



UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, SAÚDE E TECNOLOGIAS – CCSST
CURSO DE DIREITO

VITÓRIA THIFANNY DE ALENCAR FIALHO BEZERRA

**LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO CONTEXTO DA PANDEMIA
DE COVID-19:** uma análise das medidas previstas na Lei nº 13.979/2020 e sua aplicação no
município de Imperatriz.

IMPERATRIZ

2022

VITÓRIA THIFANNY DE ALENCAR FIALHO BEZERRA

**LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO CONTEXTO DA PANDEMIA
DE COVID-19: uma análise das medidas previstas na Lei nº 13.979/2020 e sua aplicação no
município de Imperatriz.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito para a conclusão do curso de Bacharelado
em Direito da Universidade Federal do Maranhão.

Orientador: Prof. Me. Denisson Gonçalves Chaves.

**IMPERATRIZ
2022**

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

Bezerra, Vitória Thifanny de Alencar Fialho.

LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO CONTEXTO DA
PANDEMIA DE COVID-19 : uma análise das medidas previstas
na Lei nº 13.979/2020 e sua aplicação no município de
Imperatriz / Vitória Thifanny de Alencar Fialho Bezerra. -
2022.

55 p.

Orientador(a): Denisson Gonçalves Chaves.

Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão,
Imperatriz, 2022.

1. Administração Pública. 2. Contratações. 3.
Pandemia. I. Chaves, Denisson Gonçalves. II. Título.

VITÓRIA THIFANNY DE ALENCAR FIALHO BEZERRA

**LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO CONTEXTO DA PANDEMIA
DE COVID-19: uma análise das medidas previstas na Lei nº 13.979/2020 e sua aplicação no
município de Imperatriz.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como
requisito para a conclusão do curso de Bacharelado
em Direito da Universidade Federal do Maranhão.

Orientador: Prof. Me. Denisson Gonçalves Chaves.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Denisson Gonçalves Chaves
Orientador

Prof. Gabriel Araújo Leite
Membro Titular

Prof. Patrícia Borges da Silva
Membro Titular

Imperatriz, 07 de Março de 2022.

“Eu vejo um horizonte trêmulo
Eu tenho os olhos úmidos
Eu posso estar completamente enganado
Eu posso estar correndo pro lado errado
Mas a dúvida é o preço da pureza
E é inútil ter certeza”
Infinita Highway, Humberto Gessinger

AGRADECIMENTOS

Ao amor da minha vida e razão do meu viver, minha mãe, Francisca Maria de Alencar Fialho Bezerra, por toda preocupação, cuidado, amor, paciência, torcida e por sempre estar presente, apesar da distância entre Piauí e Maranhão. Ao meu pai, Edmilson Manoel Bezerra, pelo exemplo de força descomunal e por todo o investimento e sacrifício para nos dar uma vida confortável e um futuro melhor. Com meus pais aprendi desde cedo os valores da honestidade, dignidade e do trabalho duro. Devo a eles tudo o que me foi possível ser.

Aos meus professores, do maternal à universidade, por todo o conhecimento transmitido, por despertarem em mim curiosidade, ânsia por sabedoria e admiração pelo magistério.

Aos meus amigos e companheiros de UFMA, Amailton Rocha e Mariana de Jesus, pela leveza com que me acompanharam nessa jornada, pelo apoio nos momentos difíceis e a alegria compartilhada ao fim de tudo.

Aos meus supervisores de estágio, por me permitirem vivenciar na prática as dificuldades e a beleza do ofício, por todos os ensinamentos, pelo tempo e paciência a mim despendidos, pela compreensão e, acima de tudo, por despertarem em mim admiração pelos órgãos públicos que tão bem representam e o desejo de servir a um bem maior. Serei eternamente grata aos brilhantes profissionais com quem tive o deleite de aprender.

Aos meus avós Antônia Maria de Alencar Martins e Francisco Joaquim Martins pelo acolhimento e por fazerem de seu lar minha casa. Sou grata pela oportunidade de passar mais tempo e de conviver com pessoas tão honradas e bondosas.

Ao meu orientador, o Prof. Me. Denisson Gonçalves Chaves, por seu tempo, disponibilidade e comprometimento. Sou grata por compartilhar de sua imensa sabedoria e receber orientações que fizeram possível a concretização desta monografia.

Enfim, o meu muito obrigada a todos que de alguma forma contribuíram para que eu chegasse até aqui. Faço da célebre frase de Isaac Newton minhas palavras: “se vi mais longe, foi por estar de pé sobre ombros de gigantes”.

RESUMO

A pandemia do novo coronavírus assumiu proporções internacionais e provocou mudanças substanciais no estilo de vida da população como um todo. Passou a ser obrigatório o uso de máscaras de proteção individual, o álcool em gel se tornou item indispensável dentro e fora de casa, adotou-se o *home office* e festividades em família foram canceladas. Além disso, a economia mundial enfrentou dificuldades, vidas foram ceifadas em quantidades equiparadas a guerras e foi iniciada uma corrida pela vacinação. Todos esses acontecimentos tiveram repercussão no âmbito da Administração Pública, que teve de afastar as diretrizes orçamentárias estabelecidas no exercício anterior para direcionar recursos ao enfrentamento da COVID-19. Essa situação de emergência incidiu diretamente nas contratações pública que, em razão da insuficiência da Lei 8.666/93, passou a dispor de medidas implementadas pela Lei 13.979/2020, com alterações da MP 926, convertida na Lei 14.065/2020, e da MP 961, agora Lei 14.065/2020. Esses diplomas serviram de arcabouço para contratações emergenciais, garantindo celeridade que a Lei de Licitações não fornecia, através de nova modalidade de dispensa de licitação e flexibilização de exigências da 8.666/93. Também foram previstas a redução dos prazos do pregão (Lei 10.520/2002) e a utilização do RDC (Lei 12.462/2011) para contratações de enfrentamento à pandemia. Diante desse cenário, o presente estudo buscou analisar as medidas implementadas em socorro às contratações públicas, bem como a sua aplicação no Município de Imperatriz. Foram adotadas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, processadas sob o método de abordagem dedutivo, de procedimento comparativo.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Pandemia. Contratações. Licitação. Flexibilização.

ABSTRACT

The new coronavirus pandemic has taken on international proportions and caused substantial changes in the lifestyle of the population as a whole. The use of personal protective masks became mandatory, gel alcohol became an indispensable item inside and outside the home, the home office was adopted and family festivities were cancelled. In addition, the world economy struggled, lives were taken in amounts equal to wars, and a race for vaccination began. All these events had repercussions within the scope of the Public Administration, which had to remove the budget guidelines established in the previous year to direct resources to the fight against COVID-19. This emergency situation directly affected public procurement, which, due to the insufficiency of Law 8.666/93, now has measures implemented by Law 13.979/2020, with amendments to MP 926, converted into Law 14.065/2020, and MP 961, now Law 14.065/2020. These diplomas served as a framework for emergency contracts, ensuring speed that the Bidding Law did not provide, through a new modality of waiver of bidding and flexibility of requirements of 8.666/93. Also foreseen were the reduction of the auction deadlines (Law 10.520/2002) and the use of the RDC (Law 12.462/2011) for contracting to face the pandemic. Given this scenario, the present study sought to analyze the measures implemented to help public procurement, as well as their application in the Municipality of Imperatriz. Bibliographic and documental research techniques were adopted, processed under the method of deductive approach, of comparative procedure.

KEYWORDS: Public Administration. Pandemic. Hiring. Bidding. Flexibilization.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CPI	Comissão Permanente de Inquérito
EC	Emenda Constitucional
EPI	Equipamento de Proteção Individual
LC	Lei Complementar
LOA	Lei Orçamentária Anual
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
MP	Medida Provisória
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PPA	Plano Plurianual
SACOP	Sistema de Acompanhamento de Contratações Públicas
TCU	Tribunal de Contas da União
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.1. PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	14
2.2. PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM AS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	20
3. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	23
3.1. MODALIDADES TRADICIONAIS	24
3.2. PREGÃO	26
3.3. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC).....	27
3.4. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS (SRP).....	29
3.5. CONTRATAÇÃO DIRETA: DISPENSA E INEXIGIBILIDADE.....	30
3.6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	33
3.7. PRINCIPAIS MUDANÇAS IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 14.133/2020.....	34
4. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A COVID-19.....	36
4.1. ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA	36
4.2. LEI Nº 13.979/2020, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020	38
4.2.1. Nova Modalidade de Contratação Direta	38
4.2.2. Simplificação dos Procedimentos	40
4.2.3. Alterações Referentes aos Contratos.....	42
4.3. LEI Nº 14.065/2020, DE 30 DE SETEMBRO DE 2020	42
5. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO MUNICÍPIO DE IMPERATRIZ DURANTE A PANDEMIA	47
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
7. REFERÊNCIAS	53

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, representada por União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em suas respectivas esferas de atuação, é a personificação do gestor. Tomar decisões de relevante impacto nas vidas dos cidadãos é, de certa forma, administrar essas pessoas, daí as dificuldades enfrentadas no ofício, representadas, em sua maioria, pela destinação de recursos escassos de modo a satisfazer o maior número possível de pessoas, em uma lógica pautada na ética utilitarista.

Em uma realidade multifacetada, em que cada indivíduo vive a própria realidade e desafios, é impossível agradar a todos a um só tempo, motivo pelo qual a Administração Pública deve reger-se a partir de programas estabelecidos em Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA). Por meio desses instrumentos que os entes organizam seus recursos, estabelecem metas e prioridades, e vinculam receitas e despesas a serviços, obras e bens a serem ofertados em prol da sociedade.

Diante dessa estruturação e prezando pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, as demandas públicas são atendidas por meio da contratação pela Administração Pública dos serviços de um particular. Para isso, a Lei nº 8.666/93 regulamenta os instrumentos de licitações e contratações públicas, trazendo em seus dispositivos modalidades específicas para cada caso.

Art. 22. São modalidades de licitação: § 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. § 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. § 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. § 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. § 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Além dessas, há o pregão, disciplinado em lei própria, a nº 10.520/2002, o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), da lei nº 12.462/2011, e o Diálogo Competitivo, inovação trazida na nova lei de licitações. No momento em que somente a lei 14.133/2021 operar seus efeitos no mundo jurídico, deixarão de existir as modalidades Tomada de Preços e Convite, enquanto Pregão e RDC passarão a ser regidos por esse único dispositivo.

Essas mudanças são a concretização da necessidade de mudanças observadas ao longo de anos de prática e evolução tecnológica. O pregão eletrônico, por exemplo, era uma modalidade inimaginável no início dos anos 2000, que passou a ser regulamentada pela Medida Provisória 2.026/07, inaugurando o uso da modalidade no âmbito das contratações feitas pela União, e, em um passado recente, passou a ser utilizada por Estados e Municípios.

Isto posto, a conclusão é no sentido de que a Administração Pública, apesar de ter suas ações engessadas por leis, em cumprimento ao princípio da legalidade, está sujeita a alterações decorrentes de mudanças legislativas, as quais seguem um fluxo lento e gradual, o que é natural. Não obstante, há circunstâncias excepcionais que requerem medidas urgentes.

Foi o que ocorreu no início do ano de 2020, quando o coronavírus SARS-CoV-2 instaurou uma pandemia de proporção global. Assim, motivado por repercussões da comunidade internacional e do ligeiro aumento do quadro de infectados no Brasil, o Congresso Nacional imediatamente editou a Lei nº 13.979/2020, com previsão de medidas de enfrentamento à situação de emergência de saúde pública.

