

CAUTELAS NECESSÁRIAS DIANTE DA MEDIDA PROVISÓRIA 961/2020

Carmen Iêda Carneiro Boaventura¹

1. INTRODUÇÃO

Inegável é o momento difícil de pandemia que estamos vivenciando, que se iniciou nos últimos dois meses e permanece nos dias atuais. A pandemia do coronavírus – a COVID-19, que começou na China, logo espalhou-se por todo o mundo, inclusive no Brasil. E nesse cenário de pandemia e crise, diante de um modelo de contratação burocrático como é o tradicional, insculpido na Lei 8.666/93, diversas medidas estão sendo publicadas no intuito de flexibilizar as contratações, em busca do máximo de eficiência. Busca-se resguardar o interesse público, que, nesse momento, está sendo, primordialmente, proteger toda a coletividade, tutelando os direitos à vida e à saúde.

Nesse contexto, com a publicação de várias normas – como a Lei 13.979/2020, que foi posteriormente alterada pelas Medidas Provisórias 926/2020 e 951/2020 –, surge a Medida Provisória 961/2020, cujo objetivo não foi o de alterar a Lei 13.979/2020, frise-se. A Medida Provisória 961/2020 trouxe, em seu bojo, três pontos principais e relevantes: a) previsão expressa autorizando o pagamento antecipado nas licitações e contratos, muito embora já existisse amparo legal e jurisprudencial anterior à medida, no Tribunal de Contas da União, conforme veremos *a posteriori*; b) ampliação dos limites de valores relativos ao procedimento de dispensa de licitação, dispostos no art. 24, incisos I e II da Lei 8.666/93 e; c) ampliação da abrangência do uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, previsto na Lei 12.462/2011.

A priori, antes de tratar das questões acima descritas, convém salientar que não houve limitação subjetiva no que diz respeito aos órgãos e entidades que deverão se submeter às regras disciplinadas neste normativo. O art. 1º desde já estabelece que a Administração Pública de todos os entes federativos, Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos estão autorizados a utilizar o disposto no teor da Medida Provisória 961/2020. Todavia, apesar de não conter limite subjetivo, apresenta,

¹ Advogada. Consultora Jurídica em Licitações e Contratos Administrativos.

claramente, no art. 2º, o limite temporal da Medida. Isso significa que, as regras dispostas só podem ser aplicadas aos atos administrativos e contratações durante o período de calamidade pública, estabelecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020².

2. MP 961/2020 E O PAGAMENTO ANTECIPADO

Volvendo às questões materiais, estabelecidas na Medida Provisória nº 961/2020, imprescindível detalhar o entendimento a respeito das regras sobre o pagamento antecipado. Relativamente a esse instituto, cumpre observar que não há inovação da Medida Provisória quando da sua previsão, pois tanto a legislação (no art. 38 do Decreto 93.872/1986) quanto o entendimento do TCU (Acórdãos nº 4143/16 e nº 2856/19 – TCU/1ª Câmara) e a Orientação Normativa nº 37 da AGU já eram no sentido da possibilidade de aplicação do pagamento antecipado, mesmo que em situações específicas³.

Contudo, interessante notar que, no momento atual, foi de grande importância a sua expressa previsão, para reforçar aos agentes públicos a possibilidade de utilização do pagamento antecipado, de forma justificada e excepcional, adequada ao caso concreto, e extremamente funcional, no sentido de salvaguardar vidas. Isto porque, a aquisição de respiradores, por exemplo, tem sido uma tarefa árdua ao gestor público que precisa adquirir o equipamento, sofrendo com a escassez de recursos e a elevação de preços acima do patamar de normalidade⁴.

Cumpre destacar que a própria Medida Provisória 961/2020 estabeleceu critérios alternativos para a utilização do pagamento antecipado, dispostos nas alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 1º. São eles: que seja uma condição indispensável para obter o bem ou a prestação de serviço; ou que propicie significativa economia de recursos. Necessário salientar, nesse sentido, que esses critérios não são cumulativos, ou seja, para a disposição do pagamento antecipado, não há necessidade de preenchimento dos dois requisitos elencados. Basta que um deles esteja justificado, haja vista a opção do legislador quando

² Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm

³ PÉRCIO, Gabriela. MPV 961: antecipação de pagamento e cautelas (extras) necessárias. 2020. Disponível em <http://www.olicitante.com.br/mp-961-pagamento-antecipado-cautelas/> Acesso em 14 de maio de 2020.

⁴ BOAVENTURA. Carmen Iêda Carneiro. Reflexões ao novo panorama envolvendo o Sistema de Registro de Preços. Disponível em: www.direitosdolicitante.com.br/artigos.php

da utilização do conectivo “ou” no dispositivo, o que indica a característica da alternatividade.

