

TERMO DE RECOMENDAÇÃO Nº 04/2020

À SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
A/C DIRETORIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
C/C GABINETE DO PREFEITO

ASSUNTO: NOVAS MEDIDAS APLICÁVEIS ÀS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO PERÍODO DO CORONAVÍRUS

Prezados Senhores,

Com os cordiais cumprimentos de estilo, a Controladoria Geral do Município, no uso de suas atribuições constitucionais, no intuito de orientar as Contratações Públicas, durante o estado de calamidade pública, decorrente do novo coronavírus – COVID-19, vem formular as seguintes recomendações, com fulcro na Medida Provisória nº 961, de 06 de maio de 2020, publicada no DOU em 07 de maio do ano corrente.

Como sabido, em razão do avanço da COVID-19, a nível mundial, surgiu a necessidade de edição da Lei 13.979/2020, a qual promoveu a regulamentação de contratações públicas, em caráter excepcional e extraordinário, a fim de tornar possível o enfrentamento da emergência de saúde pública no país. Por se tratar de norma geral aplicável a todos os entes da federação, conforme art. 22, XXVII da Constituição Federal, toda e qualquer dispensa, contrato ou licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da presente emergência passaram a ser regidos pela citada norma, cujas orientações pertinentes foram objeto do Termo de Recomendação nº 02/2020.

Na sequência, em decorrência da permanência do estado de calamidade, pelo agravamento da situação provocada pela disseminação do novo coronavírus, foi promulgada a Medida Provisória nº 691 de 06 de maio de 2020, a qual traz inovações acerca das contratações públicas a serem realizadas neste período.

De início, pode-se afirmar que não houve limitação subjetiva para aplicação das regras da MP nº 961/2020, sendo que todos os entes da Administração Pública direta e indireta, podem se fazer valer da referida medida provisória. Também não houve limitação objetiva para utilização dessas regras, distinguindo-se, nesse ponto, da Lei 13.979, que vincula o uso desse regime excepcional às contratações relacionadas ao enfrentamento ao COVID-19. **Há, apenas, na MP em análise, uma exceção, quanto à restrição ao uso do pagamento antecipado para contratação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra.**

Por outro lado, verifica-se uma limitação temporal, eis que de acordo com texto da mencionada Medida Provisória, seus dispositivos somente poderão ser utilizados neste período, que está relacionado ao enfrentamento do problema de saúde pública relacionado ao novo coronavírus, isto é, no período de calamidade pública.

Sob essa perspectiva, vale ressaltar que o art. 1º do Decreto Legislativo nº 6, de 2020, reconhece *“a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020”*.

Desse modo, conclui-se que as disposições fixadas pela MP nº 961 poderão ser aplicadas, independentemente de o objeto a ser contratado relacionar-se ou não com o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, enquanto perdurar o estado de calamidade pública

reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020, o que deve ocorrer num primeiro momento, até o dia 31 de dezembro de 2020. Nada impede, contudo, que o regime da Medida Provisória se estenda e produza efeitos após o termo final apontado, desde que o contrato tenha sido celebrado dentro do período do alegado termo final.

Feitas tais considerações, verifica-se que a Medida Provisória em análise apresenta, basicamente, três alterações, pelo que se recomenda a observação de tais medidas, nas contratações, por este Município, durante o período de calamidade, quais sejam:

I – Ampliação dos valores limites para contratação direta por dispensa de licitação com base nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (art. 1º, inc. I)

Nos termos do inciso I, do art. 1º, da Medida Provisória nº 961, de 06 de maio de 2020, fica autorizada a dispensa de licitação de que tratam os incisos I e II do caput do art. 24 da Lei de Licitações, até o limite de:

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

Trata-se de atualização dos valores originalmente previstos na Lei 8.666/93 e, em decorrência de tal fato, alguns doutrinadores e juristas brasileiros já se

manifestam no sentido de que essa alteração, constante no art. 1º, inc. I, por meio de Medida Provisória, em que reside situação de relevância e urgência, seria inconstitucional. Em que pese o apontamento realizado, até o presente momento, a MP nº 961/20 encontra-se em plena vigência no Brasil.

A MP nº 961, embora tenha estipulado valores bem mais alargados para as dispensas de licitação, preservou a necessidade de adoção das mesmas cautelas anteriormente executadas pela Administração. Vale, nesse ponto, ressaltar que a utilização da dispensa de pequeno valor deve, sempre, ser pautada em uma boa estimativa de custo, dentro do possível; em uma precisa justificativa da escolha do fornecedor e do preço contratado, para que os órgãos de controle, quando da análise da contratação direta, percebam a lisura do seu procedimento.

