

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: MUNICÍPIO DE ILHÉUS

PROCESSO Nº 08452e20

PARECER Nº 00895-20 (F.L.Q.)

COVID-19. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961/2020. AMPLIAÇÃO DO USO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES – RDC. COMPRAS, ALIENAÇÕES, OBRAS, SERVIÇOS E LOCAÇÕES DESVINCULADOS DAS AÇÕES DE COMBATE À PANDEMIA.

1) Com fulcro na MP nº 961/2020, admite-se a utilização do Regime Diferenciado de Contratações - RDC, de forma eletrônica (inteligência do art. 13, da Lei nº 12.462/2011), para quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações, independentemente do seu objeto e objetivo, não havendo necessária vinculação com as ações de enfrentamento da crise provocada pela COVID-19. Para tanto, é imprescindível que o Gestor observe o marco temporal delimitado no seu art. 2º, qual seja, vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (até 31.12.2020).

2) A aplicação das inovações inauguradas pela MP nº 961/2020 têm o condão imediato de impulsionar a elaboração de novas minutas, bem como, de guiar os agentes públicos na condução dos procedimentos licitatórios nela delineados, não havendo necessidade, portanto, da edição de ato normativo local regulamentador para tanto.

O Controlador Interno do **MUNICÍPIO DE ILHÉUS**, Sr. Alex Santos de Souza, por meio de Ofício CGM nº. 037/2020, endereçado ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 08452e20, diante da pandemia mundial decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em razão da contaminação humana do COVID-19, que, por força da sua fácil contaminação e propagação, encontra-se atualmente na fase de “disseminação comunitária”, requer orientações acerca das regras aplicáveis às contratações públicas neste cenário de emergência municipal e de calamidade pública estadual e nacional.

Diante dos fatos narrados acima, formula os seguintes questionamentos:

“Diante do exposto, tendo sido informado pela Gerência de Licitações e Contratos da Secretaria de Gestão e Tecnologia que o Município de Ilhéus está impossibilitado de realizar procedimentos licitatórios “presenciais” referentes a obras e serviços de engenharia, nas modalidades licitatórias descritas no art. 22º e 23º da Lei de Licitações nº. 8.666/93, e que estas não se aplicam a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, situação que tem afetado diretamente o planejamento e a agenda das licitações a realizar, são os nossos questionamentos:

- 1) É possível a realização de procedimentos licitatórios para obra e serviço de engenharia, utilizando a modalidade RDC na forma eletrônica, em substituição as modalidades licitatórias descritas no art. 22º e 23º da Lei de Licitações 8.666/93?
- 2) Em caso de sinalização positiva desse Tribunal de Contas:
 - a) a utilização do RDC eletrônico abrange qualquer tipo de obra e serviço de engenharia, independente do objeto destinar-se ao enfrentamento à Covid-19?
 - b) é necessária a publicação de ato administrativo prévio pelo Gestor autorizando a utilização da modalidade RDC no âmbito dos órgãos e entidades do Poder Executivo, neste período, com fundamento na MP 961 de 2020?”.

Inicialmente, cabe-nos registrar **que os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, por força do art. 3º, §4º, da Res. TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado, em especial, sobre medidas efetivas a serem tomadas pelo Gestor para as contratações e licitações do Município de Ilhéus, no período de calamidade pública decorrente da propagação do COVID-19.**

As orientações gerais traçadas neste opinativo possuem o condão de elucidar, sem a pretensão de esgotar o tema, eventuais dúvidas a respeito da exegese das normas que regem a matéria, principalmente aquelas que atualmente estão surgindo diante do cenário atual de pandemia.

Ademais, antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressalte-se ainda, que, **na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.**

Fixadas tais premissas, tem-se que é de conhecimento geral a situação delicada e preocupante que o mundo todo está vivendo em face da rápida disseminação e contaminação propagada pelo coronavírus no corpo humano, ante o elevado número de doentes e mortes contabilizadas até o momento.