Assim, importante frisar que o pagamento antecipado é uma possibilidade que pode ser extremamente útil na atual conjuntura, mas deve ser realizado em situação excepcional e com uma justificativa plausível e robusta, não sendo aceitável a utilização do instituto em qualquer hipótese. Inclusive, há um grande risco na aplicabilidade indevida do pagamento antecipado, principalmente por que a medida não se restringiu às contratações de bens, insumos e serviços de saúde relativamente ao enfrentamento da crise do coronavírus – a Medida Provisória 961/2020 possui uma abrangência ampla e é aplicável a toda e qualquer contratação, seja de bens relacionados diretamente ou indiretamente à crise, como qualquer outra aquisição (exceto na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra conforme previsão do §3º do art. 1º), inclusive as contratações diretas por dispensa e inexigibilidade. Nesse sentido, imperiosa é a necessidade que o gestor público tem de agir com extrema cautela quando da utilização do pagamento antecipado, para evitar consequências indesejadas.

O art. 1º, §1º, inciso I destaca que para a utilização do pagamento antecipado, é preciso que haja disposição expressa no instrumento convocatório, ou seja, o Edital deverá conter cláusula específica dispondo sobre o pagamento antecipado e de que forma será realizado, se parcial ou total. Este quesito é válido também para que os fornecedores que participarão do procedimento licitatório possam estar cientes sobre quais as regras serão instituídas em uma contratação específica, podendo avaliar e ponderar sobre a viabilidade de participação e atendimento do objeto contratual. O inciso II do referido parágrafo, ainda, menciona a exigência de devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto.

Ademais, não há possibilidade nem plausibilidade jurídica do pagamento antecipado na fase contratual como forma de alteração do contrato, se não houver disposição no instrumento convocatório, sob pena de violação legal. É o que prevê o artigo 65, II, alínea “c”, da Lei 8.666/93⁵, que dispõe expressamente sobre a vedação do

⁵ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) c) 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;

pagamento antecipado em relação ao cronograma físico financeiro já fixado. Importa destacar, portanto, que essa regra vinculada à alteração contratual é vedada no ordenamento jurídico federal, pois o pagamento antecipado sem previsão no instrumento convocatório afrontaria a isonomia e a própria equação econômica⁶.

No §2º do art. 1º há a sugestão de cautelas a serem seguidas pelo gestor público que optar pelo pagamento antecipado nas contratações públicas, apresentando então um rol exemplificativo de ações que poderão ser utilizadas como ferramentas de prevenção, mitigando eventuais riscos de inadimplemento. Há, portanto, cinco incisos dispendo sobre comprovação de execução de etapa inicial do objeto, prestação de garantia, emissão de título de crédito pelo contratado, acompanhamento da mercadoria por representante da administração, e exigência de certificação do produto⁷. Por óbvio, a utilização dessas cautelas ocorrerá de acordo com a situação fática de cada órgão contratante, e o gestor público deverá avaliar, no caso concreto, de que forma agir para atendimento do interesse público, evitando danos ou contratações ilegais, eivadas de vícios.

Os dois últimos incisos referidos sobre o acompanhamento da mercadoria e a exigência de certificação do produto são formas importantes de verificação da qualidade e procedência do bem ofertado, pois reduzem as chances de eventuais riscos na contratação, principalmente no que diz respeito ao pagamento antecipado. Inclusive, a certificação do produto é um procedimento que já existe no ordenamento jurídico-administrativo, tanto na Lei 13.303/2016 – conhecida como Lei das Estatais –, quanto na Lei 12462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação – RDC.⁸

Além dessas cautelas previstas no §2º do art. 1º, é possível que o agente público possa também realizar diligências no intuito de: (1) verificar se realmente a empresa

⁶ PEDRA, Anderson Sant'Ana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; TORRES Ronny Charles Lopes de. A Mística da Impossibilidade de Pagamento Antecipado pela Administração Pública. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em 13 de maio de 2020.

⁷ § 1º Na hipótese de que trata o inciso II do caput, a Administração deverá: I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto. § 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º, a Administração poderá prever cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como: I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente; II - a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, de até trinta por cento do valor do objeto; III - a emissão de título de crédito pelo contratado; IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da Administração; e V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

⁸ REIS, Luciano Elias; ALCÂNTARA, Marcus Vinícius Reis de. Análise crítica e os efeitos da Medida Provisória nº 961: aumento do limite da dispensa em função do valor, pagamento antecipado e extensão do RDC. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html.

fornecedora existe; (2) conferir o endereço da sede onde está situada; (3) averiguar se já vendeu para outros órgãos o mesmo objeto, dentre outras possibilidades. A ideia é justamente evitar enganos, descumprimentos contratuais, não entregas e divergências no objeto recebido, principalmente se o bem for relacionado ao atendimento da saúde pública.

