que os licitantes não fiquem à mercê dos fatos e da vontade do pregoeiro quanto à reabertura.

- VI. Os arts. 36 e 37, que devem ser de mesma procedência do autor do modo fechado de disputa, são, como aquele modo todo, a quintessência da bisonhice demagógica num texto regulamentar. Resulta o fino do grosso.

Ao invés de determinar que qualquer empate será decidido por *sorteio* – e o autor antes deve ter cogitado de prorrogação e pênaltis, porém refletindo sobre o tema ter-se-á dado conta da pouca adequação dessa metodologia ao caso –, não o faz.

O decreto dá mil voltas e remete, antes ao critério de desempate da lei das micro e das pequenas empresas (LC 123/06, arts. 44/5) porém isso só valerá no pregão eletrônico se houver MPes entre os *finalistas*, ou de outro modo não terá aplicação.

Ao invés de determinar que qualquer empate será decidido por sorteio – e o autor antes deve ter cogitado de prorrogação e pênaltis, porém refletindo sobre o tema ter-se-á dado conta da pouca adequação dessa metodologia ao caso –, não o faz.

Em seguida, fracassando aquilo, parte para o quixotesco e absolutamente inútil § 2º do art. 3º da lei de licitações, com seus românticos critérios de desempate – introduzidos naquela lei em péssima hora e possivelmente ainda *virgens* no direito brasileiro.

Apenas então, se não se aplicar ou se fracassar tudo aquilo, o sistema sorteará o vencedor – que é o que toda pessoa honesta de propósito quer ver ocorrer desde o início!

Apenas uma observação: considerando a técnica deste pregão eletrônico, em que é proibido oferecer lance igual a algum outro registrado, empate somente ocorrerá se dentro da definição de empate dada pela lei das MPes – o que só si em é outro embuste, que redefiniu a palavra empate para uma situação que iguala dez com nove. Para a LC 123/06, dez empatam com nove, se o autor da oferta de dez for MPE e o da de nove não.

Esse é o nível moral e técnico da legislação brasileira, uma das explicações de nossa humilhação internacional permanente.

VII. O art. 38 abre o Capítulo IX – *Do julgamento*. É, um pouco reformulado, o conjunto dos §§ 8º e 9º do art. 24 no decreto anterior.

Quem imagina que a negociação entre o pregoeiro e o vencedor da maratona-odisséia anterior terminou infelizmente enganou-se: ainda virá negociação. O pregão eletrônico deve pretender vencer os licitantes pelo cansaço, e que peçam o preço que a Administração quiser que peçam. Só lhe falta dizer que o preço a pedir é x^2 .

Por este decreto a autoridade parece negar que o licitante tenha vontade própria, ou que tenha consciência dos preços que pede. É indignamente tratado, mais ou menos como uma criança brincando de licitar, um incapaz ou um autômato que o sistema precisa manipular do começo ao fim do procedimento.

E não se trata aqui de combate a fraudes e velhacarias, o que é sempre salutar e necessário; não, a questão passa a ser de menosprezo absoluto à inteligência e ao discernimento do licitante – e, convenhamos, também à do pregoeiro e à da sua equipe, igualmente maltratados por este decreto. O decreto claramente *desconfia* tanto de licitantes quanto da equipe condutora do pregão, e os trata a todos com rédea muito curta...

2 Porém se disser e o licitante concordar, provavelmente o sistema se lhe reabrirá para que melhore a oferta...

No art. 38, como se disse, o tormento prossegue. Como se já não fora bastante o conjunto das negociações até este ponto, o pregoeiro deve ainda abrir a possibilidade de o vencedor até este momento melhorar ainda mais sua oferta.

O texto do *caput* dá idéia de que o licitante precisará reformulá-la, o que é absolutamente falso. Ele melhora a oferta *se quiser*, jamais podendo ser prejudicado se não o fizer porque já se submeteu a toda a dura maratona anterior e a venceu, qualificando-se portanto a ser o adjudicatário e a contratar, sem ter de melhorar patavina.

Trata-se de uma gentil *intimidação* que o decreto sugere, mas que não pode ser tida como ordem ao pregoeiro ou ao vencedor. O pregoeiro apenas pergunta e ou propõe mas não determina nada, e o licitante aceita ou não, não podendo ser prejudicado pela recusa.

O §2º manda que o edital fixe prazo não inferior a duas horas, podendo portanto ser maior que isso, para que seja remetida aquela nova proposta pelo vencedor – se ele o fizer –, com documentos se for o caso, e isso constitui novidade com relação ao decreto anterior.

VIII. O art. 39, como se anunciara antes, é mais um atestado de que a fera do apocalipse já desembarcou na terra, e aqui se entronizou.