Em face deste cenário calamitoso, as autoridades internacionais e nacionais vêm adotando medidas urgentes ao combate do temido COVID-19, com a veiculação e publicação de inúmeros atos normativos a fim de regulamentar as relações jurídicas neste contexto de pandemia.

Nesta esteira, o Governo Federal, publicou em 07.05.2020, a Medida Provisória nº 961, com a finalidade de, enquanto perdurar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, adequar os limites dos valores para a dispensa da licitação; autorizar a realização de pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos e, por fim, ampliar o uso do Regime Diferenciado de Contratações – RDC.

Por envolver a temática do expediente ora em análise, nos ateremos apenas a norma que disciplina a ampliação do uso do RDC durante a pandemia ocasionada pelo COVID-19.

O Regime Diferenciado de Contratações, disciplinado na Lei nº 12.462/11, foi instituído inicialmente para as avenças relacionadas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, para a Copa das Confederações e a Copa do Mundo e para algumas obras de infraestrutura. Após algumas alterações legislativas, a sua utilização foi ampliada para as licitações e contratos nos seguintes segmentos:

- a) ações integrantes do PAC (Lei nº 12.688/2012);
- b) obras e serviços de engenharia para o SUS (Lei nº 12.745/2012);
- c) obras e serviços de engenharia para estabelecimentos penais, ações no âmbito da segurança pública, melhorias de mobilidade e infraestrutura e locações de bens (Lei nº 13.190/2015);
- d) ações em órgãos destinados à ciência, tecnologia e inovação (Lei nº 13.243/2016).

De acordo com a redação do §1º, do art. 1º, da Lei nº 12.462/11, o RDC visa:

- 1) a ampliação da eficiência nas contratações públicas e da competitividade entre os licitantes;
- 2) a promoção da troca de experiências e tecnologias com a finalidade de se atingir a melhor relação custo-benefício para o Poder Público;
- 3) o incentivo da inovação tecnológica; e
- 4) a garantia de tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Este tipo de regime apresenta diretrizes específicas tais como: realização de um único contrato para projeto e obra; possibilidade de remuneração variável por desempenho do fornecedor; combinações de modos de disputa aberto e fechado; elaboração de matriz de riscos para o contratante e fornecedor; a possibilidade de sigilo no orçamento estimado pela Administração; desde que formalmente justificado, viabilidade de indicação de marca ou modelo, nas hipóteses previstas na lei; realizações de licitações preferencialmente sob a forma eletrônica; dentre outras.

Prestados estes breves esclarecimentos, tem-se que a MP nº 961/2020, por intermédio do seu art. 1º, inciso III, autorizou a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, disciplinado na Lei nº 12.462/2011, para licitações e contratações de **quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações**, *in verbis*:

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

(...)

III - a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, **para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações**.

(...)” (grifo aditado).

Da leitura atenta da norma em destaque, apura-se que, diferente do quanto estabelecido na Lei nº 13.979/20 e da MP nº 962/2020, que dispõem sobre medidas específicas a

serem adotadas pelo Poder Público para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do COVID-19, a MP nº 961/2020 permitiu a adaptação de institutos já existentes no ordenamento jurídico em face das peculiaridades que envolvem o Estado de Calamidade declarado pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de Março de 2020.

Com isso, o que se quer aqui pontuar é que **a MP nº 961/2020 não estabeleceu qualquer restrição ao objeto ou ao objetivo da contratação, de modo que o RDC poderá ser utilizado, a critério do Gestor Público, em quaisquer licitações e contratações públicas, independente da vinculação ou não às ações de enfrentamento do COVID-19.**

Tal axioma é extraído não só da leitura atenta das premissas fixadas no referido ato normativo, como também das razões pormenorizadas pelo Ministro da Economia, Sr. Paulo Guedes, na exposição de motivos que precedeu a aprovação da Medida - EM nº 00144/2020 ME, oportunidade em que ficou consignado que a proposta, pretendia “atender a **situações regulares**, em que o gestor público necessita se valer de regras diferenciadas para garantir a disponibilidade de bens ou serviços indispensáveis ao atendimento do interesse público, o que demonstra sua relevância.” (grifo aditado).