Para além das medidas de isolamento social, quarentena, determinação da realização compulsória de exames, vacinação e outros tratamentos médicos, manejo de cadáveres, requisição de bens e serviços, e autorização excepcional e temporária para importação e distribuição de medicamentos, equipamentos e insumos sem registro na Anvisa, a referida lei dispõe, ainda, acerca de um regime especial de contratação.

Trata-se de uma lei mais flexível, em contraposição às amarras da Lei 8.666/93, que demandam tempo dos gestores para finalizar a contratação. Dessa forma, primando pela agilidade, indispensável nesse momento de urgência, a Lei 13.979 flexibilizou a fase interna, sem dispensar o processo administrativo.

Ademais, as medidas inicialmente adotadas foram posteriormente aprimoradas e outras foram inseridas por meio de medidas provisórias. A partir da MP 926, tornou-se presumida a situação de emergência para fins de dispensa de licitação, deixou de ser exigível o estudo preliminar para bens e serviços comuns, admitiu-se termo de referência e projeto básico simplificados, permitiu-se a dispensa de documentos de regularidade fiscal e trabalhista e de requisitos de habilitação. A MP 951 estabeleceu procedimento para o Sistema de Registro de

Preços (SRP) com dispensa de licitação, a MP 961, por sua vez, autorizou pagamentos antecipados, adequou os limites de dispensa de licitação e ampliou o uso do Regime Diferenciado de Contratações (RDC).

Para o Poder Executivo Federal, a EC 106/2020 trouxe um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações, autorizando a adoção de processos simplificados de contratação e permitindo que empresas com débitos na previdência contratem com o poder público.

Destarte, ante o volume de mudanças que alteraram o cenário de contratações públicas no Brasil, resta apenas analisar seus efeitos substanciais, isto é, os resultados da prática para a Administração Públicas, por seus gestores, para as pessoas físicas e jurídicas contratadas e para os destinatários dos objetos dos contratos.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020) define “administração” como sendo uma vontade que incide sobre o administrador, impondo-lhe orientações a serem seguidas. Quanto ao conceito de Administração Pública, Di Pietro entende que se divide em dois sentidos: objetivo e subjetivo. O primeiro é a atividade material que o Estado desenvolve, por meio de regime total ou parcialmente público, para a obtenção dos interesses coletivos perseguidos. O segundo, conjunto de órgãos, pessoas jurídicas e agentes aos quais a lei confere o exercício da atividade administrativa do Estado.

Verifica-se no conceito subjetivo a forma de estado adotada pela República Federativa do Brasil, qual seja a federação, composta por entes federativos dotados de autonomia. Esses entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e seus órgãos, oriundos do movimento de desconcentração interna das funções administrativas, compõem a administração direta.

Quanto à administração indireta, tem como integrantes entidades administrativas que, por meio da descentralização, exercem atividades administrativas vinculadas aos respectivos entes federativos. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inciso XIX, e o art. 4º, II, do DL 200/67, trazem elas:

Art. 4º. A Administração Federal compreende: [...] II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas.

Em que pese a administração pública indireta compreender as pessoas prestadoras de serviços públicos descentralizados, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2021, p. 161) aponta a inexatidão do rol acima, ante a ausência das concessionárias e as permissionárias de serviços públicos, bem como a inserção equivocada de empresas públicas e sociedades de economia mista, haja vista que exercem atividades econômicas, ao invés de atividades típicas da descentralização administrativa. Nesse sentido, com a regulamentação dos consórcios públicos pela Lei nº 11.107/2005, despontou na doutrina entendimento de que consórcios personalizados seriam novas entidades da Administração Pública Indireta. Não obstante a imperícia do legislador, Oliveira (2021, p.161) entende que a Administração Pública Indireta se consagrou na Magna Carta e na legislação infraconstitucional abarcando tão somente as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

2.1. PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Compreendido como a Administração Pública se estrutura, importante esclarecer como se dá sua atuação. Não é mero capricho as doutrinas de Direito Administrativo dedicarem um capítulo inteiro aos princípios. São por eles que a Administração Pública rege suas atividades.

A Constituição Federal de 1988, no caput do art. 37, elenca cinco princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade. Via Emenda Constitucional 19/98, foi acrescentado o princípio da eficiência. A Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, traz, além dos já mencionados, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público. De tal sorte, há princípios de previsão constitucional e infraconstitucional, classificados por José dos Santos Carvalho Filho (2020) como “princípios expressos”, e, ainda, os de construção doutrinária e jurisprudencial, os “princípios reconhecidos”.

Insta iniciar pelo princípio da legalidade, cravado no art. 5º, inciso II, da CF/88, na seguinte sentença: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Como produto do Liberalismo, assegura às pessoas a liberdade de agir sem se preocupar com arbitrariedades por parte do Estado.

Destarte, o referido princípio possui duas vertentes: enquanto os particulares têm suas condutas permitidas até encontrarem contradição na lei, a Administração Pública tem sua atuação condicionada às disposições legais, só podendo fazer o que a lei permite, consoante determinação do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Esse controle da Administração encontra respaldo, ainda, nos princípios da impessoalidade e moralidade, conforme se depreende da contextualização feita por Irene Patrícia Nohara (2020, p.43):

Se administrar envolve o dispêndio de verbas públicas, para que exista respeito aos princípios democrático e republicano e à consequente indisponibilidade do interesse público é imprescindível que a Administração Pública aja em conformidade com a lei, uma vez que ela não dispõe da mesma liberdade dos particulares.

Previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da impessoalidade instrui que os agentes públicos atuem sempre buscando o interesse público, sendo vedado benesses particulares a partir da *res publica*.

Di Pietro (2020, p. 275), valendo-se da interpretação do art. 2º, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 9.784/99, observa dois sentidos de aplicação do princípio da impessoalidade,

podendo referir-se à finalidade ou à teoria da imputação volitiva. Em relação aos administrados, os atos da Administração devem observar a finalidade pública; quanto à Administração Pública, os atos administrativos são responsabilidade do órgão que os praticou, sendo imputáveis à pessoa jurídica, não aos servidores públicos.

Para Rafael Oliveira (2021, p. 105), a impessoalidade possui duas acepções: no sentido de igualdade ou isonomia, devendo a Administração Pública, no dizer de Aristóteles, “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”; e proibição de promoção pessoal, uma vez que os atos administrativos, ainda que praticados por agentes públicos, são feitos da entidade, conforme sabedoria da teoria do órgão, de modo que é defeso ao gestor promover atividade administrativa como feitos pessoais, no intuito de valorar sua imagem.

Seguindo a linha de raciocínio imposta pelos princípios abordados, a Administração Pública deve ter atuação conforme a lei, de modo imparcial e, pelo princípio da moralidade, pautada na ética. Além da previsão expressa do art. 37 da CF/88, o art. 2º, *caput*, e parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 9.784/99, exige da Administração “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Sobre a positivação de princípios, Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 190) diz o seguinte:

os princípios constitucionais da Administração surgiram para serem determinantes de comportamentos públicos e privados, não são eles arrolados como propostas ou sugestões: formam o direito, veiculam-se por normas e prestam-se ao integral cumprimento. A sua inobservância vicia de mácula insanável o comportamento, pois significa a negativa dos efeitos a que se deve prestar. Quer-se dizer, os princípios constitucionais são positivados no sistema jurídico básico para produzir efeitos e deve produzi-los.

Nesse toar, foram editados vários dispositivos visando a efetividade da moralidade pública, por meio de repressão por sanções e ações de controle. Atualmente, existem no ordenamento jurídico brasileiro hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 1.º da LC 64/1990, alterada pela LC 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”); de sanções administrativas e judiciais previstas na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção); ação de improbidade (art. 37, § 4.º, da CRFB e Lei 8.429/1992); a ação popular (art. 5.º, LXXIII, da CRFB e Lei 4.717/1965); a ação civil pública (art. 129, III, da CRFB e Lei 7.347/1985).

Também foi firmado entendimento sumular antinepotismo por meio da edição da Súmula Vinculante nº 13:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta ou indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Passando ao princípio da publicidade, os atos administrativos devem ser amplamente divulgados. O objetivo é dar conhecimento aos administrados, possibilitando o controle social, instrumento relevante na defesa de direitos violados pelo Poder Público, por meio do qual são potencializados a proteção da moralidade e a estabilidade das relações jurídico-administrativa. (NOHARA, 2019, p. 48).

Considerando que todas as pessoas têm direito à informação, não restringindo-se à esfera privada, comportando também o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular ou coletivo, conforme mandamento fundamental do art. 5º, XXXIII, da CF/88, José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 76) assevera a obrigação da Administração Pública de dar cumprimento ao dispositivo constitucional, assegurando o princípio da publicidade.

Não obstante, a própria Carta Magna faz ressalvas ao direito por ela mesma assegurado, na medida em que não existe direito absoluto. Portanto, ao passo que deve ser garantido o direito à informação (art. 37, §3º, II, CF/88), devem ser respeitados o direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, CF/88) e as situações de sigilo com respaldo legal (art. 5º, XXXIII, CF/88).

Destarte, tendo em vista a delicadeza que envolve esse princípio, o ordenamento jurídico brasileiro detém arcabouço com capacidade de exigir da Administração Pública a publicidade de seus atos, de modo a viabilizar a concretização do direito à informação. Com fundamento no direito de petição ao Poder Público em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, “a”, da CRFB), e no direito de obter certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, “b”, da CRFB), é possível a impetração de mandado de segurança individual ou coletivo (art. 5º, LXIX e LXX, da CRFB), ou de habeas data para conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como para retificação de dados (art. 5º, LXXII, da CRFB). Ademais, a Lei nº 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à Informação, disciplina o direito à informação na esfera infraconstitucional.

Quanto ao princípio da eficiência, diz respeito à condução da Administração Pública pelos agentes públicos, isto é, ao desempenho do gestor. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020,

p. 276), do art. 37, caput, da CF/88, e do art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/99, abstrai a síntese do comando do princípio em questão: “o dever de boa administração”. Já Hely Lopes Meirelles (2009, p. 98), em uma interpretação estritamente voltada à pessoa do gestor, define eficiência como o “dever que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”

Seja qualidade que se busca na Administração ou no administrador, o princípio em questão, inserido na Constituição pela EC 19/1998, é clara contraposição ao modelo de Estado burocrático, vez que intimamente relacionado ao objetivo de garantir celeridade na efetivação das finalidades públicas. Nesse sentido, para Alexandre Mazza (2021, p. 255):

É impossível deixar de relacionar o princípio da eficiência com uma lógica da iniciativa privada de como administrar. Porém, o Estado não é uma empresa; nem sua missão, buscar o lucro. Por isso, o princípio da eficiência não pode ser analisado senão em conjunto com os demais princípios do Direito Administrativo. A eficiência não pode ser usada como pretexto para a Administração Pública descumprir a lei. Assim, o conteúdo jurídico do princípio da eficiência consiste em obrigar a Administração a buscar os melhores resultados por meio da aplicação da lei.

Existe ainda um núcleo do princípio da eficiência voltado à produtividade e à economicidade, acerca do qual se discute o intento de reduzir desperdícios de dinheiro público e, em contraprestação, fornecer serviços públicos com celeridade, prezando pela qualidade e garantindo rendimento funcional.