Infelizmente, diversas são as notícias na mídia envolvendo aquisições irregulares, notadamente aquelas contratações voltadas para a compra de respiradores, máscaras, e EPI's, que estão sendo fundamentais no momento de pandemia vivenciado. De extrema importância é que o gestor público se certifique do bem que está sendo adquirido, pois a sua falta ou divergência/incongruência entre o que foi licitado e o que foi entregue, causa, não apenas prejuízo ao erário, mas também, pode provocar a morte de diversos cidadãos brasileiros.

3. MP 961/2020 E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Outro ponto relevante trazido pela Medida Provisória 961/2020 é a ampliação da abrangência do uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, previsto na Lei 12.462/2011. De acordo com a sua previsão, há a possibilidade de sua utilização para quaisquer bens, serviços e insumos, não apenas aqueles destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública. Neste sentido, foi extremamente louvável o enquadramento do RDC na realidade atual, haja vista tratar-se de procedimento bem mais flexível que a Lei 8.666/93, com modelos de contratação mais dinâmicos. Diante das inúmeras vantagens da utilização amplificada do RDC nas compras públicas, por exemplo, há possibilidade de utilização do RDC eletrônico pelo sistema do Compras Governamentais⁹, de maneira extremamente adequada em tempos de pandemia, em que não é viável a realização de certames presenciais devido ao perigo do contágio e disseminação ainda maior do vírus.

Outrossim, no RDC, é possível exigir certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação (art. 7º inciso III da Lei 12.462/2011); carta de solidariedade emitida pelo fabricante (art. 7º inciso IV da Lei); remuneração variável de acordo com o desempenho pela contratada (art.4º inciso IV da Lei); dentre outros. No aspecto procedimental, há também inovação, pois, no RDC, é possível utilizar os modos de

⁹ É possível consultar RDC eletrônico no site do Compras Governamentais: <http://comprasnet.gov.br/aceso.asp?url=/Livre/RDC/rdcEletronico.asp?aba=tabAgendadas>

disputa aberto, fechado e combinado (art. 16 da Lei). Há, ainda, possibilidade de inversão de fases (art. 14, inciso II da Lei), negociação de preços mais vantajosos com o primeiro colocado (art. 26 da Lei), fase recursal única (art. 27 da Lei) e critério de julgamento de maior retorno econômico (art. 18, inciso V da Lei), este de grande relevância e utilidade no cenário atual¹⁰.

Este critério de maior retorno econômico é específico nos casos de contrato de eficiência em que há a realização de obras e fornecimento de bens com a finalidade de trazer economia ao órgão contratante, reduzindo despesas, e a remuneração do contratado é feita de acordo com o percentual econômico gerado – previsão do art. 23 da Lei do RDC. Assim, *“o julgamento das propostas deverá considerar como o retorno econômico o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.”*¹¹

Importante notar, muito embora o RDC tenha sido estabelecido para quaisquer contratações, o grande aproveitamento do cenário do RDC em relação ao período de pandemia vivenciado, uma vez que há preponderância da emergência e urgência no atendimento das demandas, o que exige contratações rápidas, céleres e eficientes. Saliente-se, por oportuno, que, a larga possibilidade de utilização do RDC se vincula apenas e tão somente ao período de declaração do estado de calamidade pública reconhecida pelo Decreto Legislativo 6 de 20 de março de 2020, conforme mencionado alhures.

4. MP 961/2020 E A AMPLIAÇÃO DAS DISPENSAS DE PEQUENO VALOR

Além de tudo o que foi mencionado, a Medida Provisória 961/2020 também estabeleceu, no artigo 1º, inciso I, a ampliação dos limites de valores relativos ao procedimento de dispensa de licitação, dispostos no art. 24, incisos I e II da Lei 8.666/93. Significa dizer que, para obras e serviços de engenharia, o limite aumentou para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e no caso dos serviços e compras, o limite passou a ser de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Importante frisar, entretanto, que estes dispositivos atinentes à ampliação dos limites de dispensa de licitação não alteraram a Lei 8.666/93, é

¹⁰ CAMARÃO, Tatiana. Medida Provisória nº 961: as vantagens da adoção do Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalle.html.

¹¹ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. RDC e Contratação integrada na prática. Belo Horizonte: Fórum, 2014, 2ed.

uma regra criada especificamente para a situação do estado de calamidade vivenciado – vide art. 2º da Medida Provisória 961/2020.