Sublinhou ainda o Exmo. Ministro no supramencionado documento que:

“(…)

4. Um dos grandes impactos positivos da medida, e de urgência premente, é evitar a paralisação das obras públicas no País, tendo em vista a quarentena vivenciada para o enfrentamento da pandemia, em que parte dos servidores e colaboradores está em trabalho remoto e, portanto, não pode realizar as licitações presenciais, o que pode comprometer a efetiva entrega de políticas públicas à população - que, nesse momento, necessita da celeridade estatal para, por exemplo, construções emergenciais de centros hospitalares.

5. A proposição, não obstante temporária, cria um ambiente para atender as políticas de governo nesse cenário atual, de forma célere e eficiente. Para além disso, destaca-se que a proposta tem missão de acomodar situações jurídicas em matéria licitatória já consolidadas, bem como permitir que outra modalidade de

licitação mais ágil e moderna possa ser replicada para todas as unidades da federação de modo amplo, oportunizando melhores entregas para o estado brasileiro, em momento de grande anseio por respostas.

(...)

(iii) a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações, com objetivo de mitigar o risco de paralisações de obras no País, uma vez que, diante das restrições à circulação vivenciadas atualmente, a realização de certames presenciais restou prejudicada. Dessa forma, **é oportuna a ampliação do Regime Diferenciado de Contratações, a única modalidade para a contratação de obras que atualmente pode ser realizada de forma eletrônica. Vocacionado nisso, todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão optar por usar o Sistema de Compras do Governo Federal, de forma simples, rápida, e sem qualquer ônus, modificando o formato das licitações de obras, que passa a ser no formato eletrônico, com todas as informações em tempo real. Reforça-se: Tal medida garante aos gestores públicos a possibilidade de utilização dessa modalidade de licitação, que é bastante ágil, moderna, eficiente e transparente, em praticamente todos seus processos de compras, já que não há limite de valor para sua utilização.**

7. Impende destacar que a ampliação de escopo do RDC, nesse momento, trará benefícios especialmente para Estados e Municípios, que poderão se valer dessa modalidade, **seja no momento atual, para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, seja para dar seguimento a processos que eventualmente se encontrem paralisados, ou seja para outros processos que passariam a gozar das opções intrínsecas ao RDC.** Dentre eles, destaca-se a contratação integrada, forma de execução promissora, em modelo que altera significativamente as regras atuais, pois o mercado é quem oferece as melhores soluções, elabora os projetos básico e executivo, entre outras condições, até a entrega do objeto em funcionamento. Ou seja, nessa modelagem vislumbra-se a real efetividade na contratação.

(...)." (destaques aditados)

Em sentido semelhante ao aqui apontado, cita-se trecho de artigo publicado do site “www.licitacaocontrato.com.br”, intitulado “Análise crítica e os efeitos da medida provisória nº 961: aumento do limite da dispensa em função do valor, pagamento antecipado e extensão do RDC.”, da autoria dos Professores Marcus Vinícius Reis de Alcântara e Luciano Elias Reis, acesso em 04.06.2020:

“(...)

Sobre a necessidade de pertinência de o objeto contratado ser relacionado ao enfrentamento da COVID como fato gerador, a medida provisória não restringiu. Isto quer dizer, o uso deste limite alargado poderá acontecer inclusive em contratações alheias ao coronavírus.

(...)

No que se refere à extensão do Regime Diferenciado de Contratação para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e

locações, o primeiro ponto a ser observado é que a Lei nº 13.979 não mencionava expressamente obras de engenharia. Portanto, a medida provisória estipula um instituto jurídico bastante frutífero para a contratação de obras no período do combate à pandemia.

Com relação ao objeto e a extensão, desde já se reiteram os comentários que o RDC pode ser usado para qualquer contratação, independentemente de o objeto ser relacionado ou não com a COVID-19, apesar de inclinar-se pela admoestação acerca da sua constitucionalidade como explicado alhures.

