

¹Por Madeline Rocha Furtado

e Monique Rocha Furtado

Os últimos tempos tem sido difíceis para absorver tantas alterações normativas em curto espaço de tempo. A COVID-19² e seus reflexos no dia a dia retiram a paz e o equilíbrio necessário, dificultando a criação de soluções rápidas e eficientes de gestão: é como se segurássemos uma avalanche de gelo com as próprias mãos. Todo esforço parece ser pequeno demais para lidar com tamanha quantidade de problemas jurídicos e dificuldades operacionais que se manifestam nesse momento. As implicações decorrentes das paralisações dos serviços e a permanência de outros no momento de quarentena, traz às contratações públicas necessidade de soluções nunca experimentada. Os servidores públicos, pregoeiros, administradores, gestores e fiscais de contratos, assim como os próprios assessores jurídicos, se veem às voltas com as novas situações de ajustes contratuais, em que são exigidos, não apenas conhecimento técnico e jurídico, mas também capacidade gerencial dos agentes públicos, estes como afirma o Prof. Renato Fenili, “empreendedores públicos”³, termo que segundo ele, remete à inovação.

A inovação, ainda que não se utilize tal termo, sempre foi e é o sentimento de busca dos gestores públicos que frente às dificuldades burocráticas da Administração, tentam encontrar saídas, construir teses e arquitetar soluções jurídicas e administrativas que permitam resolver os problemas apresentados, sem romper com a legislação, com a moral e com a ética.

Assim, a Administração Pública que passou por inúmeras transformações, inseridas nas mais diversas teorias até os dias atuais na busca pelas soluções de situações corriqueiras de logística

¹ Madeline Rocha Furtado é escritora, professora e palestrante. Ministra aulas de capacitação de gestores públicos em todo o Brasil. É especialista em Licitações e Contratos, pós graduada em Gestão Pública e Mestranda em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal. Monique Rocha Furtado é advogada e consultora especialista em Direito Administrativo, Licitações e Contratos e Compliance Anticorrupção, com Especialização em Compliance pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu, Universidade de Coimbra. Ambas são co-autoras da obra Gestão de Contratos de Terceirização-teoria e Prática. 7ª ed. 2019. Editora Fórum.

² COVID-19. [em linha] [consultado em 07-05-2020]. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/por-que-doenca-causada-pelo-novo-virus-recebeu-o-nome-de-covid-19>. A COVID significa: Corona Virus Disease (Doença do Coronavírus), enquanto “19” se refere a 2019, quando os primeiros casos em Wuhan, na China, foram divulgados publicamente pelo governo chinês no final de dezembro. A denominação é importante para evitar casos de xenofobia e preconceito, além de confusões com outras doenças.

³ Fenili, Renato. Diário de um Empreendedor Público: cultura, poder e a presença distante das estrelas. Belo Horizonte: Fórum 2019.

(aquisições de bens, serviços e transporte, etc), exige dos operadores das compras e do direito uma capacidade extraordinária para gerenciar todos os problemas que vertiginosamente surgem nas licitações e execução dos contratos.

Para os operadores do direito que de forma habitual se debruçam sobre temas do Direito Administrativo, em especial, as contratações públicas em tempos “normais” surge um novo desafio: se posicionar em tempos de COVID-19. Raciocinar juridicamente sobre as licitações e contratos administrativos no momento atual, se torna tarefa árdua, pois exige uma carga de experiência e conhecimento técnico-jurídico que nunca foram vivenciadas, sejam gestores públicos, sejam, advogados, assessores, de qualquer esfera de governo.

Até o momento, nenhuma epidemia de doenças como a dengue, zika, sarampo, H1N1 ou outra parecida, exigiu tanta capacidade de gestão, de entendimento e compreensão de toda a arquitetura jurídica para formatar as licitações e contratos, em especial, daqueles que trabalham diretamente na área de saúde.

As contratações públicas são norteadas por arcabouço jurídico complexo, consolidado por grande quantidade de leis que se entrelaçam, e que mais embaralham as decisões do que simplificam a atividade a ser desempenhada pelos gestores em sua lida diária. Agora frente a pandemia que o Brasil se encontra e diante das decisões a serem tomadas pelos gestores, mais do que nunca é preciso termos a frente do processo decisório, profissionais técnicos capazes de agir com celeridade, conhecimento e segurança jurídica.

