

INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA 961/2020 NAS LICITAÇÕES E NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões¹

Erivan Pereira de Franca²

1. INTRODUÇÃO

Deve-se atentar, inicialmente, para a finalidade da Medida Provisória 961/2020 estampada em sua ementa, qual seja, “*Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020*”.

A primeira conclusão que se extrai é no sentido de que as inovações trazidas pela MP 961/2020 se aplicam a quaisquer contratações, vale dizer, não estão adstritas à aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN)³ decorrente do coronavírus, a que se refere a Lei 13.979/2020.

O vínculo de pertinência direto ou indireto entre o objeto demandado e o enfrentamento da situação de ESPIN não é requisito necessário à prática dos atos e à celebração dos contratos autorizados pela referida MP, os quais transcendem o escopo da Lei 13.979/2020. A restrição imposta foi tão somente quanto ao lapso temporal das inovações por implementadas, aptas à produção de efeitos apenas enquanto durar o “*estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020*”, isto é, até 31 de dezembro de 2020, conforme previsto no art. 1º do aludido decreto⁴.

¹ Auditor do Tribunal de Contas da União (TCU). Advogado e Pós-graduado em Controle Externo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestrando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Coautor do livro *Terceirização: Legislação, Doutrina e Jurisprudência* (Editora Fórum, 2017). Instrutor, em cursos presenciais e à distância, na área de licitações e contratos administrativos. *E-mail*: luizfelipe.adv.bsb@gmail.com

² Advogado. Pós-graduado em Direito Público. Servidor do Tribunal de Contas da União, onde exerceu as funções de Diretor de Apoio à Fiscalização de Contratos do TCU e Chefe do Serviço de Instrução de Repactuações e Sanções Contratuais. Instrutor, em cursos presenciais e à distância, na área de gestão de contratos, em âmbito nacional. *E-mail*: erivan.adv.bsb@gmail.com

³ Declarada pela Portaria 188, de 3 de fevereiro de 2020, pelo Ministro de Estado da Saúde.

⁴ 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.

De acordo com o art. 1º da MP 961/2020, as autorizações conferidas à “*administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos*” estão relacionadas:

I) à dispensa de licitação de que tratam os incisos I e II do *caput* do art. 24 da Lei 8.666/1993;

II) à aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), de que trata a Lei 12.462/2011; e

III) ao pagamento antecipado nos contratos firmados pela Administração.

2. ALTERAÇÃO DOS LIMITES LEGAIS PARA A DISPENSA DE LICITAÇÃO EM RAZÃO DO VALOR

A primeira inovação trazida pela MP 961/2020 diz respeito à dispensa de licitação em razão do valor da contratação, a que aludem os incisos I e II do *caput* do art. 24 da Lei 8.666/1993, dispositivos que possuíam a seguinte redação:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, 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;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior 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 realizada de uma só vez;

A partir da entrada em vigor da MP 961 (07/5/2020) e enquanto durar o “*estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020*”, tais dispositivos passam a ter, em termos práticos, a seguinte redação (art. 1º, inciso I, alíneas “a” e “b”, da MP 961/2020):

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - 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;

II - 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;

Exsurtem, de imediato, duas importantes conclusões: 1ª) os parâmetros tomados como limite para as dispensas de licitação em razão do valor deixam de ser percentuais aplicados sobre o maior valor estimado possível de uma licitação na modalidade convite, contido nos incisos I e II do art. 23 da Lei 8.666/1993 (na redação dada pelo Decreto

Federal 9.412/2018)⁵, e passam a ser valores fixos; 2^a) os novos parâmetros foram definidos pela MP 961/2020 de forma a equiparar os limites da Lei 8.666/1993 àqueles já consignados nos incisos I e II do art. 29 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais)⁶.

Aumenta-se, assim, o espectro de contratações diretas (sem prévia licitação) em razão do valor realizadas por órgãos e entidades da Administração Pública durante o “estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n° 6, de 20 de março de 2020”, propiciando-lhes maior agilidade na aquisição, por óbvio, de objetos que não guardem pertinência com o enfrentamento da situação de ESPIN (materiais de expediente, por exemplo), haja vista que as demandas indispensáveis a esse enfrentamento, e que não podem aguardar a realização de processo licitatório, continuarão sendo realizadas por dispensa de licitação fundada no art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020⁷.

