

Análise jurídica da Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020

João Eduardo Lopes Queiroz

Procurador Público junto à Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Mestre em Soluções Alternativas de Controvérsias pela Escola Paulista de Direito. Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP. Professor de Direito Administrativo e Constitucional do CESG. Autor de diversas obras jurídicas. *Curriculum Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/5744626584455719>.

Palavras-chave: Medida Provisória nº 961/2020. Dimensão objetiva de incidência. Dimensão subjetiva de incidência.

Sumário: Introdução – 1 Vigência da norma – 2 Dimensão objetiva de incidência – 3 Dimensão subjetiva de incidência – 4 Medidas de estímulo positivo trazidas pela Medida Provisória nº 961/2020 – 5 Conclusão

Introdução

A Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020, surge neste momento delicado no qual o Estado brasileiro se encontra, em que, após a decretação do estado de calamidade, tem se percebido um achatamento econômico em virtude do isolamento social, trazendo para o Estado a necessidade de agir na conformação do processo econômico. E um dos meios de ele promover essa intervenção *sobre o domínio econômico*¹ tem sido dinamizar os processos de contratações públicas, incentivando a agilidade nas licitações e, conseqüentemente, a injeção de recursos públicos para a estimulação da participação das empresas privadas através de sua ação positiva.

1 Vigência da norma

Nos termos do seu art. 3º, essa norma entra em vigor imediatamente,² todavia, já com termo final para perda de sua eficácia, que, por enquanto,³ será até 31 de dezembro deste corrente ano, conforme se depreende do seu art. 2º,⁴

¹ Caso o Estado aja no sentido de *conformar* o processo econômico, estará atuando *sobre o domínio econômico*; caso haja no sentido de *participar* do processo econômico, estará atuando *no domínio econômico* (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado por Intervenção sobre o Domínio Econômico*. Tese de Doutorado apresentada na USP em 1988, p. 98-99).

² Art. 3º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

³ Já que ele pode ser até prorrogado ou a medida provisória perder sua eficácia caso não seja convertida em lei em, no máximo, 120 (cento e vinte) dias, conforme determina o §3º do art. 62 da Constituição Federal.

⁴ Art. 2º O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos atos realizados durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

que considerou seu termo final o mesmo do fim da vigência do estado de calamidade, previsto no art. 1º do Decreto Legislativo nº 6/2020.⁵

2 Dimensão objetiva de incidência

Traz no art. 2º a sua *dimensão objetiva de incidência*, qual seja, poderá ser aplicada a todos os contratos firmados no período do estado de calamidade decretado em nível federal, independentemente do seu prazo ou do prazo de suas prorrogações,⁶ portanto, promovendo ultratividade da norma em relação aos termos aditivos que decorram de avenças ocorridas lastreada na sua vigência.

3 Dimensão subjetiva de incidência

A *dimensão subjetiva de incidência* da Medida Provisória nº 961/2020, prevista no seu art. 1º, é ampla,⁷ aplicando-se a toda a administração direta e indireta de todos os entes federativos e aos poderes e órgãos constitucionalmente autônomos, como, por exemplo, às universidades públicas.

⁵ Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, 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.

⁶ Art. 2º (...).

Parágrafo único. O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos contratos firmados no período de que trata o caput independentemente do seu prazo ou do prazo de suas prorrogações.

⁷ Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos.

4 Medidas de estímulo positivo trazidas pela Medida Provisória nº 961/2020

Os incisos I, II e III do seu art. 1º trouxeram as normas de *estímulo positivo* às contratações a serem realizadas pelo setor público, promovendo a agilidade necessária ao momento *conjuntural*⁸ que enfrentamos. Para tanto, (i) promoveu o aumento dos valores para contratação direta previstos nos incisos I e II do *caput* do art. 24 da Lei nº 8.666/1993; (ii) possibilitou o pagamento antecipado, desde que observadas certas condições; e (iii) permitiu a utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 – sem limitação de seu objeto.

4.1 Aumento dos valores para contratação direta previstos nos incisos I e II do *caput* do art. 24 da Lei nº 8.666/1993

A mudança de limites dos valores para dispensa com essa motivação parece ter se espelhado no já fixado pelo art. 29 da Lei nº 13.303/2016,⁹ que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

⁸ Ramón Martín Mateo e Francisco Sosa Wagner consideram que os fins perseguidos com a utilização dos estímulos podem ser conjunturais ou estáveis (MATEO, Ramón Martín; WAGNER, Francisco Sosa. *Derecho Administrativo Económico*. 2. ed. Madri: Pirâmide, 1977. p. 171-172). Marcos Juruena Villela Souto aponta que “os fins conjunturais são os que se propõem a remediar uma situação transitória, tratando de mudar o signo da marcha espontânea da economia em seu conjunto ou em determinado setor – como, por exemplo, nos casos de catástrofes públicas, inundações calamitosas, incêndios e demais situações que o Estado acode para remediar ou para reativar a economia do país. Destacam, no entanto, que as medidas estimuladoras, que deveriam ser transitórias, tendem a se tornar permanentes – e, então, o protecionismo indefinido é, teoricamente, descartável, até para não deixar as indústrias do país num estágio de permanente menoridade (que as impeça de enfrentar, em pé de igualdade, seus competidores)” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Estímulos Positivos*. In: QUEIROZ, João Eduardo Lopes; CARDOZO, José Eduardo Martins; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Direito Administrativo Económico*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 743-744).