Importante que se diga: *não é invenção deste decreto* mas reprodução da insensatez contida já na própria lei do pregão presencial, de 2.002, depois repetida nos dois decretos anteriores do pregão eletrônico e, agora, por terceira vez, neste decreto.

Disséramos em passado remoto que se cuidadas do início as enfermidades mentais podem ter cura ou ao menos controle, porém hoje, dezessete anos passados da lei do pregão, já não mais cremos na cura do autor desta aleivosia, se acaso está vivo.

Tanto na lei do pregão presencial quanto neste terceiro decreto do eletrônico existem dispositivos que simplesmente não fazem nenhum sentido. Referem-se *a)* os incs. XI e XVI do art. 4º da lei do pregão, que brigam entre si, e *b)* o art. 39 deste decreto com relação a alguns anteriores, como os arts. 28 e 38, e com os quais também conflita.

Na lei do pregão, se já temos propostas definitivamente classificadas no inc. XI do art. 4º, então como imaginar que venham, no inc. XVI, a ser novamente classificadas ou desclassificadas? Seria algo como aplicar terapia de choque a um cadáver.

E o pregão presencial repete esse contrassenso no art. 39 – que ignora que as propostas *já estão classificadas* e que o pregão eletrônico já tem um vencedor –, ao prever que o pregoeiro examinará a proposta vencedora quanto a compatibilidade da oferta com o objeto, quanto ao preço etc, etc!..

Como, se o licitante já venceu o certame?

Se o preço era inaceitável, então a proposta não teria sido classificada!

Se a oferta era incompatível com o objeto do pregão, idem, seria desde logo desclassificada, e sem remédio!

Então, pelas barbas da baleia branca, como reventilar a esta altura um assunto que já está e já foi resolvido por inteiro no passado, e o qual de tão relevante determinou o próprio rumo do pregão?

O art. 39 deve ser pulado, ignorado e desconsiderado pela Administração pública brasileira, como se nunca fora escrito, porque ad impossibilia nemo tenetur, ou seja, ninguém é obrigado ao impossível.

Se a regra não faz sentido, se a sua aplicação destrói todo o sistema arduamente construído pelas outras regras, então por tudo quanto é sagrado *não pode ser considerada* – ou de outro modo não existe regime jurídico que pare em pé.

O ordenamento jurídico de um país não pode admitir dar-se *tiros no pé* a todo tempo! A norma precisa ter coerência interna, e higidez lógica, e racionalidade operacional, ou não tem como até mesmo existir!

IX. A quem esteja considerando subversivas estas palavras, ou as considerando um convite à desobediência civil, formulam-se algumas perguntas:

- alguém no país já tentou sequer entender o que significa o § 3º, do art. 55, da lei de licitações, em vigor?;
- alguém, neste 2019 que termina, ainda pede CGC como documento de habilitação em licitações, como autoriza o art. 29, inc. I, da lei de licitações, em pleno vigor?;
- alguém ainda pede certidão negativa de concordata nas habilitações, como autoriza o art. 31, inc. II, da lei de licitações, em pleno vigor?;

- alguém consegue delimitar o sentido exato da regra do § 6º, do art. 22, da lei de licitações, em pleno vigor?;
- alguém consegue formular alguma justificativa para a *existência legal* do próprio pregão, quando a lei de licitações – que reúne as *normas gerais de licitação e de contratos administrativos no Brasil*, as quais se impõem às normas locais –, no art. 22, § 8º, determina que

É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.

Diante disso, *alguém consegue justificar a legalidade do pregão?*

Se alguém responder satisfatoriamente a qualquer destas perguntas – e se poderiam formular *milhares* de outras com base nas insânias de morder a nuca que pululam na legislação brasileira em vigor –, então a recomendação de desconsiderar o art. 39 do decreto do pregão eletrônico constitui subversão.

- X. O art. 40 adentra outro terreno pantanoso, uma charneca jurídica da pior qualidade, que é o assunto inteiro da habilitação. O legislador brasileiro – ou como neste caso o decreteiro – é aquele que gosta de ser iludido, e de viver num permanente conto de fadas. Continua a imaginar que a habilitação serve para alguma coisa, e com isso repte os incisos do art. 27 da lei de licitações – a acrescenta outro ainda!

Consta da lista, além de habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, e cumprimento das normas de proteção ao trabalho do menor, também a *regularidade com as fazendas* – como se a regularidade fiscal já não fosse isso mesmo!... – tudo isso para se comprar batata doce ou fécula de milho!

E o que é pior: pela redação do caput parece ser uma ordem a de exigir essa documentação, pois está escrito

Art. 40. *Para a habilitação dos licitantes será exigida, exclusivamente, a documentação relativa,*

e não, como na lei de licitações, o facultativo “limitar-se-á a”, ou “conforme o caso”...