Não é demais ressaltar que, consoante o inciso IV do art. 49 da Lei Complementar 123/2006 (na redação dada pela Lei Complementar 147/2014)⁸, as contratações realizadas com base nos incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/1993 deverão ser realizadas, preferencialmente, com microempresas e empresas de pequeno porte. Essa preferência se torna mais premente ante o cenário atual, em que é notória a difícil situação econômica por que passam tais empresas durante a pandemia do coronavírus.

3. AMPLIAÇÃO DO ESCOPO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)

Outra inovação relevante trazida pelo art. 1º, inciso III, da MP 961/2020 diz respeito à aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), de que trata a Lei 12.462/2011, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações.

⁵ Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: (...)

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);

[...]

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);

⁶ 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;

⁷ 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.

⁸ 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 n° 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.

É importante destacar que a Lei 12.462/2011 foi editada em razão da necessidade de agilizar as contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, advindo como consequências desse disciplinamento: 1º) maior celeridade em comparação com as contratações realizadas com amparo na Lei 8.666/1993; 2º) base para a edição da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) e para a consolidação de outras normas que disciplinam licitações e contratos administrativos, em vias de concretização por meio do Projeto de Lei 1292/1995⁹, aprovado em definitivo pela Câmara dos Deputados e remetido, em 10/10/2019, ao Senado Federal.

Fato é que, em razão das vantagens propiciadas pelo uso do RDC, mormente em relação à celeridade e à economicidade nas contratações públicas, o art. 1º da Lei 12.462/2011 foi sendo paulatinamente alterado de forma ampliar o seu escopo¹⁰. No âmbito da União, o RDC é regulamentado pelo Decreto 7.581/2011. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios detêm a prerrogativa de regulamentar o RDC de acordo com suas peculiaridades.

Em termos práticos, o que faz a MP 961/2020 é permitir que licitações e contratações públicas antes realizadas obrigatoriamente com espede na Lei 8.666/1993 possam agora, independentemente do objeto demandado, tomar como parâmetro a Lei 12.462/2011, cujo rito da licitação, conforme se extrai do seu art. 12¹¹, é praticamente

⁹ Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002.

¹⁰ 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;

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014;

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 (...);

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); (incluído pela Lei 12.688/2012)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; (incluído pela Lei 12.745/2012)

VI – das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo; (incluído pela Lei 13.190/2015)

VII - das ações no âmbito da segurança pública; (incluído pela Lei 13.190/2015)

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; (incluído pela Lei 13.190/2015)

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A; (incluído pela Lei 13.190/2015)

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (incluído pela Lei 13.243/2016)

[...]

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia. (redação dada pela Lei 13.190/2015)

¹¹ Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

I - preparatória;

II - publicação do instrumento convocatório;

III - apresentação de propostas ou lances;

IV - julgamento;

idêntico ao disciplinado na legislação do pregão (Lei 10.520/2002 e regulamentos correlatos).

A corroborar o acima exposto, cabe destacar que, de acordo com o art. 1º, § 2º, da Lei 12.462/2011, a opção pelo RDC “*deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei*”. Significa dizer que a adoção do regime diferenciado é opcional e, ao contrário do que ocorre com a modalidade pregão, a Lei 8.666/1993 não tem aplicação subsidiária ao RDC.

Chama a atenção também o conteúdo do art. 13 da Lei 12.462/2011, segundo o qual as licitações “*deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica*”, orientação de suma importância em tempos de pandemia, período em que medidas de distanciamento social vêm sendo impostas pelas autoridades públicas, notadamente a execução remota de atividades administrativas pelos servidores, a exemplo do que determina a Instrução Normativa nº 19, de 12/3/2020, do Ministério da Economia.

Considerando que, sob a ótica da legalidade estrita, a realização de obras não estaria respaldada no *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020, que alude tão somente a “*bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos*” destinados ao enfrentamento da emergência” decorrente do coronavírus, poder-se-ia argumentar que a MP 961/2020 estaria assim a trazer solução jurídica para a necessidade de contratação, de forma mais célere, da construção de um posto de saúde ou de um hospital de campanha para atender a pacientes infectados com o Covid-19. Compartilhamos parcialmente desse entendimento.