⁹ Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez.

O quadro durante o estado de calamidade, modificado pelo art. 1º, inciso I, da Medida Provisória nº 961/2020,¹⁰ será o seguinte:

Objeto	Valores-limite da dispensa por valor na Lei nº 8.666/1993 (atualizado pelo Decreto Federal nº 9.412/2018)	Valores-limite da dispensa por valor com a Medida Provisória nº 961/2020 (vigentes até 31 de dezembro)
Obras e serviços de engenharia	R\$33.000,00	R\$100.000,00
Compras e demais serviços	R\$17.600,00	R\$50.000,00

Renato Fenili, atual secretário-adjunto de gestão do Ministério da Economia, considera que os principais ganhos com a elevação dos valores nesse momento são os seguintes:

- (i) diminuição do custo operacional de instrução dos processos, em situação de cediça escassez de recursos de pessoal, agravada pelo isolamento social observado em diversos órgãos e entidades públicas;
- (ii) maior poder negocial da Administração, que passa a se valer de rito mais célere e de pagamento com prazos reduzidos;
- (iii) maior frequência de fluxo de injeção capital circulante no mercado, haja vista que pagamento de valores até R\$ 50.000,00 observará o prazo de cinco dias úteis, contado da apresentação da fatura.¹¹

As cautelas existentes nas contratações por dispensa de licitação continuam vigentes, principalmente quanto à necessidade de se apresentarem 3 (três) orçamentos, conforme recomendado

¹⁰ I - a dispensa de licitação de que tratam os incisos I e II do *caput* do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, 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.

¹¹ FENILI, Renato. *MP nº 961/20*: uma visão cartesiana dos sonhos do futuro. Disponível em: https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=16203&n=mp-n%C2%BA-961/20:-uma-vis%C3%A3o-cartesiana-dos-sonhos-do-futuro. Acesso em: 07 maio 2020.

recentemente no ano de 2015 pelo Tribunal de Contas da União no Informativo nº 248,¹² que explica quais os critérios mínimos devem ser adotados para justificativa dos preços a serem praticados nas compras diretas, seja por dispensa ou por inexigibilidade de licitação, tendo consignado o seguinte:

A justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/93) deve ser realizada, preferencialmente, mediante:

(i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima;

(ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas.¹³

Dentro dessa perspectiva, o processo administrativo licitatório deve ser sempre

instrumentalizado juntando-se 3 (três) orçamentos com os mesmos objetos que comprovem ser o preço dotado de razoabilidade e conformidade com o mercado. Essa exigência decorre da incidência das decisões do Tribunal de Contas da União em relação a todos os entes federados, por força da Súmula nº 222 do Tribunal de Contas da União:

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Que se diga ainda que, em relação às obras e aos serviços de engenharia, tal como o inciso I do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 já fixava condicionamentos, a medida provisória o manteve, aplicando-se a hipótese “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”, ou seja, a ressalva continua impedindo o fracionamento e o parcelamento das contratações, dizendo respeito a obras e serviços efetuados no mesmo local, com características comuns entre si e realizados simultaneamente.¹⁴ Nas lições de Sidney Bittencourt, “na existência simultânea de vários contratos de objeto similar, a Administração deverá considerar o valor global, pelo que, procederá a dispensa ou realizará a licitação devida, na modalidade pertinente”.¹⁵

No caso da alínea b do inciso I do art. 1º da Medida Provisória nº 961/2020, a redação também guardou a mesma correspondência do art. 24, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/1993, permitindo a dispensa “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”.

Continuam sendo vedados pela Medida Provisória nº 961/2020 o *retardamento* e o

¹² Informativo 248 de Licitações e Contratos do TCU – 2015. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24E8CE9E9014E8DD086430504&inline=1>.

