



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO CURSO DE
BACHARELADO EM DIREITO**

JOÃO VITOR SILVEIRA BARBOSA DE ALMEIDA

**MEDIDAS EXCEPCIONAIS PARA CONTRATAÇÕES E LICITAÇÕES PÚBLICAS
DURANTE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE À LUZ DOS
PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

SOUSA - PB

2020

JOÃO VITOR SILVEIRA BARBOSA DE ALMEIDA

**MEDIDAS EXCEPCIONAIS PARA CONTRATAÇÕES E LICITAÇÕES PÚBLICAS
DURANTE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: ANÁLISE À LUZ DOS
PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito à obtenção do título de Bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Osmando Formiga Ney

SOUSA - PB

2020

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

A447m Almeida, João Vitor Silveira Barbosa de.
Medidas excepcionais para contratações e licitações públicas durante à pandemia do novo coronavírus: análise à luz dos princípios do direito administrativo. / João Vitor Silveira Barbosa de Almeida. - Sousa: [s.n], 2020.

73fl.

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2020.

Orientador: Prof. Ms. Osmando Formiga Ney.

1. Contratos Administrativos 2. Mudanças e flexibilizações. 3. Direito Administrativo. 4. Medidas de segurança. I. Título.

Biblioteca do CCJS - UFCG

CDU 351.712.2.02(043.1)

JOÃO VITOR SILVEIRA BARBOSA DE ALMEIDA

**MEDIDAS EXCEPCIONAIS PARA CONTRATAÇÕES E LICITAÇÕES PÚBLICAS
DURANTE A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE À LUZ DOS
PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Campina Grande,
como requisito à obtenção do título de
Bacharelado em Direito.

Sousa – PB, 26 de Novembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Paulo Abrantes de Oliveira (Avaliador)
Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Marília Daniella Freitas Oliveira Leal (Avaliadora)
Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Osmando Formiga Ney (Orientador)
Universidade Federal de Campina Grande

SOUSA - PB

2020

AGRADECIMENTOS

Ao criador do universo, pela dádiva da existência, pela vida que me atribuiu, pela capacidade de aprender, pelas bênçãos e pela sabedoria e persistência para superar os desafios.

À minha família, especialmente meus pais, avó e noiva, que estão comigo não importando as dificuldades, que acreditaram e depositaram em mim suas expectativas e em todos os momentos me consolaram com seu infinito amor.

Aos amigos e colegas de faculdade, que ajudaram a sobreviver às peripécias da vida acadêmica, e pelas boas memórias constituídas.

Ao professor orientador, Osmando Formiga Ney, que aceitou essa empreitada e me ajudou a concretizá-la, bem como, à todos os professores que tive durante a graduação, que ativamente contribuíram para esse momento.

Dedico este trabalho ao meu avô, Derosse, já falecido, que me deixou de legado a maior parte dos exemplos que tomo como modelos para a vida, e ao meu filho(a), que nem chegou ao mundo ainda mas já é a razão de tudo que construí até aqui e daquilo que construirei daqui por diante.

“é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites”.

Montesquieu.

RESUMO

A pandemia do novo coronavírus trouxe dificuldades e desafios nunca antes vistos na história moderna do nosso país. Diante das extremas dificuldades enfrentadas pela nossa população, e da enorme demanda nos serviços públicos, especialmente na área da saúde e no combate direto ao contágio e o tratamento dos pacientes, mas também nas demais contratações públicas, para que o país não parasse por completo e garantisse a continuidade da prestação dos serviços públicos e das obras em andamento. Tal esforço exigiu a edição de normas que criassem possibilidades legais que flexibilizassem as regras relativas às licitações e contratações públicas, para melhor adequarem-se à situação de emergência excepcional e imprevisível que o país enfrenta. O presente estudo buscou, portanto, elencar as principais mudanças e flexibilizações trazidas pelas normas promulgadas para o enfrentamento da pandemia, analisando-as de acordo com os princípios do Direito Administrativo e elencando as possíveis consequências futuras de seu uso irrestrito e sem a devida fundamentação adequada, pois devem ser aplicadas as devidas medidas de segurança para a gestão do risco ao erário público. Adota-se para essa pesquisa um método de abordagem dedutivo, de procedimento comparativo e sistemático, de acordo com uma técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Administração. Pandemia. Licitação. Contratos Administrativos.