É significativo o número de decisões do TCU- Tribunal de Contas da União acerca de irregularidades processuais nas quais não foram caracterizadas por má-fé⁴, mas, que houve responsabilização do gestor pela inoperância ou dano ao erário.

Nesse contexto, pode-se imaginar os possíveis problemas que serão enfrentados num futuro não tão distante dada a quantidade de processos que serão formalizados nesse momento de grande incerteza e pressão. A contratação direta (dispensa de licitação para o enfrentamento da COVID-19) autorizada pela Lei nº 13.979/2020⁵ e sucessivas Medidas Provisórias acabou por dar um superpoder ao gestor para que decida pela contratação do material, do serviço (inclusive

⁴ Muitas decisões são tomadas sem má-fé, mas por negligência, imprudência ou imperícia, cita-se os acórdãos: Acórdão nº 307/2008 – 1ª Câmara (Negligência); Acórdão nº 1.667/2007- Plenário (imprudência); Acórdão nº 4184/2011 – 1ª Câmara (Imperícia). Disponível em: www.tcu.gov.br.

⁵ BRASIL. Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. [em linha] [consultado em 07-05-2020]. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>.

engenharia) tal qual nunca visto, ainda tendo a seu dispor o instituto do suprimentos de fundo (com valores referentes as Dispensas de Licitação).

Ora, para quem utiliza a Lei nº 8.666/93 há 27 anos, sabe das dificuldades práticas pelas quais os gestores passam no dia a dia para operacionalizar pequenas compras (sem fracionar a despesa) ou enquadrar corretamente uma contratação emergencial, além de outras dificuldades diárias e recorrentes, em que são exigidos do gestor, a capacidade de autorizar a contratação pela necessidade emergente (sem o cumprimento de todos os requisitos de um emergencial), mas que se apresenta como única alternativa de decisão. Esses atos administrativos realizados por toda uma vida e muitos deles questionados por auditorias internas e controle externo, fazem parte de um arcabouço de decisões nas quais muitos gestores são penalizados, inclusive até por ter contratado serviço essencial sem disponibilidade orçamentária suficiente.

Há decisões que são tomadas frente à situação gravosa inesperada, e que muitas vezes não são passíveis de total enquadramento correto na fundamentação legal existente, deixando margens para apuração responsabilidades posteriores. Nesse momento há um novo desafio: o enquadramento da situação especificada no artigo 4º da Lei 13.979/2020⁶, além da capacidade gerencial necessária para contornar os meandros das contratações.

A Lei nº 13.979/2020 tem como objeto, o enfrentamento da pandemia da COVID-19 e como objetivo a implementação de medidas de proteção à coletividade contra a propagação do vírus, estabelecendo medidas em que se destacam:

- a) Contratação direta por emergência(art. 4º).
- b) Contratação direta para aquisição de bens e serviços usados (art. 4º-A).
- c) Dispensa da elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns (Art. 4º C).
- d) Dispensa do Gerenciamento dos riscos nas fases de planejamento e seleção, exigível apenas na fase de gestão do contrato (Art. 4º D).

⁶ BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. [em linha] [consultado em 07-05-2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm . Vide (...) " Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)".

- e) Elaboração de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado (Art. 4º E).
- f) Possibilidade de dispensar a estimativa de preços, bem como, contratar por preços superiores aos estimados se oscilarem (Art. 4º §§ 2º e 3º).
- g) Possibilidade de dispensar a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação (com ressalva ao INSS) e o disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição, quando houver restrição de fornecedores. (Art. 4º F).