¹³ Essa conclusão foi exarada com base na análise dos Acórdãos nº 819/2005 e 1.565/2015. Perceba o seu inteiro teor: “Pedidos de Reexame interpostos por gestores do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) questionaram deliberação pela qual o TCU aplicara multas aos recorrentes em razão, dentre outras irregularidades, da “aquisição de equipamentos, por dispensa de licitação (art. 24, XXI, da Lei 8.666/93), por preços unitários superiores ao menor preço obtido na cotação/pesquisa de mercado, sem justificativa para a escolha do fornecedor e do preço praticado”. Ao analisar as razões recursais, o relator entendeu que a escolha dos fornecedores para as aquisições “foi tecnicamente motivada pela entidade”. Quanto ao preço, destacou que, “mesmo nos casos de contratações diretas, deve ser justificado, a teor do art. 26, III, da Lei 8.666/93”, ressaltando ainda que “o Tribunal tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço em contratações sem licitação (dispensa de licitação), devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo; ou, caso não seja viável obter esse número de cotações, deve-se apresentar justificativa circunstanciada (...). E, nos casos de inviabilidade de licitação, este Plenário se manifestou, conforme (...) o Acórdão 819/2005, no sentido de que, para atender o disposto no inciso III do art. 26 da Lei de Licitações, poder-se-ia fazer uma comparação entre os preços praticados pelo fornecedor exclusivo junto a outras instituições públicas ou privadas”. Nesse sentido, concluiu o relator que, no caso concreto, a prática adotada pelo Inmetro para os casos de dispensa de licitação estaria de acordo com o entendimento do TCU. Quanto aos casos de inviabilidade de licitação, observou que não fora comprovado “que a entidade tenha promovido alguma medida tendente a verificar outros preços praticados pelo fornecedor exclusivo do microscópio”. Ponderou, contudo, que “essa medida, ainda que desejável, é, ainda, uma orientação singular feita por esta Casa”. Considerando que a manutenção da multa aplicada aos gestores seria medida de extremo rigor, “especialmente frente à ausência de dano ao erário”, o Tribunal, pelos motivos expostos pelo relator, deu provimento aos pedidos de reexame, afastando a sanção imposta aos responsáveis. Acórdão 1565/2015-Plenário, TC 031.478/2011-5, relator Ministro Vital do Rêgo, 24.6.2015.

¹⁴ Nesse sentido: BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem Licitação: Contratação Direta por Dispensa ou Inexigibilidade*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 157-159.

¹⁵ BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem Licitação: Contratação Direta por Dispensa ou Inexigibilidade*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 159.

fracionamento nas hipóteses de dispensa pelo valor.

O *retardamento proibido* é o *imotivado*, que se encontra previsto no parágrafo único do art. 8º da Lei nº 8.666/1993,¹⁶ consistindo na execução parcial ou parcelada de obras e serviços de engenharia quando exista previsão orçamentária para a sua execução integral. De outro lado, a norma ressalva a possibilidade de retardamento caso haja despacho circunstanciado da autoridade superior ou por ela ratificado que demonstre e fundamente a *insuficiência financeira* ou a *existência de motivo de ordem técnica*.

Já o *fracionamento* “representa a utilização incorreta da modalidade licitatória em função do valor do objeto. Indica o mau planejamento da licitação na fase interna”.¹⁷ Nesse caso em análise, o fracionamento ou o desmembramento de partes de obra, compra ou serviço é vocacionado para que o valor possa ser enquadrado dentro dos limites de dispensa.¹⁸ Ivan Barbosa Rigolin assim o explica: “O mesmo objeto é contratado por mais de uma vez com recursos orçamentários do mesmo exercício, com o fim de contornar o dever de licitar ou de licitar mediante modalidade que reduza o universo da competição”.¹⁹ Lucas Rocha Furtado recomenda o seguinte:

O gestor público deve, portanto, como primeira atitude, verificar se o objeto a ser licitado admite desmembramento. Isso ocorre, por exemplo, se certa prefeitura decide contratar empresa para promover a recuperação de diversas praças públicas. Poderiam ser celebrados diversos contratos

com diversas empresas ou ser celebrado contrato único, por meio do qual uma mesma empresa realizaria todo o objeto licitado.

À luz da Lei n. 8.666/93, a Administração poderá optar por uma ou por outra hipótese. Poderá, caso o deseje, desmembrar o objeto de modo a garantir a *ampliação da competitividade* no mercado, *sem perda da economia de escala*. Essa, aliás, deve ser a regra a ser seguida. Porém, se a adoção dessa solução implicar a criação de ônus mais elevado pela quebra da economia de escala, esse fato, por si só, já basta para que não se admita o desmembramento. Do contrário, à luz da competitividade, o desmembramento deve ser até recomendado.

Nesse contexto, porém, jamais poderá ocorrer a utilização do desmembramento, ou fracionamento, de modo a enquadrar o contrato nos limites de licitação dispensável, ou com vistas a permitir a adoção de modalidade de licitação menos rigorosa que a cabível. No exemplo acima citado, o desmembramento não poderia jamais ser admitido para permitir, por hipótese, a adoção de convite quando o valor da obra, em sua totalidade, exigisse tomado de preços. Mais grave ainda seria o fracionamento do contrato realizado com o intuito de enquadrar o valor das partes nos limites de dispensa. Caracteriza essa conduta evidente fraude à licitação, o que poderá vir a resultar em condenação criminal, administrativa e civil do administrador.²⁰

O roteiro para utilização das modalidades de dispensas licitatórias em função do baixo valor do objeto pretendido é o seguinte:²¹

1. Solicitação do material ou serviço, com descrição clara do objeto.
2. Justificativa da necessidade do objeto.
3. Elaboração da especificação do objeto e, nas hipóteses de aquisição de material, das quantidades a serem adquiridas.
4. Elaboração de projetos (básico e executivo) para obras e serviços.
5. Indicação dos recursos para a cobertura da despesa.
6. Justificativa de preço, devendo se juntar ao processo pesquisa de, no mínimo, 3

¹⁶ Art. 8º A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei.

¹⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 297.

¹⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 179.