ABSTRACT

The new coronavirus pandemic brought some difficulties and challenges never seen before in the modern history of our country. The extreme difficulties faced by our population, and the huge demand in public services, especially in the area of health and in the direct fight against contagion and the treatment of patients, but also in other public contracts, to the country does not stop completely and ensure continuity in the provision of public services and works in progress. Such an effort demanded the addition of laws, which would create legal possibilities that made the rules related to public contracts and government procurement more flexible, to better adapt for the exceptional and unpredictable emergency situation our country faces. The present study therefore sought to list the main changes and flexibilities brought about the rules enacted to deal with the pandemic, analyzing them in accordance with the principles of Administrative Law and listing the possible future consequences of their unrestricted use and without proper reasoning, as appropriate security measures must be applied for the management of risk for the public aerarium. For this research, a deductive approach method is used, with a comparative and systematic procedure, according to a bibliographic research technique.

Keywords: Administration. Pandemic. Government procurement. Administrative Contracts.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. DOS CONCEITOS E PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
2.1 Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais da Administração Pública	14
2.2 Dos princípios específicos da modalidade contratual licitatória	21
3. LICITAÇÃO, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS(RDC).	25
3.1 Licitação	26
3.1.1 Princípio da Exigência da Licitação	27
3.1.2 Legislação Infraconstitucional e Modalidades de Licitações	28
3.2 Dispensa e Inexigibilidade de Licitação	32
3.2.1 Licitação Dispensada e Licitação Dispensável	33
3.2.3 Inexigibilidade de Licitação	34
3.3 Contratos Administrativos	35
3.3.1 Características	36
3.4 Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)	38
4. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, CALAMIDADE PÚBLICA E A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: ANÁLISE DAS MEDIDAS LEGISLATIVAS	41
4.1 Calamidade Pública e Situação de Emergência	41
4.1.1 Estado de Exceção em âmbito Federal	43
4.2 Pandemia do Novo Coronavírus	45
4.2.1 Estado de Calamidade Pública em Razão da Pandemia	47
4.3 Análise das Principais Medidas Legislativas para o Enfrentamento da Pandemia....	48
4.3.1 Os Principais Diplomas Legais e sua Aplicação Temporal.	50
4.3.2 Licitações e Contratações Públicas	51
4.3.2.1 Quanto a Dispensa de Licitação	51
4.3.2.2 Quanto a Possibilidade de Pagamento Antecipado e a Possibilidade de Contratação por Preços Superiores ao Valor Estimado.....	53
4.3.2.3 Das Exigências de Habilitação e da Hipótese de Contratações com Empresas Impedidas/Suspensas	55
4.3.3 Extensão dos Efeitos do RDC	57
4.4 Reflexões e Consequências Para a Administração Pública	58
5. CONCLUSÃO	58
6. REFERÊNCIAS	58

1. INTRODUÇÃO

Em Dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi notificada de um surto de pneumonia na cidade chinesa de Wuhan. O patógeno, identificado como uma nova variedade do gênero coronavírus, causador da doença que ficou popularmente conhecida como COVID-19 e, com alto índice de contágio, rapidamente alastrou-se, não só pela China, mas por todo o mundo, causando altos índices de contaminação e de casos em que a doença resultou em óbitos, especialmente em pessoas consideradas do grupo de risco, como idosos e pacientes com histórico de doenças respiratórias.

O Brasil, que registrou seu primeiro caso positivo para a doença em fevereiro de 2020, testemunhou um forte crescimento da doença no país, que se alastrou por todas as regiões, afetando de forma significativa todos os estados brasileiros, trazendo sérios impactos para o sistema de saúde do país, que passou a atender uma demanda muito superior à corriqueira. A pandemia afetou também de forma significativa outros aspectos da vida cotidiana dos brasileiros, como o econômico e social.

Diante desse cenário, restou aos governos federal, estaduais, distrital e municipais, a edição de normas e a tomada de medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, bem como para garantir a prestação de outros serviços que foram afetados, o que demandou da União um esforço legislativo no sentido da flexibilização das normas relativas às contratações e licitações públicas, a fim de tornar o processo mais célere e eficiente, mesmo que de forma extraordinária.