Então, para construir Itaipu pela lei de licitações pode ser exigido isto e aquilo, mas para comprar chuchu *precisa ser exigido tudo que existe de documentação habilitatória na legislação brasileira!* ! É o absurdo dos absurdos!

Não pode ser pior! O Brasil *galopa* para trás! O direito brasileiro parece o exterminador do futuro...

Praticamente se repete o art. 14 do decreto anterior, inclusive o parágrafo único, com apenas uma modificação de nenhuma relevância no inc. V. O anterior dizia “quando for o caso”, e este reza “quando necessário”, ambos se referindo a regularidade fiscal.

Bastante preferível é a fórmula bem mais resumida e sintética constante da lei do pregão, art. 4º, inc. XIII, que como habilitação exige prova de regularidade junto às fazendas respectivas dos licitantes, ao FGTS e à seguridade social, e que deixa livre ao edital formular exigências quanto a qualificação técnica e econômico-financeira, sem muita ênfase ou taxatividade. Sim, porque... exigir qualificação técnica para vender mandioquinha?...

A Lei nº 10.520/02 com efeito e quanto a este ponto deixa a Administração e o licitante *respirarem*, enquanto que este decreto, repetindo a ladainha medieval do decreto anterior, mantém o atraso de vida e a mentalidade burocrática, improdutiva, anacrônica e ineficiente da própria lei de licitações – devendo o autor imaginar que está servindo grandemente à sua pátria.

Poucas vezes devem ter existido legisladores tão inábeis a cuidar de habilitação dos outros...

XI. O art. 41 é a nova versão, melhorada, do art. 15 do decreto anterior. O *caput* reduz a anterior exigência de tradução juramentada para tradução livre, o que é sempre bom por arejar a nauseabunda forma originária.

Acrescenta-se um parágrafo único, que mais ou menos desdiz o acima afirmado. Burocratiza por demais a situação, informando que quando um estrangeiro vencer pregão de registro de preços – o que já parece estranho, salvo se mantiver empresa no país – os documentos necessários à assinatura do contrato devem ser traduzidos por tradutor juramentado, ou *consularizados*. Viva a criatividade vernacular!

O autor do decreto – e nós sempre assim nos referimos ao autor, que evidentemente não é o sr. presidente da república – não se conformou com a simplificação do *caput*, a deu um jeito de burocratizar... neste assunto que todo em si tem importância operacional e substantiva mínima.

XII. O art. 42 simplesmente reproduz o art. 16 do decreto anterior, nesta matéria consideravelmente embaraçosa: consórcio de empresas para vender bens comuns ou prestar serviços comuns? Isso seria mesmo necessário, sobretudo em pregões *eletrônicos* nos quais todos se escondem atrás de telas e de virtualismo de todo matiz? Algo como um *consórcio oculto?*..

Poderá, entretanto e com efeito, ser recomendável o consórcio, por exemplo sempre que o volume dos bens ou dos serviços a entregar seja gigantesco, tal que exija ou que recomende união de esforços entre empresas, na tese de que a união faz a força. Mesmo assim, sempre muito mais compreensível é o consórcio para grandes obras ou para grandes contratos de serviço, fora da simplicidade fundamental dos objetos do pregão.

Fica desse modo a cargo de cada ente apregoador abrir ou não para consórcios os seus pregões eletrônicos, essa abertura se afigurando francamente excepcional à regra, que evoca a ideia de *matar tico-tico com canhão*. E, nessa conformidade do excepcional, qualquer abertura para consórcios precisará estar expressamente anunciada no edital, porque o silêncio do edital quanto a isso simplesmente exclui aquela possibilidade.

Os incisos e o parágrafo único que seguem praticamente reproduzem os incisos e o parágrafo único do art. 16 do decreto anterior, e a alteração, puramente de estilo, precisa ser procurada com microscópio para ser detectada. Não se tratando de novidade portanto, a matéria não será aqui comentada, seguindo-se o escopo deste artigo.



SIMPLIFIQUE E DESCOMPLIQUE A
GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS

ADQUIRA O SOFTWARE E:

- NÃO PERCA NUNCA MAIS O PRAZO DE VIGÊNCIA DOS SEUS CONTRATOS**
- TENHA TOTAL CONTROLE DA EXECUÇÃO DOS SEUS CONTRATOS**
- PAINEL GERENCIAL INTUITIVO, INTERATIVO E EM TEMPO REAL**



CONFIRA ALGUNS **BENEFÍCIOS DA SOLUÇÃO**



**FISCALIZAÇÃO
COMPLETA**



**CONTROLE DE PRAZOS
E VIGÊNCIAS**



**RELATÓRIO
GERENCIAL**

EXPERIMENTE GRÁTIS

 (41) 3778-1761 |  (41) 9 9845-6618

www.contratosgov.com.br

NEGÓCIOS PÚBLICOS®

O Pregoeiro

MAIO 2020 | ano XVI | n° 185