Enquanto no direito privado as relações jurídicas são operadas de forma horizontal, ou seja, de igual para igual, no direito público as relações entre Estado e cidadãos são regidas verticalmente, em uma clara demonstração da superioridade do Poder Público sobre seus administrados. Essa premissa parte do princípio da supremacia do interesse público, segundo o qual as atividades administrativas exercidas pelo Estado devem ser exclusivamente direcionadas em benefício da coletividade, sob pena de incorrer em desvio de finalidade. Logo, esse princípio serve de inspiração ao legislador, além de vincular a atuação das autoridades administrativas.

Em decorrência disso, os poderes atribuídos à Administração possuem caráter de poder-dever, não podendo ser dispostos, sob pena de responsabilidade pela omissão. Nestes termos, Di Pietro (2020, p. 224) aduz:

a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constata a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público.

Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.

O princípio da continuidade diz respeito à prestação de serviços públicos de natureza continuada e que não podem ser interrompidos sem causar prejuízo às pessoas, posto que relacionados à satisfação de direitos fundamentais.

Sobre a continuidade dos serviços, refere-se à regularidade e à necessidade, sendo esta última dividida em absoluta e relativa. A primeira contempla serviços que, em razão da necessidade permanente, não podem ter a prestação interrompida. A segunda, ao seu turno, considerando tratar de necessidades intermitentes, relaciona serviços cuja prestação aceita intervalos.

Apesar de ser um princípio de direito público, voltado à prestação de serviços dessa natureza, verificado interesse público, deve ser aplicado às atividades privadas de relevância social.

A autotutela é o poder-dever de que a Administração dispõe para rever seus atos, sendo permitido, de ofício e sem interferência do Poder Judiciário, anular ou convalidar os eivados de ilegalidade, bem como revogar os que considerar inconvenientes ou inoportunos. Trata-se, portanto, de meio pelo qual a Administração Pública observa o princípio da legalidade.

Consagrado nas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, o princípio em comento encontra limites nos princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas, e, ainda, em dispositivo da Lei nº 9.784/99 que impõe prazo decadencial de 05 anos para a Administração anular ato que tenha beneficiado o destinatário de boa-fé.

Sendo a coletividade a verdadeira titular dos direitos, bens e do interesse público, à Administração e seus agentes cabe tão somente as funções de gerir e conservar. Nestes termos, sobre o princípio da indisponibilidade:

A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração (CARVALHO FILHO, 2020, p. 85)

Ante a mutabilidade do direito, possibilitando mudanças na interpretação de normas legais e, por conseguinte, em orientações, existe um cenário de insegurança jurídica e receio de que situações jurídicas ora reconhecidas e consolidadas em dispositivos normativos, sejam afetadas. Visando obstar a aplicação de nova interpretação a fatos pretéritos na esfera da

Administração Pública em efeito retroativo, foi inserido o princípio da segurança jurídica no art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/99. (DI PIETRO, 2020, p. 252).

Assim, a segurança jurídica não faz oposição ao surgimento de novas interpretações e mudanças de entendimentos, fluxos naturais no direito, todavia faz objeção à incidência retroativa, objetivando salvaguardar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Em outra esteira, o princípio da autotutela, que permite à Administração rever e dispor de seus atos administrativos, é manifesta oposição à segurança jurídica. Destarte, em alusão ao sistema de freios e contrapesos, o princípio em tela se ajusta de modo a oferecer resistência à autotutela, protegendo os direitos dos administrados de dissabores advindos de mudanças de interpretação que possam fomentar revisão pela Administração.

Com origem no direito ambiental, o princípio da precaução, no direito administrativo, encontra respaldo no interesse público. Para Carvalho Filho (2020, p. 89), sendo alguns danos dotados de potencial lesivo de difícil reparação ou até mesmo incorrigível, deve a Administração Pública, diante de ações que acarretem riscos à coletividade, direcionar sua atuação para evita-los.

Quanto aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, representam instrumentos de controle dos atos praticados pelo Estado em excedendo o poder a ele conferido.

A razoabilidade é condição indispensável à atividade administrativa, exigindo dos agentes públicos que suas ações sejam desempenhadas com coerência, equilíbrio e bom senso. Dessa forma, cria-se para a Administração Pública um padrão de condutas cuja inobservância aponta para indícios de vícios e ilicitudes.

Almejou-se, a partir da instauração de um padrão de normalidade, evitar discricionariedades por parte do Poder Público, ampliando o alcance do Judiciário por meio de revisões de atos administrativos discricionários que violaram a razoabilidade.

Sobre a proporcionalidade, José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 91-92) assim define:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

Depreende-se desse conceito a observância de três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação consiste na utilização de meios compatíveis

para a obtenção efetiva do fim desejado, enquanto a necessidade é a seleção do meio menos gravoso para atender ao interesse coletivo e a proporcionalidade, como decorrência lógica, exige que as vantagens obtidas superem as desvantagens envolvidas na concretização do resultado.

2.2. PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM AS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Entendido como a Administração Pública se estrutura e rege suas atividades, é importante especificar como se dá sua atuação em licitações públicas.

O instrumento de licitação é decorrência direta do princípio da indisponibilidade do interesse público, exigido pelo Decreto Lei nº 2.300/86, posteriormente pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, XXI, e disciplinado pela Lei nº 8.666/93, a qual reúne em seu art. 3º os princípios da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, previstos no mencionado Decreto Lei, e aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, de conteúdo constitucional.

Além desses, outros podem ser extraídos da Lei nº 8.666/93 e de outros diplomas normativos, como os já consagrados princípios da adjudicação compulsória, da ampla defesa, da razoabilidade, da motivação e o da participação popular.

Partindo do princípio da legalidade, diante da existência de procedimentos devidamente regulamentados, impõe-se ao administrador a observância e cumprimento. Em contrapartida, aos participantes de licitações é assegurado o direito público subjetivo à observância do respectivo procedimento consoante disposto em diploma normativo, de modo que, sentindo-se prejudicado, possui o direito de impugnar o processo, podendo, inclusive, recorrer à guarida judicial.

Nesse toar, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto nos arts. 41 e 43, inciso V, da Lei nº 8.666/93, vincula a Administração às normas e condições estabelecidas em edital. Esse princípio também alcança aos licitantes, os quais devem se ater a atender os requisitos do instrumento convocatório, sob pena de inabilitação no certame.

Em decorrência desse princípio, tem-se o do julgamento objetivo, segundo o qual os critérios de julgamento previamente expressos no instrumento convocatório devem ser estritamente observados na avaliação das propostas apresentadas pelos concorrentes. O art. 45, da Lei nº 8.666/93 esclarece:

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Verificado um vencedor, a Administração Pública fica vinculada ao resultado, sendo obrigada a entregar o objeto da licitação ao vencedor. Trata-se do princípio da adjudicação compulsória, que além disso veda a instauração de novo certame para o mesmo objeto enquanto a adjudicação for válida.

Passando ao princípio da igualdade, sustentáculo da licitação, primando para que a Administração obtenha a melhor contratação, o referido princípio impõe isonomia, isto é, a igualdade de direitos aos licitantes. Nesse diapasão, é vedada a imposição de condições que impliquem no direcionamento do certame em favor de um concorrente.

A partir desse princípio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 774) vislumbra um outro princípio, o da competitividade, implícito no art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º. [...] §1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23-10-1991.

Intimamente relacionado à igualdade, o princípio da impessoalidade exige que a Administração dê tratamento igual aos licitantes e, diante de decisões, adote critérios objetivos. A conduta oposta seria classificada como imoral, refletindo proximidade entre o princípio em tela e o princípio da moralidade, sendo este, ainda, associado à legalidade por Carvalho Filho (2020, p. 315), segundo o qual “o direito condena condutas dissociadas dos valores jurídicos e morais. Por isso, mesmo quando não há disciplina legal, é vedado ao administrador conduzir-se de modo ofensivo à ética e à moral”.

Nesse liame, apresenta-se o princípio da probidade administrativa, pregando que o administrador atue, para com os licitantes e a própria Administração, com base nos valores da moral, da honestidade e da boa-fé. Assim, é natural que sua atividade seja direcionada a atingir o interesse da Administração e, por consequência, obtenha a melhor contratação para a finalidade visada.

Quanto ao princípio da publicidade, que consiste na divulgação de informações pertinentes aos atos administrativos e serve ao controle social, no âmbito dos certames públicos,

assume papel deveras relevante. Sendo objetivo das licitações promover a contratação mais vantajosa ao Poder Público, é certo que quanto maior o número de propostas, maiores as chances em favor do interesse da Administração, razão pela qual se faz indispensável a ampla concorrência, obtida através da publicidade do certame.

3. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Da exposição dos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público, é evidente a forma pela qual a Administração Pública celebra suas contratações. Ao contrário dos particulares, que ao comprar bens e contratar serviços, além de sopesar custo e orçamento, tomam decisões motivadas por fatores de ordem externa, interna e subjetiva, o Poder Público, para lograr êxito em seu objetivo de obter a contratação mais vantajosa, deve afastar quaisquer interferências por parte de seus gestores, assegurando a imparcialidade, a moralidade e a isonomia indispensáveis a uma boa contratação e, portanto, ao alcance do interesse da coletividade.

O instrumento que atende a tais necessidades é o procedimento licitatório. Hely Lopes Meirelles sintetiza esse entendimento:

A licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o consequente lógico da licitação. A licitação é o procedimento administrativo preparatório do contrato; é condição para sua formalização. Pela licitação se seleciona a melhor proposta; pelo contrato se vinculam as partes para a consecução de seu objeto. (MEIRELLES, 2010, p. 27)

Consagrada no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, a licitação tem seus objetivos formulados no *caput* do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, quais sejam: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

A mencionada Lei nº 8.666/93 disciplina acerca da matéria de licitações e contratações públicas na ordem infraconstitucional. Com o surgimento de novas modalidades de licitações, foram editados diplomas normativos próprios, sendo os casos da Lei 10.520/2002, a Lei dos Pregões, e da Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações. Não obstante, é a Lei 8.666/93 a principal fonte legislativa e a de maior destaque em matéria de licitação até o dia 30 de março de 2023, quando, completados trinta anos de sua promulgação, será integralmente substituída pela Lei 14.133/2021, com quem coexiste desde abril de 2021.

Considerando que no início da pandemia, em fevereiro de 2020, era o principal dispositivo vigente e atualmente permanece em vigor, este trabalho adotará como base a Lei 8.666/93, sem, contudo, negligenciar a Nova Lei de Licitações, cujas inovações de maior relevância serão abordadas em tópico à parte.

Sobre os objetos da licitação, que são os conteúdos do contrato a ser celebrado, os arts. 1º e 2º da Lei 8.666/93 estabeleceram rol que contempla obras, serviços, inclusive de

publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública. Rafael Oliveira (2020, p. 45) esclarece que se trata de rol exemplificativo, vez que “a regra constitucional da licitação se impõe para todo e qualquer contrato administrativo, independentemente do objeto (art. 37, XXI, da CRFB), salvo as hipóteses de contratação direta”.

Logo, licitar é a regra, por meio da qual são replicados nas contratações públicas os princípios que regem a Administração, como uma espécie de simetria. Todavia, quando o atendimento ao interesse público se revela ameaçado ou inviabilizado pelos rigores da licitação, é admitida a contratação direta.

3.1. MODALIDADES TRADICIONAIS

Especificado o objeto, suas particularidades e cotação orçamentária, o administrador deve escolher a modalidade de licitação que melhor se amolda ao caso concreto. As modalidades são as formalidades e procedimentos que conduzem a Administração Pública durante a licitação. O art. 22, da Lei 8.666/93 prevê as modalidades concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, e a Lei 10.520/2002, o pregão.