¹⁹ O autor ainda adverte: “O fracionamento é procedimento censurável porque, em princípio, descumpra princípio básico da economia de escala referida no art. 23, §1º, qual seja, o de que grande quantidade induz menor preço, ao passo que pequena quantidade induz maior preço. Se, no caso concreto, a Administração demonstrar que não havia alternativa ao fracionamento (por exemplo, contingências orçamentárias ou a superveniência de fatores imprevisíveis), o procedimento tenderá a ser escusado” (RIGOLIN, Ivan Barbosa. Fracionamento de objetos em licitação. *Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública*, n. 62, ano 6, fev. 2007, p. 27-30).

²⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 179.

²¹ Roteiro ampliado a partir das lições de Sidney Bittencourt (BITTENCOURT, Sidney. *Contratando sem licitação: contratação direta por dispensa ou inexigibilidade*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 362).

(três) fornecedores do ramo do objeto licitado, bem como utilizar o preço de referência disposto nos portais públicos. Em São Paulo, a pesquisa de preços pode ser feita utilizando como referência o disposto no art. 2º do Decreto Estadual nº 63.316/2018;²² todavia, em homenagem ao que recomenda o Tribunal de Contas da União, a apresentação das três cotações válidas de empresas do ramo só poderá ser afastada após justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima, devendo o agente se responsabilizar pelos motivos apresentados

²² Artigo 2º - Os órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Estado deverão realizar pesquisa de preços previamente às aquisições de bens e contratações de serviços mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

I - consulta ao Preços SP, disponível no endereço eletrônico <http://www.bec.sp.gov.br>;

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídas nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que observados os seguintes quesitos:

a) deve ser realizada perante empresas legalmente estabelecidas;

b) o item cotado deverá estar disponível para venda ou contratação no momento da consulta;

c) a página eletrônica acessada deverá ser copiada e disponibilizada em formato PDF, contendo as seguintes informações relativas ao item pesquisado:

1. identificação do fornecedor;

2. endereço eletrônico;

3. data e hora do acesso;

4. especificação do item;

5. preço e quantidade;

d) itens que não se refiram a preços promocionais, saldos ou queima de estoque;

e) itens que não sejam usados, avariados, remanufaturados ou provenientes de mostruários;

f) não serão admitidas as cotações:

1. que não possam ser documentadas para posterior comprovação;

2. de itens com especificações ou características distintas das especificações solicitadas;

3. provenientes de sítios de leilão ou de intermediação de vendas;

IV - pesquisa com fornecedores, desde que as datas das pesquisas não ultrapassem 180 (cento e oitenta) dias.

§1º - A critério da Unidade Compradora, os parâmetros de pesquisa previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser dada preferência ao previsto no inciso I e demonstrada no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência.

§2º - Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo,

para não apresentação da cotação das 3 (três) empresas.

7. Após ter os preços em mãos, devolver o menor deles a todas as empresas que foram cotadas, não identificando o nome da empresa que apresentou o preço mais vantajoso, solicitando cobertura e/ou abatimento percentual em relação ao menor apresentado, em homenagem ao princípio da economicidade. Portanto, deve ser demonstrada no processo a existência de tentativas de negociação para redução percentual dos valores, sob pena de não observância do princípio da economicidade.
8. Elaboração de quadro comparativo de preços para que se possa ter dimensão da economia alcançada, inclusive demonstrando o desconto percentual em relação ao menor valor cotado – em São Paulo, essa determinação é regulamentada no art. 2º do Decreto Estadual nº 63.316/2018.²³
9. Anexação aos autos dos originais ou cópias autenticadas ou conferidas com o original dos documentos de habilitação ou de cópia do certificado de registro cadastral, que poderá substituir os documentos de habilitação quanto às

desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados.

§3º - Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente.

§4º - Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados.

§5º - Para desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.

§6º - Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores.

§7º - O resultado da pesquisa de preços de que trata este artigo deve ser consolidado e subscrito pelo servidor por ela responsável, o qual deve certificar-se de que as especificações técnicas do bem ou serviço cotado correspondem ao objeto que se pretende contratar.

(...).

Artigo 5º - As disposições deste decreto também se aplicam, no que couber, às hipóteses de contratação direta formalizadas por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

²³ Artigo 2º (...).

§7º - O resultado da pesquisa de preços de que trata este artigo deve ser consolidado e subscrito pelo servidor por ela responsável, o qual deve certificar-se de que as especificações técnicas do bem ou serviço cotado correspondem ao objeto que se pretende contratar.

informações disponibilizadas em sistema informatizado, desde que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto na Lei nº 8.666/1993.

10. Autorização do ordenador de despesa.
11. Informação técnica da unidade.
12. Emissão da nota de empenho.
13. Assinatura do contrato ou, se for o caso, retirada da carta-contrato, nota de empenho, autorização de compra ou ordem de execução do serviço.

Ressalta-se que o parecer jurídico nas hipóteses de dispensa do art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993 tem sido dispensável em nível federal pela Orientação Normativa nº 46, de 26 de fevereiro de 2014, da Advocacia-Geral da União.²⁴

Importante destacar que, nos termos do art. 49, inciso IV, da Lei Complementar nº 123/2006,²⁵ com redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, para as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, as compras deverão ser feitas preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, remetendo à exclusividade prevista no inciso I do art. 48²⁶ da mesma Lei Complementar nº 123/2006.