Importante, portanto, atentar para o fato de que a ampliação da dispensa de pequeno valor, trazida pela MP nº 961/20, não justifica contratações desprovidas da busca do alcance do interesse público. **Assim, destaque-se que a dispensa, nos parâmetros acima indicados, pode ser utilizada pela Administração, mas não deve ser sua preferência, isto é, deve ser utilizada em caráter excepcionalíssimo, sob pena de privilegiar a falta de planejamento e comprometer a ampla participação, cujo objetivo é a obtenção da melhor proposta .**

Desse modo, o administrador deve primar pela cautela no uso da contratação direta, para que tal instrumento não seja utilizado como uma fuga à regra da licitação e, conseqüentemente, dos procedimentos que deveriam ser cumpridos de uma forma regular, ocasião em que atrairá, para si, a responsabilização e a aplicação das sanções correspondentes.

Não obstante, cumpre atentar que a MP nº 961 continua vedando a prática do fracionamento indevido das contratações para viabilizar o enquadramento no

limite para a dispensa de licitação. Este, a propósito, que se configura quando se divide a despesa para enquadrar a contratação em hipótese de contratação direta por dispensa de licitação em função do valor.

II – Autorização para previsão de realização de pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração (art. 1º, inc. II); e

A respeito da autorização para a Administração prever o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos, a MP nº 961 condiciona a adoção dessa prática à demonstração, no respectivo processo administrativo de contratação, da configuração de uma das seguintes condições:

- a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou
- b) propicie significativa economia de recursos.

Essas condicionantes não são, portanto, cumulativas, mas, sim, alternativas, podendo, a situação concreta, se enquadrar em uma ou noutra, ou ainda, em um pior cenário, se enquadrar nas duas.

Assim, frise-se que sem a comprovação de atendimento a uma dessas condições, a previsão de pagamento antecipado, bem como a sua realização, carecerá de amparo legal, possibilitando à responsabilização dos agentes envolvidos.

Além da verificação das condicionantes acima elencadas, sugere-se que o gestor público, antes de optar pelo pagamento antecipado, realize os seguintes questionamentos, como forma de subsidiar a sua decisão e, conseqüentemente, trazer mais segurança às contratações públicas realizadas nesse período de calamidade:

1) O pagamento antecipado, no caso concreto, é uma situação vantajosa para a Administração?

2) O pagamento antecipado fará com que a Administração obtenha o bem pretendido e, assim, a torne mais equânime frente aos demais operadores privados do mercado, que estão disputando esse mesmo objeto? E;

3) O que a Administração tem que tomar como atrativo, no pagamento antecipado? Apenas o pagamento antecipado?

Feitas tais ponderações, o gestor, então, poderá decidir, com mais firmeza, pela realização do pagamento antecipado, sem olvidar, no entanto, das demais exigências do regulamento em análise.

A norma exige, ainda, para a realização do pagamento antecipado, que essa condição seja prevista no edital, no caso de a contratação ser antecedida da realização de processo licitatório, ou no termo de adjudicação direta, se antecedida de dispensa ou inexigibilidade de licitação (art. 1º, § 1º, inc. I).

Imprescindível, também, que o pagamento antecipado, quando previsto no ato convocatório ou nas condições de uma contratação direta, esteja devidamente justificado no processo, com vistas a dar ampla transparência às contratações, tanto para a sociedade, quanto para os Órgãos de Controle.

Além disso, com medida de cautela, a realização de pagamento antecipado impõe à Administração exigir a devolução integral do valor pago antecipadamente na hipótese de inexecução do objeto (art. 1º, § 1º, inc. II). Essa condição deve estar prevista no instrumento por meio do qual a contratação for celebrada.

Nesta senda, a MP nº 961 autoriza a Administração a adotar medidas para prevenir o risco de inadimplemento contratual. A adoção de tais medidas,

apresentadas em rol exemplificativo, constitui uma faculdade e não afasta a incidência do § 1º.

Compete, portanto, ao administrador, diante de cada caso concreto, realizar um juízo de conveniência e oportunidade, com o intuito de motivar adequadamente a adoção (ou não), e a medida a ser empregada, quando for esse o caso.

Assim dispõe o § 2º do seu art. 1º:

“Art. 1º (...)

§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”

De todo modo, em que pese o caráter facultativo, não significa que o administrador estará autorizado para simplesmente não as exigir ou apenas as exigir se quiser.