Há, a nosso ver, argumentos consistentes na defesa da contratação de obras com amparo na própria Lei 13.979/2020, dois dos quais merecem destaque. O primeiro consiste no uso da técnica da interpretação sistêmica (teleológica) e não literal (gramatical), harmonizando-se o conteúdo do *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020 com a finalidade da própria norma que cria o regime especial transitório, explicitada em seu art. 1º, qual seja, estabelecer “*medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*”. Como não concluir ser uma dessas medidas a construção, em tempo recorde, de um posto de saúde ou de um hospital de campanha para atender a pacientes infectados com o Covid-19?

O segundo argumento é de ordem lógico-pragmática. Ora, caso não fosse possível, juridicamente, a contratação emergencial da construção de um posto de saúde (ou de um hospital de campanha) para enfrentamento da situação de ESPIN com amparo no *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020, a base legal utilizada pela Administração Pública, em tempos de pandemia, seria necessariamente o inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993¹², e

V - habilitação;

VI - recursal; e

VII - encerramento.

Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do *caput* deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do *caput* deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

¹² Art. 24. É dispensável a licitação: (...)

não a Lei 12.462/2011 (RDC), ou seja, promover-se-ia, de qualquer forma, a dispensa de licitação.

De outro tanto, considerando que o art. 4º-G da Lei 13.979/2020¹³ admite a realização de pregão – em detrimento da dispensa de licitação – para a aquisição de objetos comuns necessários ao enfrentamento da ESPIN (pregão simplificado), obviamente quando for possível aguardar, sem prejuízo a esse enfrentamento, lapso de tempo necessário à realização do processo licitatório, e considerando que não há amparo legal para a licitação de obras por meio de pregão, conforme já sedimentado na jurisprudência do TCU¹⁴, a utilização do rito do RDC, e não da Lei 8.666/1993, certamente dará mais celeridade ao processo de contratação.

4. PAGAMENTO ANTECIPADO EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE

Fazendo-se a interpretação sistemática dos arts. 40, inciso XIV, alínea “d”, e 65, inciso II, alínea “c”, ambos da Lei 8.666/1993¹⁵, c/c o art. 38 do Decreto Federal 93.872/1986¹⁶, chega-se à conclusão de que até a entrada em vigor da MP 961/2020, havia a seguinte orientação normativa acerca do pagamento antecipado em contratações realizadas pela Administração Pública:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

¹³ Art. 4º-G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade.

¹⁴ Enunciado extraído da “Jurisprudência Seleccionada” do TCU: “É irregular o uso da modalidade pregão para licitação de obra, sendo permitido nas contratações de serviços comuns de engenharia.”. [Acórdão 980/2018-Plenário](#), Relator Ministro Marcos Bemquerer.

¹⁵ Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)

XIV - condições de pagamento, prevendo: (...)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

[...]

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

II - por acordo das partes: (...)

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

¹⁶ 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.

I) para contratos já celebrados, estes poderiam ser alterados, por acordo das partes, com o objetivo de modificação da forma de pagamento, mantendo-se o seu valor inicial atualizado, sendo vedada, no entanto, a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço¹⁷;

II) para novas contratações, o edital de licitação ou o instrumento formal de adjudicação direta poderia admitir eventuais antecipações de pagamentos, mas somente em duas situações:

a) condicionadas à concessão de descontos por parte da futura contratada, em relação ao valor pactuado; ou então

b) mediante a apresentação de garantias.

Nesse mesmo sentido, cabe trazer à colação os seguintes excertos extraídos da “Jurisprudência Seleccionada” do Tribunal de Contas da União (TCU):

“O pagamento antecipado em contrato administrativo é procedimento excepcional que somente deve ser admitido quando presentes as devidas justificativas e observadas certas condições, como a prestação de garantia e a concessão de desconto pelo contratado.” ([Acórdão 817/2018-Plenário](#)¹⁸)

“São requisitos para a realização de pagamentos antecipados: i) previsão no ato convocatório; ii) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; e iii) estabelecimento de garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação.” ([Acórdão 2856/2019-Primeira Câmara](#)¹⁹)

É fato que uma das graves consequências da crise do coronavírus tem sido, além obviamente da lamentável perda de inúmeras vidas humanas, o impacto negativo na atividade econômica do nosso país, com sérios prejuízos à comercialização de bens e serviços, indispensáveis ou não ao enfrentamento da situação de ESPIN, cujos preços tendem a se elevar ante a própria escassez do objeto de demanda no mercado ou então por conta das dificuldades operacionais e logísticas que envolvem a sua contratação e o consequente fornecimento pelas empresas aptas a contratar com o Poder Público.