Obs: complementando a informação acima, em 08.05.2020 foi publicada a EC 106, que instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro, e dispensou a observância do § 1º do art. 169 da Constituição Federal na contratação de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, limitada a dispensa às situações de que trata o referido inciso, sem prejuízo da tutela dos órgãos de controle.⁷

- h) Redução dos prazos dos procedimentos licitatórios pela metade (Art. 4º G).
- i) Duração dos contratos com prazo máximo de seis meses, porém, com possibilidade de prorrogação por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento (art. 4º H).
- j) Possibilidade de acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato (art. 4º I).
- k) Possibilidade de registro de preços para compras compartilhadas realizadas por dispensa de licitação (§ 4º do art.4º); sendo essas consideradas **compras nacionais**, nos termos do disposto no regulamento federal, observado o prazo estabelecido no § 6º do art. 4º.
- l) Possibilidade de utilização por outros entes federativos do Decreto de Registro de Preços do Governo Federal (§ 5º do art.4º);

⁷ **EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106**- Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. [em linha] [consultado em 11-05-2020]. Disponível em: DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. em: 08/05/2020. Edição: 87, Seção: 1, Página: 1. **Órgão: Atos do Congresso Nacional** - .Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/emenda-constitucional-n-106-255941715>

- m) Redução dos prazos da Intenção do Registro de Preços – IRP pelo órgão ou entidade gerenciador da compra (§ 6º do art.4º).

Além de todas essas inovações, a recente Medida Provisória 961/2020⁸ traz mais três grandes novidades: (i) acréscimo do valor da Dispensa de Licitação dos incisos I e II do artigo 24 da Lei de Licitações; (ii) pagamento antecipado e (iii) ampliação da utilização do RDC- Regime Diferenciado de Contratação.

(i) **O acréscimo no valor das compras por dispensa de licitação**

O acréscimo de que tratam os incisos I e II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi autorizado nas aquisições das contratações até o limite de: R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para obras e serviços de engenharia e de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para outros serviços e compras e para alienações, observadas as regras para que não haja fracionamento de despesas. Tais compras são extensivas a **todos as contratações durante a pandemia**, não se restringindo aos objetos emergenciais de que trata a Lei nº . 13.979/2020, eis que essa possibilidade alcança todos as contratações enquanto durar o estado de calamidade, decretada inicialmente até 31 de dezembro de 2020.

(ii) **Possibilidade de pagamento antecipado**

A Medida Provisória trouxe a possibilidade de pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração para as aquisições realizadas durante a pandemia. Possibilidade essa já existente no regramento da Lei Geral de Licitações, que traz no artigo 40⁹:

O edital deverá conter entre outros requisitos as regras que estabeleçam as condições de pagamento prevendo o prazo de pagamento não superior a trinta dias contado a partir do adimplemento da parcela; cronograma de desembolso a fim de assegurar os recursos financeiros; critérios de atualização financeira; compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, bem como

⁸ BRASIL.MP 961, de 6 de maio de 2020. [em linha] [consultado em 07-05-2020]. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-961-de-6-de-maio-de-2020-255615815>

⁹ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. [em linha] [consultado em 07-05-2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Vide, (...) "XIV - condições de pagamento, prevendo: a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros; c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos; e) exigência de seguros, quando for o caso;"

possíveis descontos, por eventuais antecipações de pagamentos além, da exigência de seguros, se for o caso.

Observa-se que a MP 961 trouxe possibilidade já existente na Lei de Licitações que foi motivo de muita controvérsia. O motivo da discussão se dá pela vedação da antecipação obstaculizada na própria Lei nº 8.666/93.¹⁰, no artigo 65, II, alínea “c”, que veda a antecipação de pagamento. Entretanto, a vedação ali contida tem um contexto específico que é a antecipação numa possível alteração em contrato já firmado, no qual, não conste a previsão de antecipação de pagamento em edital e na situação descrita, em que exista um cronograma já definido, não possibilitando o pagamento antes dessa execução. Diferente é quando se prever tal possibilidade no edital, de forma que todos os licitantes possam participar já cientes da regra de forma isonômica.

É ainda de se destacar que a MP nº 961/2020 exige o pagamento antecipado com previsão em edital ou no instrumento formal de adjudicação direta.

Mas qual seria então esse documento? Numa licitação, entende-se como instrumento formal de adjudicação direta, aquele documento que tem a função de atribuir ao licitante vencedor o objeto da licitação. Veja-se que numa contratação direta não há licitação, mas há um ato autorizativo e a referida ratificação da Dispensa.

A contratação direta sofre um rígido procedimento, em razão da não publicidade do edital, e nesse caso são duas autoridades que se manifestam no processo: o agente autorizador e o agente ratificador, ou seja, pela Lei de Licitações este ato de Dispensa deve ser publicado na imprensa oficial.¹¹.