O procedimento de cada modalidade é bem definido, de modo que o art. 22, §8º, da Lei 8.666/93, veda a criação de novas modalidades de licitação e a combinação das já existentes, sendo defeso a implementação de elementos de um procedimento em um outro. A referida norma é voltada aos administradores, não atingindo a atuação do legislador. (OLIVEIRA, 2020, p. 143).

Iniciando pela concorrência, é destinada às contratações de maior valor econômico, o que justifica possuir maior grau de formalidade e permitir a participação de qualquer interessado na fase inicial de habilitação preliminar, concorrendo para isso a ampla divulgação do certame (art. 22, §1º, da Lei 8.666/93). O art. 23 da Lei 8.666/93 vincula limites de valor às modalidades, devendo ser observados na concorrência para obras e serviços de engenharia o piso de R\$ 3.300.000,00 (inciso I, alínea “c”) e para compras e serviços que não contemplem obras e engenharia, o mínimo de R\$ 1.430.000,00 (inciso II, alínea “c”).

Sendo o valor da contratação inferior aos pisos da concorrência, a primeira opção é a licitação na modalidade tomada de preços, tendo o art. 23, I, “b”, II, “b”, da Lei 8.666/93, fixado tetos que correspondem aos pisos da concorrência.

Quanto à participação, o art. 22, §2º, da Lei de Licitações, limita aos “interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”. Existe, portanto, um registro cadastral, que deve estar permanentemente aberto aos interessados e ser atualizado, no mínimo, anualmente (art. 34, § 1.º, da Lei de Licitações); e que pode ser utilizado, os de órgãos ou entidades da Administração Pública, por outras unidades administrativas (art. 34, §2º) .

Seria o cadastramento prévio, assim, equivalente à fase de habilitação, embora os prováveis licitantes façam o cadastro dos documentos de habilitação antes mesmo da abertura do certame. Desse modo, quando iniciada a tomada de preços, não haverá necessidade de abertura de prazos para fazer a habilitação propriamente dita, poupando tempo e garantindo celeridade ao procedimento. Todavia, Jessé Torres Pereira Júnior (2007, p. 264-265) assevera que a autorização da participação de interessados não cadastrados que atendam às condições até o terceiro dia que antecede a data marcada para recebimento das propostas vai de encontro à agilidade que a modalidade celebra, vez que desincentiva o cadastramento prévio.

Já as contratações de obras e serviços de engenharia de até R\$ 330.000,00 (art. 23, I “a”), e compras e demais serviços que não ultrapassem o valor R\$ 176.000,00 (II, “a”), devem ser realizadas através da modalidade convite. Menos formal que as anteriormente mencionadas, admite a participação de convidados, independentemente de possuírem cadastro, e de não convidados, devendo estes serem cadastrados e manifestarem interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas, conforme disposição do art. 22, §3º, da Lei 8.666/93.

A interpretação literal desse dispositivo leva a crer que o envio de convites a três licitantes seria suficiente para atender ao requisito de validade do certame. No entanto, prevalece o entendimento de que, em verdade, devem ser apresentadas, no mínimo, três propostas viáveis.

O art. 32, §1º, da Lei de Licitações, trata acerca da habilitação, considerada simplificada. É admitida a dispensa, total ou parcial, de documentos referentes à comprovação da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômico-financeira e da regularidade fiscal.

No que diz respeito à modalidade concurso, ao contrário das demais, não possui restrições de valor, sendo específica para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, efetuados se o vencedor conceder os direitos autorais do trabalho para que a Administração dê a destinação prevista em regulamento.

O leilão também é específico a uma determinada finalidade: alienar bens móveis inservíveis, produtos legalmente apreendidos ou penhorados e bens imóveis adquiridos em procedimentos judiciais ou mediante dação em pagamento. Destaca-se das referidas modalidades por ser destinada aos atos de venda por parte da Administração Pública, ao contrário das outras, de compra.

3.2. PREGÃO

Por sua vez, o pregão, disciplinado pela Lei 10.520/2002, é utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns, definidos pelo parágrafo único do art. 1º, como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. Não há, ainda, qualquer restrição quanto aos valores.

Esses fatores tornam indeterminado o objeto do pregão. Não obstante, Rafael Oliveira (2020, p. 153) destaca algumas características básicas que contribuem para determinar o que pode ou não ser objeto da modalidade, sendo elas:

disponibilidade no mercado (o objeto é encontrado facilmente no mercado), padronização (predeterminação, de modo objetivo e uniforme, da qualidade e dos atributos essenciais do bem ou do serviço) e casuismo moderado (a qualidade “comum” deve ser verificada em cada caso concreto e não em termos abstratos).

Destaca-se entendimento do TCU (Acórdão 487/2016; Acórdão 2.050/2014) em sentido oposto ao expresso na norma ao admitir a utilização do pregão para concessão de uso de bem público, com critério de julgamento pela maior oferta.

Ainda sobre o emprego da modalidade em tela, o art. 1º da Lei 10.520/2002, ao usar o termo “poderá”, tornou discricionária a adoção do pregão pelos administradores, ficando a seu critério optar por essa ou outra modalidade em se tratando de aquisição de bens e serviços comuns. Todavia, essa faculdade não se estende à esfera federal, obrigada a utilizar o pregão eletrônico, consoante inteligência do art. 1º, §1º, do Decreto 10.024/2019.

Existem, pois, pregão presencial e pregão eletrônico, cuja diferença consiste, basicamente, no ambiente de execução do certame, respectivamente físico e virtual.

Ademais, o diferencial da modalidade reside na inversão das fases de habilitação e julgamento, sendo apreciados os documentos de habilitação dos licitantes cujas propostas foram melhor avaliadas, tornando o procedimento célere. Seguindo essa vertente, os prazos para

interposição de recursos e contrarrazões são reduzidos a três dias (art. 4º, XVII, da Lei 10.520/2002).

Também é admitida a negociação, sendo permitido ao pregoeiro tratar diretamente com licitante colocado na primeira posição para obter preço melhor (art. 4º, XVII, da Lei 10.520/2002), bem como é assegurado aos licitantes que apresentaram ofertas com preços até 10% superiores à melhor proposta a chance de apresentar novos lances, até a proclamação do vencedor. E não havendo pelo menos três propostas no limite da diferença de 10%, os três melhores colocados, independentemente dos valores, poderão oferecer novos lances, conforme previsão do art. 4º, VIII e IX, da Lei 10.520/2002.

3.3. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)

Nos anos de 2014 e 2016, o Brasil sediou Copa do Mundo e Olimpíadas, dois dos principais eventos esportivos de repercussão mundial. Logo, em um curto espaço de tempo e dispondo de recursos limitados, ao Governo Federal coube a difícil tarefa de realizar obras para a construção de estádios de futebol e infraestrutura para os demais esportes e para acomodar delegações esportivas.

Nesse toar, foi editada a MP 527/2011, convertida na Lei 12.462/2011, cujo objetivo era furtar-se à aplicação dos tradicionais procedimentos de licitação para evitar burocracias e reduzir os custos de contratação. Desse modo, foi criada uma modalidade exclusiva para licitações e contratos necessários à Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014, Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016, e obras de infraestrutura e serviços de aeroporto nas capitais destinadas a sediar as competições.

Dado a especificidade dos eventos ensejadores da medida adotada, o procedimento desenvolvido deveria possuir prazo de duração. Contudo, passou e continua a ser utilizado para contratações de fins diversos, seguindo alterações feitas por outras leis, algumas delas:

O artigo 1º, caput, da Lei nº 12.462/11 foi alterado pelas Leis 12.688, de 18-7-12, 12.722, de 20-10-12, 12.745, de 19- 12-12, 12.980, de 28-5-14, 13.190, de 19-11-15, e 13.243, de 11-1-16, para prever a aplicação do regime às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento –PAC (inciso IV), para a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas do Sistema Único de Saúde – SUS (inciso V), para as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (inciso VI), para as ações no âmbito da segurança pública (inciso VII), para as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (inciso VIII) e para os contratos a que se refere o artigo 47-A (inciso IX, pertinente aos contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais

o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração), e para as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (inciso X). Por sua vez, o § 3º do artigo 1º, com a redação dada pela Lei nº 13.190/15, previu a utilização do RDC para as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia. Além disso, a Lei nº 12.815, de 5-6-13 (Lei de Portos), no artigo 66, prevê a aplicação subsidiária da Lei do RDC às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária. A Lei nº 12.873, de 24/10/13, autorizou a Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) a utilizar o RDC nos contratos que especifica. (DI PIETRO, 2020, p. 838).

No tocante à aquisição de bens, o RDC, pelo art. 7º da Lei 12.462/2011, admite a possibilidade de indicação de marca, mediante decisão fundamentada; exigência de amostra do bem a ser adquirido; apresentação de certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada; e declaração do fabricante no sentido de ser solidariamente responsável pela execução do contrato, na hipótese em que o licitante for revendedor ou distribuidor.

Quanto às fases, assim como no pregão, são, em regra, invertidas, com a realização do julgamento das propostas e, após, análise dos documentos de habilitação do licitante vencedor, garantindo celeridade (art. 12, IV e V, da Lei 12.462/2011).

Em contraposição ao art. 40, §2º, da Lei 8.666/93, o orçamento é sigiloso, não sendo divulgado o valor estipulado para a contratação, conforme art. 6º da Lei 12.462/2011. O objetivo é que essa informação não influencie nas ofertas dos licitantes, geralmente majoradas sobre o valor do orçamento, bem como evitar a formação de cartel. São cognoscíveis as benesses dessa medida, tratando-se, inclusive, de recomendação da OCDE:

Use um preço máximo somente quando ele for baseado em minuciosa pesquisa de mercado e os funcionários estejam convencidos de que ele é muito competitivo. Não publique o preço, mas o mantenha confidencial, em arquivo, ou o deposite junto a outra autoridade pública. (OCDE, 2009)

Outra restrição que se faz à publicidade no RDC consiste na dispensa da publicação de extrato no Diário Oficial ou em jornal de grande circulação quando diante de procedimentos licitatórios e de pré-qualificação, nas licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 para obras ou R\$ 80.000,00 para bens e serviços, inclusive de engenharia. A medida implica ganhos em termos de economicidade sem, todavia, reduzir a transparência do certame, sendo mantida a publicação em sítio eletrônico oficial, conforme art. 15, § 2.º, da Lei 12.462/2011.

Apesar de reconhecer a ineficiência de publicações feitas em Diário Oficial, Oliveira (2020, p. 358) critica a restrição à publicidade, sob o argumento de que grande parcela da população brasileira sofre de exclusão digital, e clama pela competitividade e controle social.

Quanto aos lances, o dispositivo é semelhante ao pregão, sendo permitida a oferta de lances intermediários em disputa aberta. Admite-se o reinício da disputa aberta quando existir diferença de pelo menos 10% entre o melhor lance e o subsequente, consoante art. 17, §1º, II, da Lei 12.462/2011 e art. 21 do Decreto 7.581/2011.

Em relação às modalidades tradicionais de licitação, o RDC também contempla registro cadastral de licitantes, agilizando a habilitação. E não somente isso, os registros cadastrais possuem, ainda, anotações de desempenho contratual do licitante, informação útil à Administração Pública para consulta em futuras contratações.