²⁴ Orientação Normativa nº 46, de 26 de fevereiro de 2014.

O ADOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.010069/2012-81, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

Somente é obrigatória a manifestação jurídica nas contratações de pequeno valor com fundamento no art. 24, I ou II, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quando houver minuta de contrato não padronizada ou haja, o administrador, suscitado dúvida jurídica sobre tal contratação. Aplica-se o mesmo entendimento às contratações fundadas no art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993, desde que seus valores subsumam-se aos limites previstos nos incisos I e II do art. 24 da lei nº 8.666, de 1993.

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

²⁵ Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...).

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

²⁶ Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Dessa forma, a interpretação da norma contida no art. 49, inciso IV, da Lei Complementar nº 123/2006 leva-nos a crer que as dispensas dos incisos I e II da Lei nº 8.666/1993, atualmente, a partir da nova redação dada ao referido inciso IV do art. 49 pela Lei Complementar n. 147/2014, restringem-se às dispensas por valores contratados com empresas de pequeno porte, microempresas e com cooperativas que se encontrem enquadradas nos termos do art. 34 da Lei nº 11.488/2007.²⁷

Nesse mesmo sentido, Joel de Menezes Niebuhr conclui que:

Empresas médias ou grandes já não podem mais ser contratadas com base nas hipóteses de dispensa em comento, salvo se, pressupõe-se, não encontrar microempresas ou empresas de pequeno porte dispostas a fazê-lo, dentro das condições e preços considerados aceitáveis pela Administração Pública, o que, se acontecer, depende de justificativas.²⁸

4.2 Pagamento antecipado desde que observadas certas condições

A Lei nº 4.320/1964, que estatuiu normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal, veda no seu art. 62 o pagamento de despesa sem que se encontre liquidado²⁹ o montante ser pago: “Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado

²⁷ Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar.

²⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 243.

²⁹ A Lei nº 4.320/1964 regula a liquidação de despesa no seu art. 63:

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

quando ordenado após sua regular liquidação”. A União e os estados regulamentaram a questão.

Em nível federal, a possibilidade de pagamento antecipado nas contratações administrativas era excepcional, segundo asseverado no artigo 38 do Decreto nº 93.872, de 1986:

Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, *admitindo-se, todavia, 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.*

Em nível estadual, como, por exemplo, no estado de São Paulo, a restrição ao pagamento antecipado já se encontrava suspensa em virtude do Decreto Estadual nº 64.928, de 8 de abril de 2020, que, no seu art. 1º,³⁰ já havia suspenso a sua impossibilidade prevista no art. 2º do Decreto Estadual nº 32.117/1990 (com sua redação atual pelo Decreto Estadual nº 43.914/1999)³¹ durante todo o estado de calamidade pública.

Agora, com a Medida Provisória nº 961/2020, a eficácia da redação tanto do atual art. 2º do Decreto Estadual nº 32.117/1990 quanto do artigo 38 do Decreto nº 93.872, de 1986, encontra-se suspensa até o final deste corrente ano em virtude da sua vigência com termo final para 31 de dezembro deste ano.

Anteriormente, o Tribunal de Contas da União já havia se manifestado reiteradas vezes sobre o caráter excepcional do pagamento antecipado,

³⁰ Artigo 1º - Enquanto perdurar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto estadual nº 64.879, de 20 de março de 2020, ficam as aquisições de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da pandemia decorrente da COVID-19 (Novo Coronavírus) dispensadas da observância do disposto no “caput” do artigo 2º do Decreto nº 32.117, de 10 de agosto de 1990, alterado pelo Decreto nº 43.914, de 26 de março de 1999.

§1º - A dispensa prevista no “caput” deste artigo restringe-se às licitações e contratações diretas realizadas durante a vigência do estado de calamidade pública.

§2º - O pagamento das aquisições referidas no “caput” poderá ser efetuado à vista mediante assinatura do termo de contrato, com manifestação técnica específica e parecer do Gabinete do Procurador Geral do Estado para o caso concreto

³¹ Artigo 2º - O prazo de vencimento das obrigações contratuais deverá ser de 30 (trinta) dias para os contratos com preço à vista, vedada a inclusão de qualquer percentual de despesa financeira ou previsão inflacionária na data de referência dos preços.

que somente seria possível mediante a presença das seguintes condições: a) previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta; b) interesse público devidamente demonstrado; c) apresentação de cautelas e garantias, o que deverá ser observada pelo gestor na hipótese da presente avença se concretizar. Vejamos:

50. Como regra, o pagamento feito pela Administração é devido somente após o cumprimento da obrigação pelo particular, por determinação do art. 62 da Lei nº 4.320/1964. A antecipação de pagamentos é prática que deve ser rejeitada no âmbito do serviço público, para evitar beneficiamentos ilícitos e possibilitar a verificação do cumprimento do serviço contratado, antes do efetivo desembolso. (...)