Observa-se que a publicação dos atos citados tem o condão de substituir o edital. Outro documento que concretiza a dispensa é a NE (Nota de Empenho) ou a AF (Autorização de Fornecimento) ou outro equivalente. Assim, a informação de que o pagamento será antecipado, poderá constar no projeto básico, no ato autorizativo e principalmente na Nota de empenho ou instrumento equivalentes. Deve ainda constar a referida informação da antecipação do

¹⁰ Idem. Ver (...) artigo 65, II, 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;”

¹¹ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. [em linha] [consultado em 07-05-2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Vide (...) Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

pagamento, se parcial ou total e as possíveis garantias a serem exigidas, seguido da Nota de Empenho com seu Anexo, onde deve constar tais informações, inclusive as penalidades possíveis.

Lembrando que a NE – Nota de empenho ou AF- Autorização de Fornecimento, ou OS- Ordem de Serviço, são instrumentos jurídicos que tem a função de substituir o contrato, conforme reza o artigo 62 da Lei de Licitações¹². O pagamento antecipado deve exigir também a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto.

Outrossim, a MP estabelece ferramentas para que se reduza o risco de inadimplemento contratual, tais como: solicitar ao fornecedor a comprovação da execução do objeto (ainda que parcial) para que seja antecipado (liberado) o valor remanescente, o que sugere uma antecipação de pagamento parcial.

Pode ainda a Administração exigir garantia nas modalidades de que trata o art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993¹³, só que com percentual bem superior ao que consta na Lei, podendo exigir até trinta por cento do valor do objeto. Para se resguardar a Administração pode também solicitar a emissão de um título de crédito pelo contratado; acompanhar a entrega da mercadoria (diligenciar), bem como exigir certificação do produto ou do fornecedor, o que pode senão extinguir o risco, pelo menos reduzi-lo. A MP veda a antecipação de pagamento, apenas para os contratos de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

(iii) Ampliação do Regime Diferenciado de Contratação

Por derradeiro, a MP 961, traz a ampliação da utilização do RDC - Regime Diferenciado de Contratações Públicas¹⁴ para Estados e Municípios independente do objeto, o que consideramos uma grande **INOVAÇÃO**, já que o RDC estava sendo subutilizado e é uma ferramenta especialíssima da Administração Pública. Uma oportunidade excepcional que produzirá grandes

¹² Idem. Vide, Art.62 (...) § 4º: É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica".

¹³ Idem. Vide. Art. 56 (...) " Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004) II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94).

¹⁴ BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961, DE 6 DE MAIO DE 2020. [em linha] [consultado em 07-05-2020]. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-961-de-6-de-maio-de-2020-255615815>. Ver Art. 1º (...) III - a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações".

avanços, pois os Municípios precisam avançar nas contratações e estavam paralisados, em razão da falta de sistema para realizar suas aquisições, principalmente no que se refere às obras. O sistema disponibilizado pelo Governo Federal, no portal de compras (www.comprasgovernamentais.gov.br) possibilitará a realização das licitações de obras em todo os municípios do Brasil de forma mais transparente, sendo de fato, um grande avanço.

Para que haja eficiência e eficácia nesse momento será exigido um nível comportamento gerencial dos servidores ou “empreendedores públicos” que rotineiramente não é exigido numa situação de normalidade, onde se tem muito tempo para planejar, muito embora, não seja essa a realidade de todos, mas, no momento de pandemia, a situação se agrava e será cobrando posicionamentos firmes e rápidos dose gestores para decidir sobre adquirir ou não por emergência, dispensar documentos relevantes nas licitações, antecipar pagamentos, e até mesmo contratar empresas consideradas inidôneas, o que sem dúvida exigirá coragem e assertividade.

A coragem e assertividade para enfrentar os desafios são consubstanciadas pela capacitação, pelo conhecimento jurídico, administrativo, técnico, operacional e procedimental das aquisições o que sem dúvida traz a segurança necessária para enfrentá-los. É importante e necessário avocar toda a capacidade gerencial dos gestores para implementar medidas urgentes, tanto para lidar com o mercado desequilibrado economicamente e realizar as aquisições, quanto para administrar os contratos já existentes.