3.4. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS (SRP)

Visando facilitar e racionalizar o processo de contratações futuras, para isso evitando dispêndios de tempo e dinheiro, o art. 15 da Lei 8.666/93 prevê o sistema de registro de preços, regulamentado pelo Decreto nº 7.892/13, com alterações do Decreto 8.250/14.

Em que pese ser um “procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona as propostas mais vantajosas, mediante concorrência ou pregão, que ficarão registradas perante a autoridade estatal para futuras e eventuais contratações”, conforme conceito de Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2020, p. 64), o SRP não é modalidade de licitação, mas instrumento que permite que de uma única licitação sejam feitos vários contratos por órgãos diversos.

Apesar de o art. 3º estabelecer que seja feito por concorrência, o SRP também pode se dar por meio de pregão, de acordo com a Lei 10.530/2002.

Como uma licitação comum, deve ser precedida de uma ampla pesquisa de mercado, devendo o órgão gerenciador, ainda na fase interna, convidar órgãos e entidades administrativas para participar. Embora exista um vencedor, os licitantes concorrentes poderão, conforme art. 11, II, e §§ 1º ao 4º, do Decreto 7.892/2013, reduzir seus preços igualando ao do vencedor para fins de integrar cadastro de reserva. Ao fim, é lavrada ata de registro de preços, na qual são registrados preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas nas futuras contratações.

Isso não representa empecilho à revisão de preços, para menor ou maior, em função de motivo superveniente, cabendo à Administração Pública promover negociação, nos termos do art. 17 do Decreto 7.892/2013, e do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93. Havendo impasses na repactuação ou verificada impossibilidade de o fornecedor cumprir com o compromisso, é admitido à Administração liberar o fornecedor sem impor penalidades (art. 18, §§ 1º e 2º, do Decreto 7.892/2013).

Em contrapartida, por se tratar de documento vinculativo, a recusa injustificada do vencedor em assinar a ata em tempo hábil tem por efeito a aplicação de penalidades (art. 14, parágrafo único, do Decreto 7.892/2013). O mesmo não se aplica à Administração Pública, que possui liberdade para contratar, podendo utilizar da ata ou até mesmo fazer uma outra licitação, haja vista que a formalização desse documento não gera direito subjetivo à contratação, apenas expectativa de direito ao signatário e preferência diante de uma possível contratação (OLIVEIRA, 2020, p. 70).

Não se confunde, pois, ata de registro de preços e contrato, devendo este ser assinado no prazo de validade daquela, ainda que possua vigência própria e posterior.

3.5. CONTRATAÇÃO DIRETA: DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

O art. 37, XXI, da CF/88, ao condicionar contratações públicas à realização prévia de licitação, previu também ressalvas a essa regra. Há casos em que, por inexistência de competição ou por revelar-se inútil ao interesse público, é admitida a contratação direta por inviabilidade da licitação.

Para isso, indispensável a realização de procedimento formal prévio que evidencie e sirva de motivação para a dispensa ou inexigibilidade de licitação. Nos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei 8.666/93, deverá ser composto por:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017) II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço; IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

A primeira hipótese de contratação direta é a licitação dispensada, prevista para a alienação de bens imóveis ou móveis da Administração Pública, embora nessas circunstâncias o art. 19, inciso III, exija a adoção de licitação na modalidade concorrência ou leilão. Destarte, o art. 17, I e II, da Lei 8.666/93, contém o seguinte rol taxativo:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: a) dação em pagamento; b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009); c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei; d) investidura; e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994); f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007); g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005); h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007); i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1o do art. 6o da Lei no 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, 2017); II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação; b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública; c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica; d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente; e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades; f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 798), para diferenciar dispensa de inexigibilidade, atribui àquela a possibilidade de competição que justifique a licitação, de modo que é facultada, ficando sob a discricionariedade do administrador. O rol acima, no entanto, foge à arbitrariedade, vez que cravado em lei.

O mesmo se aplica à dispensa de licitação, consagrada no art. 24 da Lei 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação: [...] III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; 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; V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas; [...] VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; (Vide § 3º do art. 48) ; [...] XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública. (Incluído pela Lei nº 13.500, de 2017)

Os incisos III, IV e XXXV admitem a dispensa de licitação em situações de emergência, dado que o tempo para efetivar a licitação seria empecilho ao suprimento da urgência e ao atendimento do interesse público. Portanto, a lei autoriza a contratação direta para bens e serviços necessários para lidar com a situação emergencial calamitosa, não se aplicando à contratação de objeto com fim diverso; e deve ser feita no prazo improrrogável de 180 dias contados a partir do reconhecimento da situação de emergência ou calamidade, conforme art. 24, IV, da Lei 8.666/93.

Não obstante, Marçal Justen Filho (2002, p. 242), José Torres Pereira Júnior (2007, p. 300) e Carlos Pinto Coelho Motta (2011, p. 315) entendem pela prorrogação do prazo por exigência de hipóteses excepcionais em função do risco ao interesse público.

Nesse sentir, Oliveira (2020, p. 106) traz à baila a possibilidade de reconhecer contratação emergencial em situação de emergência fabricada pelo administrador, sem, todavia, eximir sua responsabilização. Ilustra o caso com exemplo de agente público que por desídia deixa de renovar contrato de prestação de serviços contínuos de natureza hospitalar.

O inciso V traz a figura conhecida como “licitação deserta”, em que, tendo sido realizada licitação à qual não houve o comparecimento de licitantes, e sendo demonstrada a inviabilidade e o prejuízo de uma nova licitação para a Administração Pública, é admitida a contratação direta nos termos estabelecidos. Difere-se da licitação frustrada ou fracassada, na qual há licitantes interessados, mas não possuem condições de habilitação e classificação.

Acerca dessa licitação, o inciso VII prevê a dispensa apenas em se tratando de desclassificação de propostas por motivo de sobrepreço ou inexequibilidade, conforme art. 48, II, da Lei 8.666/93.

Quanto à inexigibilidade, o art. 25 da Lei de Licitações estabelece sua admissão às licitações com inviabilidade de competição. Logo, não configura uma exceção, mas a não incidência da regra da licitação em função da inexistência do pressuposto lógico de competitividade (OLIVEIRA, 2020, p. 137).

Destarte, por estar relacionada à circunstância fática, independe de expressa previsão legal, trazendo o art. 25 rol exemplificativo:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública

Entretanto, verificada situação de inexigibilidade, o administrador tem o dever de afastar a licitação e evitar um procedimento com dispêndios de tempo e dinheiro, fadado ao fracasso e a escolhas impregnadas de subjetividade.

De toda sorte, licitação dispensada, dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação exigem atendimento ao rigor formal, devendo integrar o processo motivação ou justificação feitas por escrito. Há necessidade, ainda, de comunicações à autoridade superior no prazo de três dias para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias.

3.6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Hely Lopes Meirelles (2010, p. 245) define contrato como “todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direito recíprocos”. Nesse liame, o Código Civil de 2002 consagrou dois importantes princípios: o da boa-fé (art. 422) e o da função social do contrato (art. 421).

Apesar de ser um instituto desenvolvido no bojo do direito privado, é também disposto pela Administração Pública, seja por contratos privados ou contratos administrativos. Este último, como espécie do gênero contrato, guarda em si princípios gerais dos contratos e acrescenta adaptações necessárias à gestão dos negócios públicos.

Destarte, Di Pietro (2020, p. 562) traz conceito de contratos administrativos como sendo “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”. Desse entendimento, sobressaltam duas características básicas: relação de verticalidade e regime predominantemente de direito público.

Ademais, Oliveira (2020, p. 428) atribui aos contratos administrativos as seguintes características: formalismo moderado, bilateralidade, comutatividade, personalíssimo, desequilíbrio e instabilidade.

Em função da gestão da *res publica*, a Constituição Federal e a Lei nº 8.666/93 são uníssonas quanto à exigência de que os contratos sejam celebrados mediante a observância do cumprimento de algumas formalidades, como a realização prévia de licitação e a submissão à forma escrita. Conforme exposto no tópico anterior, existem exceções à obrigatoriedade de licitação, como também à forma escrita, sendo admitidos contratos verbais de pequenos valores e pronto pagamento, em homenagem aos princípios da boa-fé e da vedação do enriquecimento ilícito.

Como expressão da vontade de duas partes, incumbidas de obrigações recíprocas, a bilateralidade invoca cláusulas regulamentares que permitem à Administração e ao particular liberdade para manifestar vontade acerca das condições do contrato, como usualmente ocorre quanto aos valores.

Por comutatividade, entende-se a preservação do equilíbrio econômico-financeiro ao longo do decurso do tempo do contrato, dispondo a legislação de instrumentos de reajuste e revisão.

Em respeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade, que regem o processo licitatório, o contrato deve ser celebrado com o licitante vencedor, que também deve executar a obrigação contraída em obediência ao caráter personalíssimo (*intuitu personae*). Ademais, havendo previsão no edital e no contrato, é possível a subcontratação parcial (arts. 72 e 78, VI, Lei 8.666/93) atentando-se aos limites fixados em lei.

Quanto às características de desequilíbrio e instabilidade, referem-se à superioridade da Administração Pública em relação ao contratado, expressada através das cláusulas exorbitantes que dão à Administração a prerrogativa de, unilateralmente, promover alterações ou até mesmo rescindir o contrato, sob pretexto de atender ao interesse público (arts. 58, I, e 58, I, da Lei 8.666/93).

3.7. PRINCIPAIS MUDANÇAS IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 14.133/2020

Conforme exposto no início do tópico sobre licitações, a Lei 14.133/21, completados dois anos de sua promulgação, substituirá integralmente a Lei 8.666/93. E não somente isso, a

nova lei, na realidade, tem a proposta de compilar procedimentos da antiga lei de licitações e das leis do pregão (10.520/2002) e do RDC (12.462/2011), fazendo algumas alterações.

Uma delas é a exclusão das modalidades tomada de preço e convite, dispondo apenas de pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo, novidade disciplinada no art. 32:

A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

- I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;
- II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato.

Essa modalidade é desenvolvida a partir do estabelecimento de diálogo entre a Administração Pública e os licitantes, devendo estes, munidos de expertise, apresentarem alternativas inovadoras às necessidades administrativas, de modo a desenvolver uma solução conjunta sem, todavia, prejudicar a competitividade.

Quanto às fases do procedimento, a Nova Lei de Licitações, inspirada na dinâmica utilizada pelo pregão e pelo RDC para assegurar economia e celeridade à licitação, adotou como regra a inversão de fases, com a habilitação após o julgamento das propostas. O orçamento sigiloso, instrumento consagrado no RDC, também foi incorporado pela nova lei.

O art. 75, sobre licitação dispensável, ampliou os valores máximos de contratação direta, passando a ser de R\$ 50.000,00 para serviços e compras (inciso I), e R\$ 100.000,00 para obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores (inciso II). Seguindo essa linha de aumentos, o percentual de seguro-garantia foi estendido até 30% do valor inicial do contrato, conforme art. 99 da Lei 14.133/21.

Merece destaque a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), representando um avanço em direção à modernidade e ao acolhimento das tecnologias da informação em auxílio à Administração Pública. Nesse portal serão publicados contratos, acompanhados de edições e aditamentos, e também servirá de base de dados para cadastros digitais unificados e compartilhados com entes federativos.

4. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A COVID-19

Em seu Título V, a Constituição Federal de 1988 trata da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas. Verifica-se que quando a ordem pública está sob ameaça, são adotadas medidas de restrição de direitos e as normas criadas para conter o Estado são temporariamente afastadas, instituindo-se, portanto, um estado de exceção. Nesse sentido, Giorgio Agamben (2004, p. 39) aduz que:

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica.