O segundo ponto está que o RDC não está adstrito a serviços e obras de engenharia, sendo plenamente possível de ser adotado para fornecimento e outros serviços em geral. Por exemplo, poderá ser útil para contratar algum serviço especial em que a remuneração variável seja mais satisfatória para atender o interesse público, mais precisamente para emular o interesse do colaborador privado e fazer com que ele se desdobre para entregar melhores resultados. No campo de fornecimento, avulta-se a carta de solidariedade como um documento que poderá contribuir na análise e julgamento da proposta mais vantajosa na seleção do fornecedor.

O terceiro ponto adscreeve-se ao fato de existir regras diferenciadas para o julgamento do fornecedor e de sua proposta, assim como acontece com o regime de contratação integrada que é um ponto positivo se for bem utilizado.

Por fim, o quarto ponto enfatizado neste ensaio é que o uso do RDC alijará possíveis interpretações futuras sobre a natureza jurídica de alguns objetos controvertidos como é o caso de montagens de hospitais de campanha para saber se caracterizam mero serviço de engenharia ou como obra de engenharia.”(grifos aditados).

Logo, não pairam dúvidas de que as inovações lançadas no ordenamento jurídico pela MP nº 961/2020 são de ordem geral, ou seja, independem do objeto e do objetivo da contratação, não havendo, portanto, necessária vinculação com as ações de enfrentamento da crise provocada pela COVID-19.

Todavia, os seus efeitos sofrem limitação de ordem temporal, qual seja, a duração do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, válido até 31 de dezembro de 2020, conforme o comando insculpido no seu art. 2º, *in verbis*:

“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.” (grifos aditados).

Com efeito, **todas as contratações firmadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (até 31.12.2020), independentemente do seu objeto, prazo de duração ou de eventuais prorrogações, podem ser realizadas mediante o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), de forma eletrônica.**

Neste ponto, cabe salientar que da leitura atenta do *caput* do referido artigo, extrai-se que os efeitos da medida são aplicados, em regra, a todos os atos praticados no interregno em que se insere o estado de calamidade pública.

Diga-se “em regra”, porque a utilização das expressões “independentemente do seu prazo ou do prazo de suas prorrogações”, na redação do seu parágrafo único, revela uma exceção a esta premissa, consubstanciada na ultratividade da MP nº 961/2020.

Com efeito, pode advir a situação em que, no bojo de um contrato firmado dentro do período da calamidade pública, um ato dele decorrente ser praticado após o fim deste lapso temporal, mas dentro da vigência da avença ou de suas prorrogações. Nesta situação, por força do art. 2º, parágrafo único, os ditames normativos da referida MP continuam a ser aplicados.

Em sintonia com o aqui pontuado, são as considerações lançadas pela Advocacia Geral da União, no Parecer n. 00012/2020/CNMLC/CGU/AGU:

“(...)

3.3 Aplicação Temporal da MPV nº 961/2020;

29. A medida provisória nº 961/202 traz, no seu art. 2º, as regras de sua aplicação no tempo, in verbis:

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.

30. A interpretação inicial do dispositivo acima, já tratada anteriormente, é de que a MPV se aplica durante a calamidade pública. A complicação se dá pela aparente antinomia entre o caput do art. 2º e o seu parágrafo único e a forma como ambas as disposições deverão se conformar (se por uma interpretação conforme ou por alguma prevalência de um dispositivo em relação a outro). Isso porque um parágrafo pode representar ou uma complementação ao caput ou uma exceção a ele, como bem orienta o art. 14, III, "c", do Decreto nº 9.191/17, in verbis:

Art. 14. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, e observarão o seguinte:

[...]