53. Essa Corte de Contas já firmou entendimento no sentido de que a antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificadas pela Administração, ocasião em que deve ficar demonstrada a existência de interesse público, obedecidos os critérios e exceções expressamente previstos pela legislação que rege a matéria, quais sejam, existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta e as indispensáveis cautelas e garantias. (...)

[ACÓRDÃO] 9.2. determinar (...) que se absteinha de realizar pagamentos antecipados de fornecimento de materiais, de execução de obras e de prestação de serviços, devendo os procedimentos de liquidação de despesa observar os ditames dos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320, de 17/03/1964, exceto quando restar comprovada a existência de interesse público devidamente demonstrado, houver previsão nos documentos formais de adjudicação e forem exigidas as devidas cautelas e garantias; (AC-2565-29/07-1 Sessão: 28/08/07).

Relatório de Auditoria. Contrato. Pagamento antecipado.

[ACÓRDÃO]

9.1 - determinar à Prefeitura Municipal (...) a adoção das seguintes medidas: (...) 9.1.2. somente faça constar em contratos futuros a previsão para pagamentos antecipados, especificamente os relativos ao Projovem, caso seja essa a única alternativa para assegurar a prestação do serviço desejado, ou propiciar sensível economia de recursos, devendo ser detalhadamente justificadas as razões do assim agir, bem como sejam

inseridas, além da previsão de descontos para recuperação dos valores antecipados, cláusulas instituindo as necessárias cautelas e garantias, previstas no artigo 56 da Lei nº 8.666/93, de forma a assegurar o pleno cumprimento do contrato, conforme dispõe o art. 38 do Decreto nº 93.872/86 e a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 1.552/2002-P, 918/2005-2ª C, 948/2007-P e 2.565/2007-1ªC).

Também a Advocacia-Geral da União lavrou a Orientação Normativa nº 37/2011, recomendando o seguinte:

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 nº 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo a previsão de devolução do valor antecipado 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.

Já a doutrina o admitia, desde que com cautela. Marçal Justen Filho é claro no sentido de que “a Administração não poderá sofrer qualquer risco de prejuízo. Por isso, o pagamento antecipado também deverá ser condicionado à prestação de garantias efetivas e idôneas destinadas a evitar prejuízos à Administração”,³² ponderando que:

O pagamento antecipado não pode representar benesse injustificada da Administração para os particulares. A defesa ao fim buscado pelo Estado conduz a que, como regra o pagamento se faça após comprovada a execução da prestação a cargo do particular.³³

De tal sorte que o pagamento antecipado vinha sendo admitido apenas em condições

especiais e excepcionalíssimas, previamente estipuladas no instrumento convocatório e contratualmente previstas, e sendo necessárias garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto.

Com a Medida Provisória nº 961/2020 não é diferente. O pagamento antecipado recebeu os seguintes condicionamentos:

- a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço (art. 1º, inciso II, alínea a, da Medida Provisória nº 961/2020);
- b) propicie significativa economia de recursos (art. 1º, inciso II, alínea a, da Medida Provisória nº 961/2020);³⁴
- c) previsão da possibilidade no edital ou no instrumento de adjudicação direta, ressaltando a necessidade de devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto (art. 1º, §1º, incisos I e II, da Medida Provisória nº 961/2020);
- d) vedou-se o pagamento antecipado pela administração na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, que são aqueles serviços em que há a cessão de mão de obra pela contratada, necessitando que ela mantenha, em regra no período integral e de forma exclusiva, funcionários à disposição da administração para que executem tarefas de seu interesse (art. 1º, §3º, da Medida Provisória nº 961/2020).

Já o §2º do art. 1º da Medida Provisória nº 961/2020, ao mesmo tempo em que faculta à administração adotar cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, exemplificando-as, acaba se apresentando como uma obrigação, tendo em vista o fato de essa norma, além de ser fruto do princípio da eficiência, ter o condão de

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1.095.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1.095.

³⁴ Para Renato Fenili, “nesse ponto, há uma discricionariedade a ser considerada. A MP diz que o pagamento antecipado é possível quando houver significativa economia de recursos. Afinal, o que é ‘significativa’? 10%? 20%? Não haveria como fixar isso em norma, propugno. A depender do montante envolvido, e das características do mercado, o ‘significativo’ assume delineamentos peculiares. Cabe, sim, a motivação nos autos e compartilhamento dos riscos entre as áreas envolvidas na instrução processual, algo subjacente, aliás, ao exercício da gestão” (FENILI, Renato. *MP nº 961/20*: uma visão cartesiana dos sonhos do futuro. Disponível em: https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=16203&n=mp-n%C2%BA-961/20-uma-vis%C3%A3o-cartesiana-dos-sonhos-do-futuro. Acesso em: 07 maio 2020).

gerar para o gestor que não observá-la responsabilização civil pelos gastos inadequados, podendo ser inclusive tipificados como malversação de recursos públicos ao não se observarem as cautelas sugeridas. São elas: 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.

Aliás, se não são obrigatórias em virtude da medida provisória, pode-se afirmar que o são em virtude da jurisprudência já consolidada do Tribunal de Contas da União e também por recomendação doutrinária.