Nesse contexto, o pagamento antecipado surge como instrumento eficiente de estímulo à produção – de forma a garantir inclusive a sobrevivência de muitas empresas, especialmente os micro e pequenos empresários – e de ampliação da competitividade, propiciando condições mais vantajosas de aquisição pelo consumidor, aqui se inserindo, por óbvio, a Administração Pública. Não se pode olvidar, ainda, que o pagamento antecipado tem o efeito de mitigar a desconfiança do particular – certamente objeto de

¹⁷ Normas de direito financeiro afetas à Administração Pública (arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964) impõem que a liquidação das despesas seja realizada por ocasião da entrega definitiva do bem ou da realização do serviço.

¹⁸ Relator Min. Aroldo Cedraz

¹⁹ Relator Min. Walton Alencar Rodrigues

precificação quando da formulação de sua proposta – quanto ao inadimplemento do pagamento a cargo do Poder Público contratante.

Ante a nítida percepção de que, no atual cenário de pandemia, o pagamento antecipado deve ser considerado como solução cabível e sobretudo oportuna, foi ele autorizado formalmente no inciso II do art. 1º da MP 961/2020, sem algumas das condicionantes normativas acima explicitadas, bastando que a antecipação de pagamento “*represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço*” ou “*propicie significativa economia de recursos*”, o que deverá restar devidamente evidenciado no processo de contratação.

Além disso, conforme o § 1º do art. 1º da MP 961/2020, a antecipação de pagamento deverá estar prevista “*em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta*”, bem como a Administração deverá, na hipótese de inexecução do objeto, “*exigir a devolução integral do valor antecipado*”.

De acordo com o § 2º do art. 1º da MP 961/2020, a Administração poderá (mera faculdade) também prever “*cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual*”, tais como (rol exemplificativo):

I) a comprovação da execução, pelo contratado, de parte ou de etapa inicial do objeto pactuado, como condição para a antecipação do valor remanescente;

II) a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56, § 1º, da Lei 8.666/1993²⁰, de até trinta por cento do valor do objeto; até a publicação da MP 961/2020, o aludido percentual não poderia exceder, como regra, a cinco por cento do valor do contrato, podendo excepcionalmente ser elevado para dez por cento, em conformidade com os §§ 2º e 3º do art. 56 da Lei 8.666/1993²¹;

III) a emissão de título de crédito pelo contratado;

IV) o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da Administração; e

²⁰ 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:

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;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

²¹ Art. 56. (...)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

V) a exigência de certificação do produto ou do fornecedor, até então somente exigida para aferir a qualidade técnica do produto a ser entregue ou então a aptidão técnica do seu fornecedor.

5. VEDAÇÃO AO PAGAMENTO ANTECIPADO EM CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

A única vedação imposta pela MP 961 quanto ao pagamento antecipado foi inserida em seu art. 1º, § 3º, e envolve a hipótese de “*prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra*”²², alusão aos contratos de terceirização.

Não se compreende o porquê de tal vedação, pois é perfeitamente possível que os pressupostos estabelecidos para a adoção do pagamento antecipado se façam presentes nas contratações de serviços contínuos prestados mediante cessão da mão de obra (contratos de terceirização).

Antes de demonstrar a possibilidade de atendimento aos pressupostos normativos que autorizam o pagamento antecipado, convém compreender as notas características do contrato de terceirização.

O objeto do contrato de terceirização é um serviço contínuo. Na dicção da Lei 8.666/1993, serviço é, genericamente, “*toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração*” (art. 6º, inciso II). Se apreciada a necessidade a ser satisfeita com a execução do objeto contratado em função de sua essencialidade e perenidade, os serviços podem ser classificados como contínuos ou não-contínuos.

São não-contínuos aqueles serviços que têm como escopo a entrega de produtos ou a realização de serviços específicos em um período predeterminado contratualmente. A necessidade da Administração é plenamente atendida com o exaurimento do objeto contratado; dito de outro modo, a necessidade não se renova no tempo e ininterruptamente²³.

Já os serviços de natureza continuada (serviços contínuos) são aqueles considerados essenciais e que, por isso, constituem necessidade perene da Administração, a reclamar execução continuada, sob pena de, na sua falta, se colocar em risco o

²² Art. 1º (...)