III - para a obtenção da ordem lógica:

[...]

c) expressar, por meio dos parágrafos, os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por esse estabelecida;

31. É que o art. 2º traria uma limitação de aplicação para os atos especificamente praticados durante a calamidade pública, enquanto que o parágrafo único transfere a referência para o contrato: os contratos devem ser firmados durante a calamidade para que se aplique a MPV, o que traz a seguinte dúvida: se o ato for feito após o prazo de vigência da calamidade pública, mas dentro de um contrato firmado na calamidade pública, a MPV é aplicável?

32. Se os dois dispositivos devem ser conformados (parágrafo complementar ao caput), então haveria uma dupla limitação: para se aplicar a MPV é necessário que os atos sejam aplicados durante a vigência da calamidade e em contratos firmados também durante a vigência da calamidade. Mas se o parágrafo único for uma exceção ao caput, os atos deverão ser praticados durante a calamidade, salvo se forem feitos dentro de um contrato firmado durante a calamidade.

33. Em regra, a preferência seria pela conformação das regras e não pela derrogação. Entretanto, no caso, a expressão "independentemente do seu prazo ou do prazo de suas prorrogações" do parágrafo único nos faz concluir de forma diversa. É que, ao dizer que será aplicado ao contrato "independentemente do seu prazo e de suas prorrogações", dá a entender que a aplicação ocorrerá durante toda a vigência contratual, incluindo prorrogações.

34. Considerando que, em regra, as prorrogações irão ultrapassar o prazo de calamidade pública, a redação do parágrafo traria uma determinação de aplicação que, constantemente, irá ultrapassar o estado de calamidade, o que denota, ao nosso ver, a intenção de, justamente, ver a aplicação da MPV, neste caso, ultrapassar também o estado de calamidade.

35. Desse modo, a conclusão a que se chega é que o parágrafo único representa uma exceção ao caput. Para aplicação da MPV nº 961/2020, os atos devem ser praticados durante a calamidade - entretanto, no caso de atos praticados dentro de um contrato, o que importa é que este sido firmado durante o estado de calamidade. Por essa premissa, o questionamento acima seria respondido da seguinte forma: se o contrato for feito no prazo de vigência da calamidade pública, mas o ato praticado nele ocorrer após o fim da calamidade, ainda assim a MPV continua aplicável, nos termos do art. 2º, parágrafo único, desde que ocorra na vigência do contrato ou de suas prorrogações. Trata-se de hipótese de ultratividade da MPV em questão.

(...)" (grifo aditado).

Assim, e aqui respondendo as perguntas do Consultante de números 01 e 02, “a”, é possível, com fulcro na MP nº 961/2020, a utilização do Regime Diferenciado de Contratações, de forma eletrônica (inteligência do art. 13, da Lei nº 12.462/2011), para quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações, independentemente do seu objeto e objetivo, não havendo necessária vinculação com as ações de enfrentamento da crise provocada pela COVID-19. Para tanto, é imprescindível que o Gestor observe o marco temporal delimitado no seu art. 2º, qual seja, vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (até 31.12.2020).

No que se refere ao último quesito do Expediente ora em análise, entende essa Assessoria Jurídica que, em face da autorização irrestrita conferida pelo *caput*, do art. 1º, da MP nº 961/2020, à Administração Pública “de todos os Poderes e Órgãos constitucionalmente autônomos” e das considerações externadas na citada exposição de motivos, **a aplicação das inovações inauguradas pela aludida Medida tem o condão imediato de impulsionar a elaboração de novas minutas, bem como, de guiar os agentes públicos na condução dos procedimentos licitatórios nela delineados, não havendo necessidade, portanto, de edição de ato normativo local regulamentador para tanto.**

Por fim, mas não menos importante, é crucial alertar, que o uso do RDC de forma ampliada, nos termos da MP nº 961/2020, não afasta a aplicação das normas instituídas nas Lei nºs 8.666/93 e 10.520/2002, sendo que competirá ao Gestor a realização do juízo de conveniência, à luz das especificidades do caso concreto, no que tange à modalidade licitatória que proporcione um maior benefício para a Administração Pública.

É o parecer.

Salvador, 05 de junho de 2020.

Flávia Lima de Queiroz
Chefe da DACJ