Na hipótese de pagamento antecipado, tanto nos processos licitatórios, quanto nos casos de dispensa, recomenda-se que o gestor tome todas as cautelas, sejam obrigatórias ou sugestivas, e as coloque no processo, a exemplo da exigência do balanço financeiro da empresa e informe de mercadoria, em caso de

grandes compras; da realização de pesquisa sobre o histórico da empresa, com a solicitação, se for o caso, dos atestados de capacidade técnica, mesmo que a lei não exija, mas para certificar que a empresa já forneceu àquele item para outros entes públicos ou privados, nas condições e no quantitativo, que atualmente vêm sendo contratados, dentre outras.

Nessa esteira, vislumbra-se, inclusive, a possibilidade, na prática, de o edital prever o pagamento antecipado condicionado, isto é, a realização de pagamento antecipado condicionado à apresentação de determinados documentos, que deverão ser elencados no ato convocatório, quando da celebração do contrato pela empresa.

De todo modo, cabe alertar aos gestores da administração pública que a realização de pagamento antecipado deve constituir exceção, a ser utilizada com bastante cautela, apenas se justificando quando essa prática representar condição indispensável para a Administração obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou, ainda, quando importar em significativa economia de recursos. Nesse sentido, recomenda-se, inclusive, que todas as medidas protetivas adotadas sejam devidamente juntadas no processo de contratação, justificadas pelas autoridades competentes e, quando necessário, submetidas a pareceres técnicos ou jurídicos.

Importante ressaltar ainda que, embora a MP nº 961/20 autorize a realização do pagamento antecipado, é recomendável que esse pagamento, por cautela, não seja feito de forma integral, mas, sim, em percentual, escolhido pela Administração, o qual deverá ser fixado com base em estudo de mercado, onde será possível observar quais os parâmetros utilizados em contratações similares. Sugere-se, também, que a Administração pondere, dentro de sua realidade, a possibilidade de realização do pagamento do restante do valor em um prazo tido como razoável, haja vista a situação de pandemia e o seu reflexo em todo o mercado.

Além disso, é de se considerar a relevância da existência de um procedimento operacional diferenciado, mais rigoroso, na gestão e na fiscalização do contrato, quando houver o pagamento antecipado, com a finalidade de mitigar os riscos de uma execução frustrada do contrato. De todo modo, na hipótese de não haver a entrega do bem ou a prestação de serviço, deverá ser aberto um processo administrativo sancionatório, um processo administrativo rescisório, com o intuito reparatório.

Por fim, como já mencionado alhures, cumpre afirmar que a MP nº 961 vedou a adoção dessa prática nas contratações cujo objeto envolva prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra (art. 1º, § 3º).

III – Autorização para adoção do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC em todo e qualquer caso e não apenas nas hipóteses previstas pela Lei nº 12.462/2011 que instituiu esse regime (art. 1º, inc. III).

Pode-se afirmar que a MP nº 961 amplia as opções para o administrador público, ao permitir que haja escolha acerca do regime jurídico que empregará para a formação e o desenvolvimento do seu contrato, se será aquele estabelecido pela Lei nº 8.666/1993 ou se será aquele previsto pela Lei nº 12.462/2011.

Tal decisão, contudo, deve ser pautada em critérios de conveniência e oportunidade, sem perder de vista a motivação e o fato de que a opção feita deve recair sobre a alternativa mais vantajosa para atendimento de determinada situação fática.

Ademais, importante tecer algumas observações sobre o tema. Acerca do conteúdo e extensão, como visto alhures, o RDC pode ser usado para qualquer contratação, independentemente de o objeto ser relacionado ou não com a COVID-19; O

RDC, conforme prediz a norma em análise, não está adstrito a serviços e obras de engenharia, sendo plenamente possível de ser adotado para fornecimento e outros serviços em geral; E, por fim, deve-se estar atento ao fato de existirem regras diferenciadas para o julgamento do fornecedor e de sua proposta, bem como ao fato de que o uso do RDC alijará possíveis interpretações futuras sobre a natureza jurídica de alguns objetos controvertidos como é o caso de montagens de hospitais de campanha para saber se caracterizam mero serviço de engenharia ou como obra de engenharia.¹

Pois bem, vale considerar que não obstante a matéria não ter sido totalmente esgotada, as orientações aqui consignadas se coadunam com principais medidas passíveis de aplicação nessa situação de excepcionalidade, que merecem tratamento e consequências jurídicas diferenciadas, de modo a garantir segurança tanto à população, quanto aos agentes públicos, pelo que recomendamos sua observância.

Atenciosamente,

Buerarema, 12 de maio de 2020.

MANOEL D. LEAL LINS

Controlador Geral do Município

¹ 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://rcl.adv.br/site/wp-content/uploads/2020/05/Análise-crítica-e-os-efeitos-da-Medida-Provisória-n-961-aumento-do-limite-da-dispensa-em-função-do-valor-pagamento-antecipado-e-extensão-do-RDC.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2020.