Destarte, a Constituição traz à baila o Estado de Defesa, que autoriza restrições aos direitos de reunião, de sigilo de correspondência e de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica (art. 136, §1º, I), e é decretado para “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza” (BRASIL, 1988, Art. 136, *caput*).

Em casos de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, ou comoção grave de repercussão nacional ou diante de evidência da ineficácia do Estado de Defesa, pode ser decretado Estado de Sítio (art. 137, I e II, da CF/88), a *ultima ratio*. Logo, mais amplas são as restrições, as quais incidem sobre a liberdade de locomoção, o direito de reunião, a inviolabilidade do domicílio, o direito de propriedade, o sigilo das comunicações e a liberdade de comunicação em geral, alcançando fornecimento de informações, imprensa, radiodifusão e televisão (art. 139, I a VII).

Ambos os mecanismos são decretados pelo Presidente da República, sendo necessário para o Estado de Sítio a autorização do Congresso Nacional, dado seu elevado grau de coercibilidade. São, portanto, medidas adotadas em situações excepcionais de extrema gravidade e partem da Administração Federal.

4.1. ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA

Não obstante, há tragédias que não atingem todo o país, mas limitam-se a um estado ou município, e que podem ser combatidas com medidas menos graves, e ainda efetivas. E se

atingem o Brasil, não possuem a mesma repercussão de norte a sul, leste a oeste, pois em um país de proporções continentais, com predominância de seis climas distintos, dividido em cinco regiões, vinte e seis Estados e um Distrito Federal, é natural que existam diferenças. Por tal motivo que foi adotado como forma de estado o Federalismo, permitindo que Governadores e Prefeitos, acompanhando dificuldades específicas enfrentadas por cada Estado e Município, façam uma gestão direcionada, voltada à realidade.

Nesse toar, o Decreto nº 7.257, de 04 de agosto de 2010, alterado pelo Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020, dispõe sobre critérios para declaração e reconhecimento da situação de emergência ou do estado de calamidade pública, assim definidos no art. 2º:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: [...] VIII - estado de calamidade pública - situação anormal provocada por desastre que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do Poder Público do ente federativo atingido ou que demande a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação; [...] XIV - situação de emergência - situação anormal provocada por desastre que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do Poder Público do ente federativo atingido ou que demande a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação.

São declaradas pelo respectivo Chefe do Executivo dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a adoção de medidas excepcionais pelo ente federativo atingido, conforme disposição do art. 29 do Decreto 10.593. Há necessidade, contudo, de reconhecimento pelo Poder Executivo Federal, sendo possível ao Executivo Estadual reconhecer quando declarada por Município.

Desta feita, considerando a pandemia de coronavírus em função da propagação a nível mundial do vírus SARS-CoV-2, com repercussão não somente na saúde pública, mas na economia, nos postos de emprego e no estilo de vida dos brasileiros, o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 2020, reconheceu a ocorrência de estado de calamidade pública na esfera federal, sendo seguido por Governadores e Prefeitos, estendendo aos Estados e Municípios.

O referido Decreto adotou como primeira medida o afastamento da obrigação de dar cumprimento à meta fiscal estabelecida no art. 2º da Lei nº 13.898/19 e a limitação de empenho (art. 1º), valendo-se de previsão do art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000, segundo o qual:

Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembleias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação: [...] II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

Nesse diapasão, a Emenda Constitucional nº 106/2020 instituiu regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. O dispositivo flexibilizou a observância ao art. 16 da LC 101/2000, conforme se depreende do caput do art. 3º:

Art. 3º Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.

Logo, foi autorizado o afastamento temporário de algumas das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, principalmente as que dizem respeito às limitações de gastos e endividamento, para a criação de despesas extraordinárias, isto é, sem previsão na LOA, destinadas a atender à situação excepcional de calamidade pública.

4.2. LEI Nº 13.979/2020, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020

A Lei 13.979/2020 dispôs acerca de medidas de enfrentamento à pandemia de COVID-19, disciplinando sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual, isolamento social, restrições ao direito de locomoção e aos serviços públicos e privados, e, dentre outras medidas, promoveu alterações no que diz respeito a licitações e contratações públicas, enfoque deste estudo.

4.2.1. Nova Modalidade de Contratação Direta

Oportuno rememorar que o tratamento dado às situações de emergência e calamidade pública pela Lei 8.666/93 restringe-se à contratação direta por licitação dispensável prevista no art. 24, IV:

Art. 24. É dispensável a licitação: [...] 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.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 804), sobre o dispositivo, destaca suas amarras:

A situação referente ao prazo (180 dias), prevista na parte final do inciso IV, soma-se à outra, já referida, que aplica o princípio da razoabilidade; além de ser relacionada com o atendimento da situação emergencial ou calamitosa, o contrato ainda não pode ultrapassar de 180 dias; se exigir prazo superior, a licitação tornar-se-á obrigatória.

De início, cumpre ressaltar que a Lei 13.979/2020 contribuiu com uma nova modalidade de dispensa de licitação e com a relativização de algumas exigências formais que na prática ofereceriam resistência aos certames e às contratações diretas, sendo alcunhado por Rafael Oliveira (2020, p. 131) de “*fast track* licitatório”.

Sobre a dispensa de licitação, é admitida para a “aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública”, conforme *caput* do art. 4º. Seu parágrafo primeiro acentua a limitação temporal do dispositivo, cuja aplicação se estenderá enquanto perdurar a situação de emergência decorrente da pandemia de coronavírus.

Em sinal de boa-fé aos gestores, o legislador, em sentido oposto ao entendimento do TCU firmado em Acórdão 2.504/2016 – Plenário, de que “a mera existência de decreto municipal caracterizando a situação do município como emergencial não é suficiente para enquadrar as contratações nos requisitos da Lei 8.666/1993 para dispensa de licitação”, fez as seguintes concessões no art. 4º-B da Lei 13.979:

Art. 4º-B. Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se comprovadas as condições de: (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) I – ocorrência de situação de emergência; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) II – necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) III – existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) IV – limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

Tem-se, portanto, uma presunção absoluta, que garante imunização ao passo que afasta a necessidade de comprovação e o cabimento de impugnação referente à ocorrência ou inoccorrência de eventos fáticos e jurídicos (JUSTEN FILHO, 2020)

Admite-se, ainda, nos termos do art. 4º, §4º, alterado pela Lei 14.065/20, a dispensa de licitação para compras ou contratações formalizadas pelo Sistema de Registro de Preços, desde que sirva às necessidades de mais de um órgão ou entidade. Nesse caso, o gerenciador da compra fixará prazo de dois a oito dias úteis a ser contado da data da divulgação da intenção para que órgãos e entidades manifestem interesse em participar (§6º).

Ante o aumento exponencial da demanda por equipamentos e aparelhos hospitalares e consequente diminuição da quantidade no mercado e elevação dos preços, como ocorreu com respiradores no ápice da pandemia, o art. 4º-A estendeu a aquisição ou contratação direta de bens e serviços a equipamentos não necessariamente novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento.

4.2.2. Simplificação dos Procedimentos

Os números da pandemia revelam a importância do tempo no combate ao vírus, de modo que a porcentagem de mortos, de contaminados, de leitos de UTI ocupados, de postos de empregos extintos é diretamente proporcional ao tempo de resposta dos gestores públicos. Desta feita, visando assegurar celeridade às licitações e contratações, a Lei 13.979/2020 implementou medidas que afastam requisitos de formalidade que engessam os procedimentos da Lei 8.666/93 e da Lei 10.520/2002.

No que tange à contratação direta, passou a ser desnecessária a elaboração de estudos preliminares para bens e serviços comuns (art. 4º-C); o gerenciamento de riscos somente será exigido durante a gestão contratual (art. 4º-D); admite-se a apresentação de termo de referência e projeto básico simplificados (art. 4º-E); e a dispensa de documentos que comprovem a regularidade fiscal e trabalhista, ou, ainda, do cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação (art. 4º-F).

Acerca do disposto no art. 4º-E, além de possibilitar que se realize uma contratação com base em avaliações sumárias, permite, excepcionalmente, a dispensa de estimativa de preços (§2º), solução que se revela útil em casos de objeto dotado de peculiaridades e grande emergência, nos quais há dificuldade em estimar o valor. Havendo estimativa, o parágrafo terceiro autoriza a contratação de valor superior ao estipulado, o que não necessariamente implica em abuso de poder econômico, consoante Marçal Justen Filho (2020), considerando o contexto de flutuações no mercado em função da emergência de saúde pública.

Sobre a permissão do art. 4º-F, somente é possível nas hipóteses de restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, condição que deve ser demonstrada e justificada pela autoridade competente, tendo em vista os riscos assumidos pela Administração Pública ao contratar com quem não atende ao requisitos de habilitação, os quais se tratam de indícios definidos pela Lei para estabelecer uma presunção absoluta quanto à confiabilidade e a capacidade do sujeito para executar a prestação contratual (JUSTEN FILHO, 2020). Ademais,

a referida dispensa tem como exceção a apresentação de declaração relativa à proibição do trabalho noturno de menores de idade (art. 7º, XXXIII, da CF/88) e à regularidade perante a seguridade social.

Não obstante, a EC 106/2020, em seu art. 3º, parágrafo único, afasta a aplicação do art. 195, §3º, da Constituição Federal, de modo que, enquanto durar o estado de calamidade pública nacional, às pessoas jurídicas em débito com o sistema de seguridade social será permitido contratar com o Poder Público, receber dele benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Nesse liame, o art. 4º, §3º, admite a contratação de sujeitos que por sanção são impedidos de contratar com o Poder Público, desde que evidenciado se tratar de único fornecedor do bem ou prestador do serviço. Essa hipótese se assemelha à inexigibilidade de licitação por fornecedor exclusivo, do art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93. Sobre a sanção, Marçal Justen Filho (2020) sustenta entendimento de que pode se tratar das previstas na Lei 8.666/93, no art. 7º da Lei 10.520/2002, no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa e até mesmo na Lei Anticorrupção, priorizando, sobretudo, o atendimento ao interesse público.

Quanto ao procedimento que rege o pregão, também recebeu algumas simplificações, como a redução dos prazos procedimentais pela metade, seja na modalidade presencial ou eletrônica, quando tiver como objeto a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia, conforme caput do art. 4º-G da Lei 13.979/2020. Desta feita, o prazo mínimo de oito dias entre a publicação do aviso e o recebimento das propostas (art. 4º, V, Lei 10.520/2002) é reduzido a quatro dias, e o prazo de três dias para a apresentação de recurso e contrarrazões (art. 4º, XVIII, Lei 10.520/2002) será de um dia, conforme art. 4º-G, §1º, da Lei 13.979. O parágrafo segundo estabelece efeito devolutivo para os recursos administrativos, de modo que, ao contrário do efeito suspensivo, não há interrupção dos prazos para a análise da matéria.

Para efeitos de realização de pregão para registro de preços (art. 4º-G, §4º), a licitação será considerada compra nacional, devendo ser observado o prazo do art. 4º, §6º, de dois a oito dias úteis da divulgação da intenção de registro de preços para que outros órgão e entidades manifestem interesse de participar. Apesar do caráter de compra nacional, o parágrafo terceiro admite a dispensa de realização da audiência pública prevista no art. 39 da Lei 8.666/93, posto que demandaria mais tempo do certame.