§ 3º É vedado o pagamento antecipado pela Administração na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

²³ Como bem define a Instrução Normativa Seges-MPDG 5/2017, no art. 16: “Os serviços considerados não continuados ou contratados por escopo são aqueles que impõem aos contratados o dever de realizar a prestação de um serviço específico em um período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto, observadas as hipóteses previstas no § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.”

funcionamento do órgão ou entidade, podendo até mesmo comprometer o alcance da missão institucional ou do interesse público, razão de existir de toda e qualquer organização administrativa²⁴.

Não basta, contudo, que o objeto do contrato seja classificado como contínuo para ter-se um contrato de terceirização. É necessário que o modo de execução, estipulado pela Administração contratante, exija a cessão da mão de obra pela empresa contratada.

O exame da legislação previdenciária revela que a cessão da mão de obra se dá quando o contratado tenha de disponibilizar empregado seu para a execução, em caráter não eventual, de serviços contínuos, nas dependências do contratante (tomador dos serviços) ou em outro lugar por este indicado.

Verifica-se, pelo exame das normas de regência, que a cessão da mão de obra está vinculada à execução de serviços especializados pela empresa contratada, serviços esses que são classificados como de natureza contínua (essenciais e perenes).

Não se trata, portanto, de mera locação ou disponibilização de mão de obra, vedada no âmbito dos contratos públicos. Tem-se a contratação de serviços contínuos, os quais, por exigência do contratante, deverão ser executados mediante disponibilização de trabalhadores pelo contratado.

A cessão de mão de obra (elemento caracterizador da terceirização nos contratos públicos) consiste num modo de execução do objeto (serviços contínuos).

Vê-se, pelos conceitos examinados, que a MP 961/2020 adota acepção imprecisa do contrato de terceirização, fazendo alusão à “*prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra*”. O conceito é impreciso porque: 1º) os serviços objeto da execução são apenas e tão somente serviços de natureza continuada; 2º) o modo de execução dá-se mediante cessão da mão de obra, que não necessariamente se restringe ao que se possa denominar “dedicação exclusiva”, expressão que remete à cessão da mão de obra em caráter de exclusividade ao tomador de serviços, o que, embora comum, não é elemento indispensável à configuração do contrato de terceirização.

²⁴ Conforme definição dada pela norma de fiscalização tributária, a Instrução Normativa RFB 971/2009, no § 2º do art. 115: “Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores.”

No mesmo sentido é a Instrução Normativa Seges-MPDG 5/2017: “Art. 15. Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.”

Não se deve entender que a “dedicação exclusiva de mão de obra”²⁵ corresponde à mera intermediação de mão de obra, porquanto isso constituiria flagrante ilegalidade e violação da regra constitucional do concurso público²⁶.

Também não seria correto dizer que os contratos de terceirização envolvem tão somente a “disponibilização” da mão de obra, isso porque há, notoriamente, uma enormidade de contratações de serviços terceirizados que incluem a utilização, pela empresa contratada, de variados insumos empregados na execução do objeto: materiais de consumo, utensílios, equipamentos de proteção individual, equipamentos etc.

Podemos citar, como exemplo de contrato de terceirização, a prestação de serviços de limpeza e higienização de unidade hospitalar, tendo em vista que: i) são indubitavelmente serviços contínuos, porquanto essenciais ao funcionamento de qualquer unidade hospitalar; ii) requerem a disponibilização da mão de obra em caráter não eventual; iii) envolvem necessariamente o emprego de insumos na execução dos serviços: equipamentos de proteção individual, materiais de consumo, equipamentos etc.

Traçados os contornos que permitem compreender o contrato de terceirização, concluímos que, à vista dos elementos caracterizadores apresentados, não há nenhuma justificativa racional para vedar-se peremptoriamente, como o fez o § 3º do art. 1º da MP 961/2020, o pagamento antecipado somente para tal espécie de contrato.

Vale dizer, se atendidos os pressupostos normativos, é juridicamente possível, adequado e justificável o pagamento antecipado - exclusivamente quanto à parcela referente aos insumos - em contratos de terceirização. Os objetivos da norma seriam plenamente alcançados, não se compreendendo o porquê da vedação, em clara violação ao princípio da isonomia e potencial violação aos princípios da economicidade e da eficiência, que regem a atividade administrativa e constituem balizas da atuação dos controles interno e externo²⁷.