Marçal Justen Filho explica que o pagamento antecipado, decorrente da Medida Provisória nº 961/2020, é adequado quando for para receber o bem de forma imediata. Entretanto, analisa que, por meio do pagamento antecipado, o Estado pode também estimular a economia, financiando a produção do bem pelo particular em momento em que os recursos estão escassos. Entretanto, adverte que o benefício é um pressuposto da antecipação, ou seja, deve-se demonstrar que proporcionará uma significativa economia de recursos. Afirma o jurista que, para que ele se proceda, devem se juntar elementos que comprovem que, se o pagamento não for antecipado, a empresa não entregaria o produto, e ainda ele sempre deve ser acompanhado de garantias e cautelas previstas no instrumento convocatório.³⁵

Em relação ao pagamento antecipado nesse momento de pandemia, Renato Fenili, além de entender que fortalece o poder negocial da administração, pois “se obedece mais claramente ao ditame do art. 15 da Lei de Licitações, ao se edificar condição de aquisição e pagamento mais próxima à praxis do setor privado”, considerou ser

a saída adequada, posicionando pela existência de ganhos logísticos em dois primas:

- (i) no combate à Covid-19, ao possibilitar a compra (por vezes mediante importação) de respiradores e demais insumos de saúde, em um mercado que está exigindo o pagamento antecipado como condição *sine qua non* de comercialização;
- (ii) no enfrentamento aos impactos econômicos da pandemia, ao possibilitar o aporte de recursos em nichos de mercado em crise, desde que, claramente, essa antecipação seja secundária ao intuito precípua da norma, qual seja, a economia de recursos à seara governamental.³⁶

4.3 Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 – sem limitação de seu objeto

A Medida Provisória nº 961/2020 ressuscitou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 –, agora sem limitação de seu objeto, tal como havia no art. 1º da sua Lei de Regência, que o limitava para situações específicas,³⁷ aplicando-se, portanto, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações.

³⁶ FENILI, Renato. *MP nº 961/20*: uma visão cartesiana dos sonhos do futuro. Disponível em: https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=16203&n=mp-n%C2%BA-961/20:-umavis%C3%A3o-cartesiana-dos-sonhos-do-futuro. Acesso em: 7 maio 2020.

³⁷ Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Estado Brasileiro e Ordem Econômica no Séc. XXI*. Aula remota ministrada no Instituto Brasiliense de Direito Público em 07 de maio de 2020. Disponível em: <https://idp.instructure.com/courses/305> (acesso restrito).

A opção pela aplicação dessa lei deverá estar expressa no instrumento convocatório e acarretará a exclusão da Lei nº 8.666/1993, exceto em relação a algumas disposições que estão expressas na própria Lei nº 12.462/2011.

As regras aplicáveis às licitações no âmbito do RDC estão disciplinadas a partir do art. 5º da Lei nº 12.462/2011.

A precitada lei estabeleceu algumas diretrizes a serem observadas, como:

- a) padronização do objeto do contrato quanto às especificações técnicas e de desempenho;
- b) padronização dos instrumentos convocatórios e das minutas de contrato;
- c) busca da maior vantagem levando em conta aspectos econômicos, sociais e ambientais;
- d) compatibilidade com o setor privado no que tange à condição de aquisição e pagamento;
- e) utilização de mão de obra, material, tecnologia e matérias-primas existentes nos locais de realização da obra (sempre que possível e desde que não prejudique a eficiência e não ultrapasse os limites orçamentários);
- f) parcelamento do objeto do contrato, de modo que haja maior participação dos licitantes.

Além dessas diretrizes, deverão ser respeitadas as normas relativas à proteção ambiental, à avaliação dos impactos de vizinhança e à proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, no que se tem convencionado chamar de licitação sustentável.

O orçamento estimado para a contratação será publicado após o encerramento da licitação, tendo caráter sigiloso, disponibilizado apenas para os órgãos de controle. Porém, nos casos de

juízo, utilizando os critérios de maior desconto e melhor técnica, essa informação deverá constar do instrumento convocatório.

Para aquisição de bens, a administração poderá indicar marca ou modelo, nas hipóteses referidas no art. 7º, I, a, b e c, além de ser possível exigir amostra do produto e certificação de qualidade – desde que justificadamente – e, ainda, solicitar carta de solidariedade do fabricante nos casos em que o licitante for revendedor ou distribuidor.

Para a contratação de obras e serviços de engenharia, podem ser utilizados os seguintes regimes: 1) empreitada por preço unitário; 2) empreitada por preço global; 3) contratação por tarefa; 4) empreitada integral; 5) contratação integrada. Porém, a preferência será pelos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada, sendo que a escolha pelos demais só será possível diante da inviabilidade dessas.

Em todos esses regimes, exceto no de contratação integrada, deverá haver um projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para os interessados em participar da licitação, bem como, em qualquer que seja o regime adotado, é obrigatório o projeto executivo.