4.2.3. Alterações Referentes aos Contratos

Ao contrário do art. 24, IV, da Lei 8.666/93, que fixa prazo improrrogável de 180 dias, o art. 4º-H da 13.979/2020 estabelece que os contratos firmados com fundamento na situação de emergência provocada pela pandemia de COVID-19 terão duração de até seis meses e poderão ser prorrogados enquanto perdurar o estado de calamidade pública.

Quanto à alteração contratual unilateral por parte da Administração Pública, o art. 4º-I, da Lei 13.979 afasta os limites do art. 65, §1º, da 8.666/93, permitindo acréscimos ou supressão ao objeto contratado, desde que previamente estabelecido no contrato, em até 50% do valor inicial. Oliveira (2020, p. 134) assevera que a previsão expressa no instrumento contratual é condição *sine qua non* para essa flexibilização, de modo que a inexistência de cláusula nesse sentido permite tão somente alteração até o limite da 8.666/93.

Interessante mencionar que o art. 6º-D, incluído pela MP 951/2020, previa a suspensão dos prazos prescricionais para a aplicação de sanções administrativas da Lei 8.666/93, da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e da 12.462/2011 (RDC). Como o dispositivo não firmou até quando duraria a referida suspensão, prevaleceu o entendimento de que seria até a vigência da Lei 13.979/2020. A medida é de todo razoável, considerando a perturbação da ordem em função pandemia de coronavírus, o que inviabilizou o exercício da pretensão punitiva pelo Estado, não obstante, foi revogada com o fim da vigência da MP 951/2020, não convertida em lei.

4.3. LEI Nº 14.065/2020, DE 30 DE SETEMBRO DE 2020

O art. 24, da Lei 8.666/93, em seus incisos I e II, permitia a dispensa de licitação para obras e serviços de engenharia de valor de até R\$ 33.000,00, e para outros serviços e compras de até R\$ 17.600,00. No intuito de flexibilizar os requisitos para contratações diretas, a MP 961/2020, posteriormente convertida na Lei 14.065/2020, por seu art. 1º, I, ampliou o teto:

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos: 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; [...] (GRIFO NOSSO)

Boaventura e Alcântara (2020, p. 03) destacam que a referida hipótese de dispensa com valores ampliados pela MP 961/2020 não se confunde com a dispensa do art. 4º da Lei 13.979/2020, haja vista que esta não possui limites de valor, não incide no fracionamento previsto no art. 23, §5º, da 8.666/93, e é destinada à aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, ou insumos relacionados ao enfrentamento da pandemia (art. 4º, caput, Lei 13.979/2020).

Ademais, a hipótese do art. 24, I e II, com limites majorados pela Lei 14.065, submete-se ao art. 26, parágrafo único, da 8.666/93, que exige que sejam acostados ao processo a motivação que levou à escolha do contratado e a justificativa do preço a ser praticado, ao passo que a modalidade da Lei 13.979/2020, em que pese a necessidade de demonstrar a relação da contratação com o combate à pandemia, tem presumida a situação de emergência, consoante art. 4º-B.

Desta sorte, diante de duas formas de dispensa, cabe ao administrador ponderar as disposições do caso concreto para escolher a mais apropriada.

Passando ao inciso II do art. 1º da Lei 14.065/2020, possibilitou o pagamento antecipado nas licitações e contratos pela Administração nos casos em que represente condição sem a qual não seria possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou quando demonstrado que propicie relevante economia de recursos. Esse dispositivo se revela útil em um cenário de instabilidade econômica e volatilidade nos valores de mercado, servindo de vantagem diante de outros compradores e de atrativo para os vendedores, e chamariz para negociações de valor.

Considerando o diploma normativo que disciplina as normas gerais de direito financeiro e controle dos orçamentos e balanços dos entes federados, a Lei 4.320/64, em seu art. 62, estabelece que o pagamento somente ocorre após a liquidação da despesa, isto é, quando reconhecido que o bem foi fornecido ou o serviço foi prestado, e considerando ainda o art. 38 do Decreto 93.872/86, segundo o qual o pagamento antecipado não será permitido, a medida em comento surge como uma inovação contrariando dispositivos consagrados (PEDRA; OLIVEIRA; TORRES; 2020).

Não obstante, a transcrição do art. 38 do Decreto 93.872/86 também revela uma exceção:

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. (GRIFO NOSSO)

Somando a isso os Acórdãos nº 4143/16 e nº 2856/19 – TCU, 1ª Câmara, e a Orientação Normativa nº 37 da AGU, Boaventura e Alcântara (2020, p. 4-5) sustentam que o pagamento antecipado já era uma possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, mas ainda assim destacam a importância da Lei 14.065 trazer essa previsão expressa como um instrumento concreto à disposição dos agentes públicos em um momento de dificuldades para realizar contratações, principalmente quando relacionadas à demanda de saúde.

Além das exigências do inciso II, de que o pagamento antecipado seja indispensável ao cumprimento do contrato ou que propicie economia, o parágrafo primeiro dispõe como condições a previsão da medida no instrumento de edital e a exigência de devolução integral do valor, com correção monetária pelo IPCA ou outro índice, diante da inexecução do objeto.

Nesse sentido, o legislador, preocupado com riscos de inadimplemento, providenciou mais garantias à Administração, consoante art. 1º, §2º, da Lei 14.065/2020:

§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º deste artigo, a Administração deverá prever cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como: 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 21 de junho de 1993, de até 30% (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; ou V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

O emprego do verbo “dever” conjugado no imperativo é indicativo de que a Administração Pública é obrigada a adotar cautelas para diminuir os riscos que envolvem o pagamento antecipado. Ademais, ao apresentar os incisos com a expressão “tais como”, dispôs deles como rol exemplificativo, sendo cabível, portanto, outras medidas.

Quanto ao inciso III do art. 1º, traz à baila a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações.

Disciplinado pela Lei 12.462/2011 e originariamente desenvolvido para atender às demandas de contratação em virtude da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, o RDC é definido como “uma ferramenta ágil, eficiente e transparente, permitindo ao agente público inovar em seu procedimento, avaliando caso a caso, o formato adequado para a sua contratação” (BOAVENTURA; ALCÂNTARA. 2020).

Destarte, longe de sofrer e provocar limitações, o RDC possui procedimento bem avaliado dentre as opções de certame, e a sua extensão às licitações e contratações públicas celebradas no contexto de emergência de saúde pública foi estratégica.

Assim, é possível o uso de orçamento sigiloso, remuneração variável, contratações simultâneas, exigência de certificação de qualidade (art. 7º, III, da Lei nº 12.462/2011), carta de solidariedade do fabricante (art. 7º, IV), em situação excepcional, julgamento pelo maior desconto, inversão de fases (art. 14, II), e modos de disputa aberto, fechado ou combinado (art. 16).

Além disso, a Lei 14.065/2020 assegurou uma nova perspectiva ao Sistema de Registro de Preços, consagrado nas modalidades concorrência (art. 15, §3º, I, da Lei 8.666/93) e pregão (art. 11 da Lei 10.520/2002), e agora utilizado para contratação direta por dispensa de licitação somente para aquisições de bens e serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia do coronavírus.

O art. 4º, §4º, da Lei 13.979/2020, com redação dada pela Lei 14.065, trouxe a possibilidade do SRP para compras ou contratações por mais de um órgão ou entidade. Nessa circunstância, o parágrafo sexto fixa prazo de dois a oito dias contados a partir da publicação da intenção de registro de preços pelo gerenciador para que os órgãos manifestem interesse de participar do SRP.

O parágrafo sétimo estabelece vedações à dispensa de estimativa de preços (§2º, art. 4º-E, da Lei 13.979/2020) e à contratação por valores superiores à estimativa de custo (§3º, art. 4º-E), de modo que o administrador que optar por dispensa de licitação formalizada por SRP deverá realizar a estimativa de custo no processo. Transcorridos trinta dias da assinatura da ata de registro de preços, será necessária uma nova estimativa para fins de atualização e compatibilização entre o preço registrado e o praticado por órgãos da Administração, tendo em vista a oscilação dos valores de mercado durante a pandemia

Quanto ao §4º, do art. 4º-G, traz a compreensão de que as licitações na modalidade pregão, presencial ou eletrônico, realizadas por SRP, para aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública, são consideradas compra nacional. Desta feita:

[...] o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não deverá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado em ata (art. 22 § 4º-A, inciso II do Decreto nº 7.892/2013), enquanto nas adesões comuns, o limite máximo é o dobro do quantitativo. (BOAVENTURA; ALCÂNTARA. 2020, p. 9)

No que diz respeito à adesão a ata de registro de preços (art. 22, Decreto nº 7.892/13), o art. 4º-J permitiu aos órgãos federais a possibilidade de aderirem a atas de órgãos estadual, distritais e municipais, atentando ao limite individual de 50% dos quantitativos de itens do edital e limite global, cujo teto é o dobro do quantitativo de cada item que consta na ata (caput, art. 4º-J).

5. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO MUNICÍPIO DE IMPERATRIZ DURANTE A PANDEMIA

No dia 21 de março de 2020, o Governo do Estado do Maranhão, através de Decreto Estadual Nº 35.672, decretou estado de calamidade pública, sendo seguido pelo Decreto Municipal nº 23, do Poder Executivo do Município de Imperatriz.

Além das medidas para restringir a circulação de pessoas e conter a propagação do vírus, ambos os decretos reforçaram a dispensa de licitação nos moldes do art. 24, IV, da Lei 8.666/93, e do art. 4º, da Lei 13.979/2020. Conforme transcrição do 2º, III, do Decreto Municipal nº 23:

III-fica autorizada a dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços necessários ao enfrentamento da calamidade, nos termos do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, e do art. 4º da Lei federal nº 13.979/2020, bem ainda, há de se observar o disposto no art. 65, da LC nº 101/2000.

Destarte, verificou-se que no Município de Imperatriz, para a realização de contratações referentes à COVID-19 no biênio 2020-2021, foram realizados 27 (vinte e sete) processos de contratação direta por dispensa de licitação, totalizando R\$ 1.520.585.498,51. Quando não havia necessidade de dispensa, os gestores utilizaram o pregão eletrônico 07 (sete) vezes, somando R\$ 15.395.447,91 em contratações.

Essas informações foram coletadas no Mural de Contratações Públicas do SACOP, sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, o qual dá acesso à população aos processos de contratação pública, com os documentos que compõem. Foram utilizados os filtros “Imperatriz” (ente) e “COVID” (objeto) e dos 39 processos obtidos como resultado, 19 foram selecionados, sem critérios pré-definidos, para servirem de amostra à análise a que se propôs com este estudo.

Desta feita, verificou-se a padronização dos processos de contratação direta realizados pela Secretaria Municipal de Saúde, sendo apresentados documentos de solicitação e autorização de abertura do procedimento de contratação, declaração da contabilidade informando dotação orçamentária, termo de justificativa, projeto básico simplificado, pesquisa de mercado feita diretamente com fornecedores, documentos de habilitação, parecer jurídico, ratificação da autoridade competente, contrato e publicação. Os que receberam aditivo para prorrogar o prazo ou ajustar o valor foram submetidos a nova pesquisa de mercado para demonstrar a vantajosidade dos preços praticados pelo contratado, nova verificação da habilitação e parecer jurídico.