²⁵ O Decreto 9.507/2018, que regulamenta a contratação de serviços no âmbito da Administração federal, autorizada pelo § 7º do art. 10 do Decreto-lei 200/67, assim se refere ao contrato de terceirização: “Art. 9º Os contratos de prestação de serviços continuados que envolvam disponibilização de pessoal da contratada de forma prolongada ou contínua para consecução do objeto contratual exigirão: [omissis].”

²⁶ Art. 37. (...)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

²⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [omissis]

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

A fim de ilustrar a possibilidade de atendimento aos pressupostos normativos que autorizam o pagamento antecipado em contrato de terceirização, voltemos ao exemplo da contratação de serviços de limpeza e higienização de unidade hospitalar. É perfeitamente possível que a Administração (na fase de planejamento da contratação) identifique que as condições de mercado praticadas, no momento, para a aquisição de determinado insumo (álcool em gel, por exemplo) sinalizem para economia de recursos públicos com a adoção do pagamento antecipado.

Outro: pesquisa de mercado pode indicar que determinado insumo só tem sido fornecido mediante antecipação de pagamento; ou indicar que o pagamento antecipado garante preços significativamente mais vantajosos. Tal constatação se amolda aos pressupostos autorizadores do pagamento antecipado estabelecidos nas alíneas do inciso II do art. 1º da MP 961/2020.

Portanto, consideramos perfeitamente possível e potencialmente vantajoso para a Administração contratante adotar o pagamento antecipado no âmbito dos contratos de terceirização (assim como nas demais espécies de contrato), não sendo razoável ou justificável vedar-se a adoção de tal procedimento.

De fato, é lícito afirmar que o pagamento antecipado poderia contribuir para significativa redução de custos com insumos nos contratos de terceirização - custos esses que são, ao menos parte deles, “amortizados” ao longo da vigência contratual -, alcançando-se, assim, os objetivos da MP 961/2020.

Concluimos reafirmando não haver justificativa razoável para a vedação à antecipação de pagamentos no âmbito dos contratos de terceirização, isso porque, se demonstrado o atendimento aos pressupostos estabelecidos no inciso II do art. 1º da MP 961/2020, restaria justificada a adoção da medida, porquanto alcançados os fins colimados pela norma.

6. INCLUSÃO DE CLÁUSULA DE ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO NOS CONTRATOS CELEBRADOS ANTES DA PUBLICAÇÃO DA MP 961/2020

Considerando que as justificativas para o pagamento antecipado, insertas nas alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 1º da MP 961/2020²⁸, deverão necessariamente constar do processo de contratação;

²⁸ Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos: (...)

II - o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que:

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

Considerando que, conforme o § 1º do art. 1º da MP 961/2020²⁹, é indispensável a autorização desse procedimento “*em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta*”; e

Considerando que, segundo o parágrafo único do art. 2º da referida MP³⁰, o disposto nesta norma “*aplica-se aos contratos firmados no período de que trata o caput*”, isto é, “*durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020*”, independentemente da vigência contratual ou do prazo de suas prorrogações;

É forçoso concluir que as novas diretrizes acerca da antecipação de pagamento só poderão alcançar os futuros editais de licitação (e, por consequência, os subsequentes instrumentos de contratação) e os futuros instrumentos de contratação direta, não havendo assim respaldo, sob a ótica da legalidade estrita, para que seja implementada alteração contratual (aditivação) com esse propósito específico.

Todavia, a depender da situação concreta e mediante a devida motivação (demonstração das condições estabelecidas nas alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 1º da MP 961/2020), não seria desarrazoada a aplicação, em caráter absolutamente excepcional, das regras da aludida MP referentes ao pagamento antecipado a situações por ela não formalmente contempladas, admitindo-se assim, via de consequência, a alteração consensual do contrato com o objetivo de modificação da forma de pagamento.

Esse entendimento encontra amparo nos arts. 20 e 22 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), alterado pela Lei 13.655/2018, segundo os quais, nas esferas administrativa, controladora e judicial, “*não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”, bem como, “*na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados*”. Em resumo, deve-se sempre perseguir a justiça material, ou seja, a melhor decisão à luz do caso concreto.

²⁹ § 1º Na hipótese de que trata o inciso II do **caput**, a Administração deverá:

I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e

II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto.

³⁰ 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.

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.