As dispensas de licitação em razão do valor são justificadas no sentido de trazer maior economia em relação aos custos, quando comparados a uma licitação na modalidade tradicional, ou seja, *“muitas vezes, os custos econômicos diretos ou indiretos são bem maiores que a potencial vantagem econômica produzida pela disputa licitatória”*¹². Assim, diante da realidade atual, além da questão econômica, ainda há o quesito urgência e celeridade no procedimento, indispensáveis no atendimento da saúde pública.

Neste aspecto é relevante destacar a necessidade, mais uma vez, de cautela dos gestores públicos, principalmente aqueles pertencentes a municípios menores. O aumento do limite da dispensa de licitação não implica na possibilidade larga e ampla de compra sem justificativas e motivações pertinentes ao processo de contratação. É importante lembrar que a justificativa do preço e a razão da escolha do fornecedor, previstas no art. 26, parágrafo único da Lei 8.666/93 subsistem à realidade atual. Ou seja, é necessário que o agente público possua respaldo para realizar as contratações diretas por dispensa de licitação, mesmo diante do aumento do limite destas.

Em municípios menores, o aumento deste limite pode implicar sérios danos no tocante à legalidade dos procedimentos, pois não devem utilizar de dispensas repetidas, evitando a realização de procedimento licitatório pela via tradicional. A regra licitatória prevista no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal persiste, e a exceção é a dispensa de licitação. O que é necessário é avaliar qual o modelo de contratação mais viável, na situação atual de pandemia do coronavírus, onde há uma crise mundial e grande necessidade de aquisição de bens e insumos voltados para o atendimento da emergência de saúde pública. Nesse cenário, o dever do agente público é sopesar a utilização do regime de contratação, diante da urgência e motivar todos os seus atos administrativos, resguardando os princípios relativos ao processo licitatório.

5. CONCLUSÃO

¹² TORRES. Ronny Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas Comentadas. Salvador: Juspodivm, 2018, 9ed.p.289.

Os três principais pontos trazidos pela Medida Provisória 961/2020 foram de extrema relevância no cenário atual de pandemia. Conforme mencionado alhures, o pagamento antecipado, utilizado de forma justificada e motivada no processo, pode ser uma ferramenta útil no enfrentamento da crise do coronavírus, principalmente quando relacionado às aquisições de bens, insumos e serviços de saúde. A ampliação e generalização do Regime Diferenciado de Contratações para as aquisições de quaisquer obras, serviços, compras e alienações, por ser um procedimento bem mais flexível que a Lei 8.666/93, traz grandes vantagens. A ampliação dos limites de dispensa de licitação, também importante, na medida em que possibilita compras mais econômicas e céleres quando comparadas às licitações tradicionais.

A cautela é necessária, em todos os aspectos mencionados no presente trabalho, seja na utilização das dispensas de licitação para aquisição de bens, seja ele voltado ou não ao atendimento da emergência de saúde pública, seja na utilização do pagamento antecipado. O importante é sopesar qual o formato de contratação ideal de acordo com o momento fático, motivando e justificando adequadamente os atos praticados, de forma a atender ao interesse público de maneira eficiente e evitar processos de responsabilização desnecessários.

REFERÊNCIAS:

ALTOUNIAN. Cláudio Sarian; CAVALCANTE. Rafael Jardim. **RDC e Contratação integrada na prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, 2ed, p.138.

BOAVENTURA. Carmen Iêda Carneiro. **Reflexões ao novo panorama envolvendo o Sistema de Registro de Preços**. Disponível em: www.direitosdolicitante.com.br/artigos.php. Acesso em: 12 de maio de 2020.

CAMARÃO. Tatiana. **Medida Provisória nº 961: as vantagens da adoção do Regime Diferenciado de Contratações (RDC)**. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html. Acesso em 14 de maio de 2020.

PEDRA. Anderson Sant'Ana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; TORRES. Ronny Charles Lopes de. **A Mística da Impossibilidade de Pagamento Antecipado pela**

Administração Pública. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em 13 de maio de 2020.

PÉRCIO. Gabriela. **MPV 961: antecipação de pagamento e cautelas (extras) necessárias. 2020.** Disponível em <<http://www.licitante.com.br/mp-961-pagamento-antecipado-cautelas/>> . Acesso em: 12 de maio de 2020.

REIS. Luciano Elias; ALCÂNTARA. Marcus Vinícius Reis de. **Análise crítica e os efeitos da Medida Provisória nº 961: aumento do limite da dispensa em função do valor, pagamento antecipado e extensão do RDC.** Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html. Acesso em: 14 de maio de 2020.

TORRES. Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas.** Salvador: Juspodivm, 2018, 9ed, p.289.