Com relação à fundamentação da dispensa, observou-se que os gestores fizeram confusão, ora adotando simultaneamente o art. 24, IV, da Lei 8.666/93, e o art. 4º da Lei 13.979, ora referindo-se apenas aos diplomas, sem especificar artigo. Embora ambos os dispositivos tratem de dispensa de licitação e sejam aplicáveis ao cenário de calamidade pública em decorrência da pandemia de coronavírus, são modalidades diferentes e possuem particularidades a serem observadas, de modo que deve ser escolhida uma ou outra.

Para a dispensa com fundamento no art. 24, IV, da Lei 8.666/93, deve ser evidenciada a situação de emergência ou de calamidade pública, com potencial prejuízo à continuidade do serviço público ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Além do mais, o objeto da contratação emergencial deve possuir estreita ligação com o atendimento da situação excepcional, condição que deve ser justificando no bojo do processo administrativo da dispensa de licitação, em atendimento à exigência do art. 26, parágrafo único, I, da Lei 8.666/93. Ainda é necessário compor os autos com a razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II), justificativa do preço (III), e documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (III).

Desta sorte, independentemente de não definir o dispositivo que fundamenta a dispensa, os processos analisados atenderam aos requisitos em ambos os casos.

Em contrapartida, o processo de dispensa nº 006/2020, promovido pela Câmara Municipal de Imperatriz para a contratação de serviços de exames a serem realizados nos servidores, em que pese ser devidamente fundamentado no art. 4º da Lei nº 13.979/2020, não possui projeto básico ou termo de referência e o aditivo de quantidade foi implementado sem justificativa, pesquisa de mercado e submissão à análise jurídica.

O processo nº 02.08.00.939/2020, da Secretaria Municipal de Educação para contratação de empresa para fornecer termômetros de infravermelho, também foi instruído sem projeto básico ou termo de referência e ratificação da autoridade competente.

No geral, a Lei 13.979/2020 foi disposta para permitir que os gestores elaborassem projetos básico simplificados (art. 4º-E), e, nos contratos, ao prever vigência de até 06 (seis) meses com possibilidade de prorrogações sucessivas (art. 4º-H).

Especificamente em três processos (02.19.00.1842/2020, 02.19.00.1380/2020 e 02.19.00.1718/2020) houve previsão de dispensa de “alguns” documentos de habilitação (art. 4º-F), sem determinar quais e obrigação da contratada aceitar supressão ou acréscimo de até 50% do valor inicialmente contratado (art. 4º-I). O processo nº 02.19.00.1718/2020, além da previsão do art. 4º-F, contém em seus documentos “justificativa de dispensa da apresentação

dos documentos relativos à habilitação”, dispensando declaração de inexistência de fatos impeditivos sob a alegação de restrição de fornecedores e necessidade de contratação de serviço de limpeza hospitalar.

Quanto às contratações por pregão eletrônico, a Lei 13.979/2020 foi utilizada somente para sustentar a vigência de até seis meses com possibilidade de prorrogações sucessivas (art. 4º-H). Não se observou, contudo, o emprego do “pregão *express*”, com prazos reduzidos pela metade. Ao comparar contratações de objetos semelhantes, qual seja a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de saúde em terapia intensiva para atender a demanda e UTIs do Hospital de Campanha de Imperatriz, feitas por pregão eletrônico (02.19.00.1264/2021) e dispensa de licitação (processo nº 02.19.00.1841/2020), foi possível constatar que a esta última atende melhor a situação de emergência, sendo necessários sete dias para assinar o contrato, ao passo que o pregão demandou dois meses.

Essa comparação evidencia a importância das medidas implementadas pela Lei 13.979/2020 no enfrentamento à pandemia de COVID-19. A dispensa é indispensável para dar celeridade a contratações emergenciais, no entanto, deve ser utilizada somente quando realmente necessário. A licitação continua sendo a regra, sendo admitidas flexibilizações para agilizar o processo.

Logo, a partir da análise de licitações e contratações feitas no Município de Imperatriz no contexto pandêmico, destaca-se a importância de oferecer preparo aos gestores, sendo insuficiente editar medidas que não terão aplicação prática em razão do desconhecimento e da imperícia dos administradores.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O coronavírus trouxe desafios para a comunidade médica internacional, que se viu diante de um vírus altamente contagioso e até então desconhecido. Foram necessários vários estudos para entender os efeitos da doença no organismo humano e estabelecer o tratamento adequado e implementá-lo no atendimento à população, que constantemente submetida a redes de desinformação, cultivou descrença em relação ao conhecimento científico, sustentando tratamentos comprovadamente ineficazes em detrimento dos adotados pela comunidade científica. O mesmo ocorreu com as vacinas, que apesar de todo o estudo envolvido, com experimentos e teste que comprovaram a eficácia e segurança, foram encaradas com desconfiança por parcela da população.

A ciência demorou para encontrar soluções, mas foi o tempo necessário diante do desafio. Não obstante, a mora dos agentes públicos para agir em uma situação emergencial, ainda mais com respaldo técnico e científico, é injustificável e imoral. O exemplo mais evidente é o do Ministério da Saúde, que, conforme apurado pela CPI da pandemia, comprou vacinas após um lapso temporal de seis meses da data em que recebeu oferta da fabricante Pfizer. O epidemiologista Pedro Hallal, da Universidade de Pelotas, estimou que noventa e cinco mil vidas poderiam ter sido salvas se não fosse por essa desídia. Logo, o tempo é fator importante e não pode ser negligenciado quando vidas estão em risco.

Destarte, a Administração Pública, regida pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, deve ter sua atuação voltada à sociedade e suas ações devem refletir o interesse público. Desta feita, o Poder Público deve agir somente com base na lei, assegurando tratamento isonômico, pautando-se nos valores de moralidade e probidade, dando publicidade a todos os seus atos e sempre objetivando o melhor resultado com o mínimo de recursos.

Ao passo que esses princípios fundamentam que as contratações públicas sejam feitas por licitação, servem de norte para o processo, de modo que a observância pela Administração, ao afastar subjetividades inerentes ao ser humano por trás do gestor, garante a melhor contratação para o fim que se busca atender.

Desta feita, em razão da variedade de objetos, a Administração Pública dispõe de uma variedade de modalidades de licitação, conduzidas por procedimentos próprios regulamentados principalmente pelas Leis nº 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011.

A Lei 8.666/93, como resposta aos escândalos de corrupção que marcaram o governo Collor (1990-1992), limitou ao máximo a atuação dos agentes públicos ao trazer previsões das atividades necessárias ao desenvolvimento das licitações, sem dar margem a discricionariedades. Não obstante, essa rigidez também implica em burocracia, em contraposição à eficiência com a qual a Administração deveria atender ao interesse público. As Leis 10.520/2002 e 12.462/2011 foram editadas no sentido de satisfazer essa demanda, criando modalidades com procedimentos que asseguram celeridade ao processo, como é o caso da inversão das fases de habilitação e julgamento.

Com a pandemia de COVID-19 e o estado de calamidade pública que se instaurou, surgiram demandas excepcionais que justificaram o Poder Público extrapolar os gastos previstos na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Nesse toar, a Administração teve de contratar para prestar assistência aos desamparados, para aquisição de álcool 70°, medicamentos e EPIs, ampliar o número de leitos de UTI, etc.

Entretanto, é inviável que contratações urgentes como essas sejam submetidas à licitação, que demanda formalidades excessivas e tempo. Desta feita, é possível recorrer à contratação direta, tendo a Lei 8.666/93, no art. 24, IV, disposto da hipótese de dispensa de licitação nos casos de estado de emergência ou calamidade pública.

Conforme substanciado neste trabalho, esse dispositivo possui amarras capazes de obstar a atuação dos administradores, motivo pelo qual as medidas implementadas pela Lei 13.979, com alterações das Leis 14.035/2020 e 14.065/2020, foram bem recebidas, com implementação de nova modalidade de dispensa de licitação, flexibilização dos procedimentos da Lei 8.666/93 e redução dos prazos do pregão.

Ressalte-se que a MP 961, convertida na Lei nº 14.065, aumentou os limites de valor da dispensa de licitação do art. 24, I e II, da Lei 8.666/93, autorizou o pagamento antecipado, trouxe previsão para a utilização do RDC nas contratações emergenciais e de dispensa de licitação para registro de preço.

A edição dessas leis demonstra o despreparo da Lei 8.666/93 para lidar com momentos de excepcionalidade, necessitando de normas temporárias para tanto. Em que pese as medidas de flexibilização, como a autorização para afastar a exigência de alguns requisitos de habilitação, permissão para contratar com sujeitos impedidos de contratar com o Poder Público e a possibilidade de efetuar pagamentos antecipados, podem ser criticadas pelo nível de exposição a que se submete a Administração Pública. Contudo, são medidas que devem ser adotadas excepcionalmente, mediante cautelas e apresentação de justificativa e motivação do gestor, devendo ser priorizada a contratação por licitação, seguindo os procedimentos da Lei

8.666/93. Outrossim, pelo princípio da razoabilidade, são aceitáveis em razão do cenário de emergência ocasionado pela pandemia de COVID-19.

7. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BOAVENTURA, Carmen Iêda Carneiro; ALCÂNTARA, Marcus Vinícius Reis de. **A lei 14.065/2020 e o novo cenário das contratações públicas**. 2020. Disponível em: <<https://www.olicitante.com.br/lei-14065-20-novo-cenario-contratacoes-publicas/>>. Acesso: 24 de fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de 2020**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>.

BRASIL. **Lei nº 14.065, de 30 de setembro de 2020**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14065.htm>.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm>.

BRASIL. **Decreto Legislativo Nº 06, de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 30 de dez. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm. Acesso: 21 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.257, de 04 de agosto de 2010**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7257.htm. Acesso: 23 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10593.htm#art44. Acesso: 23 de fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.htm. Acesso: 25 de fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 478/2016**. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Sessão de 02/03/2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1650455%22>. Acesso: 24 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2050/2014**. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 06/08/2014. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1312646%22>>. Acesso: 24 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.504/2016**. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 28/9/2016. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2074715%22>>. Acesso: 24 fev. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. atual. até a EC nº 62/09-. p.84. São Paulo: Atlas, 2010.

IMPERATRIZ. Decreto Municipal Nº 23, de 21 de março de 2020. Disponível em: <http://novo.imperatriz.ma.gov.br/media/site/download/legislacao/DECRETO_N%C2%BA_23_DE_21_DE_MAR%C3%87O_DE_2020_-_FINAL.pdf>. Acesso em: 04 de jan. de 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Um novo modelo de licitações e contratações administrativas?** Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200323_MP926.pdf>. Acesso: 25 de fev. 2022.

MAGENTA, Matheus. Vacinas teriam salvado 95 mil vidas se governo Bolsonaro não tivesse ignorado ofertas, calcula pesquisador. **BBC News Brasil**, 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57286762>>. Acesso: 27 de fev. 2022.

MARANHÃO. **Decreto nº 35672, de 19 DE MARÇO DE 2020**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391213>>. Acesso em: 30 de dez. 2021.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

Mural de Contratações. **Sistema de Acompanhamento de Contratações Públicas**. Disponível em: <<https://www6.tce.ma.gov.br/sacop/muralsite/mural.zul>>. Acesso em: 04 de jan. 2022.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OCDE. **Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement**. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2009\)1/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2009)1/FINAL/en/pdf)>. Acesso em: 21 fev. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

PEDRA, Anderson Sant’Ana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A Mística da Impossibilidade de Pagamento Antecipado pela Administração Pública**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/05/artigo_download_34.pdf>.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 264-265.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 190.