

Contratações Públicas: MP 961 e MP 966

Beatriz Lima Souza¹

Não há dúvidas que a pandemia atual trouxe mudanças que, apesar de se justificarem como forma de viabilizar a atuação da administração pública, irão causar impactos permanentes no futuro. Conforme já amplamente divulgado pela doutrina especializada sobre o tema, a crise evidenciou as já conhecidas falhas existentes na gestão pública, obrigando a adoção de medidas legislativas urgentes, que escapam a sistemática até então prevista pela Lei 8.666/93.

É nesse contexto que se insere a Medida Provisória 961, publicada no dia 7 de maio de 2020. Referido normativo traz três importantes inovações a serem adotadas na vigência do estado de calamidade pública, sendo elas: a majoração dos valores de dispensa de licitação de que tratam os incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/93; o pagamento antecipado nas licitações e contratos pela Administração e a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas para licitações e contratações.

No que tange à dispensa de licitação, a Medida Provisória elevou significativamente os limites legais anteriormente previstos, tanto para a contratação de obras e serviços de engenharia, quanto para a contratação de outros serviços e compras.

A majoração de tais valores dão maior mobilidade aos gestores públicos para realizarem, principalmente diante das notórias dificuldades impostas pela pandemia, contratação de serviços essenciais e indispensáveis à administração pública.

Todavia, ainda que a haja dispensa da licitação certo é que tais contratações devem ser devidamente planejadas e motivadas, precedidas de pesquisa de mercado. É preciso que haja transparência nas decisões e escolhas realizadas, uma vez que tais contratações serão objeto de posterior controle.

Outra alteração apresentada pela MP 961, refere-se à possibilidade de pagamento antecipado nas licitações e nos contratos com a Administração Pública, tal questão inclusive já estava prevista no Projeto de Lei 1292/95 (nova Lei de Licitações).

¹ Mestre em Direito Público pela PC-Minas, especialista em Direito Público pela Faculdade Miltom Campos, advogada.

A possibilidade de sua implementação já havia sido antevista por Cristiana Fortini e Juliana Picinin no artigo “Pagamento antecipado por bens adquiridos pelos órgãos públicos na pandemia”², ocasião na qual as autoras nos convidam a repensar a estrutura legal que rege a matéria.

A medida, da forma como prevista do PL 1292/95, estabelece duas possibilidades para referida antecipação. A primeira, determina que o pagamento antecipado seja condição indispensável para se obter o bem ou assegurar a prestação do serviço - obstáculo enfrentado pela administração na compra de insumos para o combate à pandemia; a segunda que o pagamento presente significativa economia de recursos para administração.

O termo significativa abre margem para interpretações. Afinal o que pode ser considerado como significativa redução? Nesse sentido, é preciso que os gestores públicos ao decidirem pelo pagamento antecipado com base no disposto na alínea b, do inciso II do art. 1º da MP 961, demonstrem de forma objetiva, por meio de pesquisas de mercado e transparência, o benefício da antecipação do pagamento.

De todo modo, não se pode deixar de observar que a possibilidade de pagar de forma antecipada pode gerar vantagens para administração pública, uma vez que possível inadimplência do órgão contratante deixa de ser um elemento na equação da precificação dos serviços a serem contratados.

Neste ponto, ainda, a MP impõe a necessidade da previsão da antecipação em edital ou instrumento formal de adjudicação como forma de garantir a ausência de direcionamento e consequente ocorrência de favorecimento ilícito na sua utilização. Garante a possibilidade de se exigir a devolução integral do valor executado caso haja inexecução do objeto e apresenta uma série de cautelas que podem ser exigidas como forma de reduzir o risco de inadimplemento contratual.

Por fim, a Medida Provisória 961, também antecipando em parte o que dispõe o Projeto de Lei 1292/95 (nova Lei de Licitações), que incorpora uma série dos procedimentos previstos na Lei 12.462/11, autorizou a ampliação da utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Tal medida tem extrema relevância uma vez que facilita o procedimento de contratação pública, destacando aqui que citado regime admite que a licitação se dê de forma eletrônica, o que irá facilitar as

² Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pagamento-antecipado-por-bens-adquiridos-pelos-orgaos-publicos-na-pandemia-16042020>

contratações, considerando a necessidade de adoção de medidas de isolamento social em razão da pandemia.

Como se pode ver, os instrumentos para a implementação de um novo modelo de gestão, mais eficiente e diligente estão disponíveis para os gestores públicos. Ainda que o momento seja extremamente delicado e sem precedentes, certo é que estamos diante de uma oportunidade única de mudar o histórico das contratações públicas no país.

Todavia, para que tais mudanças tão significativas sejam eficazes mais do que nunca será preciso coragem e ação dos gestores públicos.

Tanto é assim, que foi publicada, no dia 14 de maio de 2020, a Medida Provisória 966 que traz em sua essência os ditames introduzidos pela Lei 13.655/2018, que incluiu diversos artigos na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

A MP 966, em síntese, determina que os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas cível e administrativa, no caso de ação ou omissão com dolo ou erro grosseiro, na adoção de medidas para o enfrentamento da pandemia ou combate dos efeitos econômicos dela decorrentes. Afasta a responsabilização do gestor ao adotar opinião técnica como fundamento da sua decisão, salvo nos casos em que restar comprovado o dolo ou erro grosseiro na sua utilização ou no caso de conluio entre agentes. Dispõe, de forma expressa, que o mero nexos de causalidade entre a conduta do gestor e o resultado danoso não implica na sua responsabilização. Por fim, elucida que o erro grosseiro é aquele manifesto, evidente e irrecusável praticado com culpa grave e determina que na sua aferição devem ser consideradas as dificuldades reais enfrentadas pelo agente público; a complexidade da matéria; a incompletude de informações na situação de urgência ou emergência e o contexto de incerteza instaurado pela pandemia.

Não há dúvidas que significativos instrumentos necessários para impulsionar os gestores públicos foram disponibilizados. Todavia, infelizmente, muito do que se tem noticiado são críticas à utilização de tais instrumentos, principalmente o pagamento antecipado. Operações realizadas em diversos Estados brasileiros, em especial no Rio de Janeiro, denunciam fraudes nas contratações. Compra de irregulares de produtos, realizadas sem a devida pesquisa de mercado ou utilização de procedimentos internos mínimos de planejamento e motivação. São muitas as manchetes que denunciam o gasto ilegal de recursos públicos em um momento em que contabilizamos angustiados a evolução de mortes e falta de leitos no país.

Em um momento tão importante para o avanço do Direito Administrativo, a atuação de alguns agentes poderão frear mudanças tão almejadas e inibir a atuação de gestores públicos essenciais para a realização de políticas públicas que, efetivamente, têm o objetivo de salvar vidas nesse momento de pandemia.

A mancha deixada pela ilegalidade alimenta ações de controle desarrazoadas, que ignoram inclusive as diretivas legais já acima destacadas, inibindo, assim, a atuação dos agentes públicos. Já conhecemos esse ciclo. Por isso, o momento pede coragem para aqueles que realmente podem fazer diferença na mudança da gestão pública do país, caso contrário todos as inovações trazidas no período da pandemia se perderão no tempo.

Não se defende aqui a ação desordenada dos agentes públicos, pelo contrário, suas ações devem ser devidamente motivadas e transparentes, a urgência não pode afastar o planejamento e a adoção de procedimentos essenciais na contratação pública, como por exemplo, a pesquisa de mercado. Todavia, o momento é de ação, de mudança para quem sabe, de fato, alcançarmos a tão almejada eficiência na administração pública.