Pode-se dizer que o seu regime jurídico é caracterizado pelas fases da licitação do RDC, pelos modos de disputa, pela publicidade, pelos critérios de julgamento, pelo sigilo específico do orçamento, pelo fracionamento ou parcelamento do objeto e pela eficiência na contratação.

As fases da licitação do RDC são: 1ª) preparatória; 2ª) publicação do instrumento convocatório; 3ª) apresentação de proposta ou lances; 4ª) julgamento; 5ª) habilitação; 6ª) recursal; 7ª) encerramento.

No caso de ser necessária a alteração do projeto a pedido da administração, poderá ser realizada para melhor adequação técnica, sempre observados os limites do art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993.

O RDC permite que a administração contrate mais de uma empresa para a execução do mesmo objeto, desde que seja conveniente e possível a realização simultânea. Essa possibilidade só é vedada para os serviços de engenharia. Além disso,

penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

poderá estabelecer remuneração variável para a contratada, de acordo com metas de desempenho, padrões de qualidade, sustentabilidade ambiental etc.

A fase de habilitação obedecerá aos mesmos critérios dos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/1993 e, havendo ou não a inversão de fases, os documentos relativos à regularidade fiscal só serão exigidos após o julgamento ao licitante mais bem classificado.

Como se pode perceber, a fase de habilitação só acontece para o licitante vencedor, já que ocorre após o julgamento.

Poderá haver a participação de licitante sob a forma de consórcio, e podem ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental.

Quanto aos *modos de disputa*, eles são dois: o aberto e o fechado. No aberto, os licitantes dão seus lances de modo público e sucessivo; no fechado, as propostas serão sigilosas até o dia determinado para divulgação. Essa prática era muito comum na década de 1970, quando, inclusive, havia um sistema de escolha da melhor proposta em que se fazia pela média ponderada das propostas e do preço orçado.

Trata-se de um sistema de escolha, e o argumento de que não se pode controlar preços que não são divulgados publicamente é uma falácia.

Quanto à *publicidade*, a divulgação do procedimento licitatório será feita mediante publicação no Diário Oficial do ente contratante e, no caso de consórcio, do ente de maior “hierarquia”, sendo essa divulgação dispensada nos casos de obras que não ultrapassem R\$150.000,00 e na aquisição de bens e serviços que não ultrapassem R\$80.000,00.

Outra forma de publicidade é pelo sítio eletrônico oficial de divulgação de licitações. Esse limite de dispensa da divulgação será considerado em caso de o objeto a ser contratado ser parcelado, considerando-se a sua totalidade.

Os critérios de julgamento, também conhecidos como tipos de licitação, deverão estar definidos no instrumento convocatório, sendo eles: 1) menor preço ou maior desconto; 2) técnica e preço; 3) melhor técnica ou conteúdo artístico; 4) maior oferta de preço; 5) maior retorno econômico.

O sigilo no RDC, na verdade, não existe. O que o RDC estabelece é que o orçamento para a realização de obra e serviço seja elaborado anteriormente à licitação, mas que não seja divulgado nessa etapa inicial, de modo a evitar conluios ou manipulação dos preços. Tão somente isso!

Com efeito, assim que houver a entrega de propostas comerciais, o orçamento, bem como todos os demais preços ofertados, será tornado público para a indispensável verificação de compatibilidade com o interesse público perseguido.

A própria norma diz que, a partir da apresentação das propostas, elas se tornam públicas. É uma medida que pode trazer ganhos, dependendo do tipo e das condições da licitação e das características da empresa licitante.

O *fracionamento ou parcelamento do objeto*, que poderá ser contratado em vários objetos menores como forma de agilizar a realização do interesse público, é previsto expressamente na proposta do governo. Essa prática, até o presente, é rechaçada pelos tribunais de contas de todo o país.

Quanto à *eficiência na contratação*, vale destacar que o RDC, ao tratar das relações entre Estado e iniciativa privada, define que, na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato, condicionando desembolsos e pagamentos ao atendimento de padrões e indicadores previamente estabelecidos, propiciando melhor avaliação e mensuração de resultados e contribuindo para a transparência das informações e, por consequência, dos aspectos essenciais do controle social e democrático.

No que diz respeito aos contratos, aplicam-se no Regime Diferenciado de Contratações as regras específicas aplicáveis aos contratos, constantes da Lei nº 8.666/1993.

5 Conclusão

Realizada essa análise preliminar da Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020, pode-se concluir que, observados os condicionamentos

apresentados, ela pode ser instrumento útil para dinamizar contratações dentro desse complexo momento que estamos enfrentando, devendo os gestores públicos apenas observar os requisitos operacionais para as dispensas por valores dos incisos I e II do *caput* do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, para o pagamento antecipado e para a utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 –, que, embora não tenham sido explicitados nessa norma – à exceção do pagamento antecipado –, já se encontram sedimentados na doutrina, jurisprudência e nas decisões dos tribunais de contas.

No caso do RDC, surge uma oportunidade para experimentação generalizada de uma modalidade de licitação que foi pouco utilizada no direito administrativo brasileiro, quer por desconhecimento dos gestores, mas também pela limitação até então existente dos objetos consideráveis licitáveis.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Análise jurídica da Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 42-53, jun. 2020.