O presente estudo busca elencar as principais medidas excepcionais trazidas pelos diplomas legais promulgados na égide da pandemia, fazendo uma análise de acordo com os princípios do direito administrativo e realizando a ponderação entre os motivos que justificam tais medidas com os riscos envolvidos à sua adoção.

2. DOS CONCEITOS E PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O estudo das contratações públicas, em caráter geral e excepcional, passa, em primeiro momento, pela noção da Administração Pública em si, das atividades por ela desempenhadas e do sistema de normas e princípios aos quais se encontram submetidas. Para tanto, em um primeiro momento, realiza-se uma análise da compreensão desses termos conforme a doutrina e a jurisprudência nacionais, a fim de viabilizar, posteriormente, o entendimento da atividade contratual desempenhada nessa área.

Evidencia-se que para Di Pietro (2017, p.119), a Administração, por si só, permeia as funções prestativas em seus dois graus de hierarquia, sendo-lhes incumbidas, portanto, as fases de planejamento, direção, comando e a execução dos projetos que delas resultam. Ou seja, administrar, no conceito da autora, é desempenhar o papel iniciativo e operador.

Ainda quanto à etimologia das palavras que compõem o termo em estudo, Filho (2019, p.86), define “Pública” como sendo a destinação coletiva das atividades desempenhadas pela administração.

Como um todo, Carvalho (2017, p.35) define que a Administração Pública, em (retirar o em) *lato sensu*, referindo-se tanto às pessoas jurídicas, quanto às pessoas físicas que estruturam e desempenham, no âmbito estatal, as atividades dos poderes constituídos.

Entretanto, o domínio da Administração na seara Pública faz jus a um estudo mais elaborado, uma vez que se trata de um denso e complexo número de atividades exercidas, das quais é preciso a compreensão da sua composição a partir das óticas objetivas e subjetivas, como posto pela doutrina da área, para que se alcance a análise plena.

Filho (2019, p.86), indica que, da percepção objetiva, a expressão diz respeito à organização e ao oferecimento de ações que satisfaçam o interesse coletivo, através dos seus órgãos compositores, seja dentro da sua própria estrutura, por meio da intervenção na área privada, ou através da restrição ao exercício das prerrogativas individuais, onde, obrigatoriamente, a sociedade atuará como beneficiária dos atos, mesmo que nas vias indiretas haja algum benefício direcionado ao próprio Estado.

Sob essa visão, Di Pietro (2017) e Carvalho (2017) apontam e explicam as funções da Administração Pública, as posicionando dentro da perspectiva objetiva.

Para Di Pietro (2017, p.121), que encontra guarida para o seu posicionamento, o aspecto objetivo da Administração Pública diz respeito à manifestação das atividades dos três poderes, sob o prisma jurídico, onde, do Poder Legislativo emanam os conceitos jurídicos primários, o Poder Judiciário é responsável pela elaboração dos comando secundários e a Administração, entendida nessa divisão como a representação do Poder Executivo, seria responsável pelos atos complementares, com seguinte afirmação de que a Administração diferiria dos demais poderes por estar apta a realização de atos unilaterais, logo, podendo agir a despeito da sua provocação.

Nesse sentido, cabe a citação da Súmula nº 346 do Supremo Tribunal Federal, dispositivo jurisprudencial que concede a Administração Pública o poder de anulação dos seus próprios atos e que confirma a linha de pensamento ora citada no que toca a autotutela da administração (STF, 2012).

Em contínua análise do posicionamento de Di Pietro (2017), a doutrinadora acresce, dentre as funções desempenhadas do ângulo objetivo, aquela correspondente à função política e explica: “[...]ela abrange atribuições que decorrem diretamente da Constituição e por esta se regulam; e dizem respeito mais à *polis*, à sociedade, à nação, do que a interesses individuais” (*ibidem*, p.122).

Em seguida, Di Pietro (2017, p.122) ainda esclarece que os atos decorrentes da função política não estão sujeitos ao controle jurisdicional, de modo que a intervenção deste poder naquele só ocorrerá quando das consequências dos seus atos resultarem transgressões aos direitos individuais e difusos.

Em oposição ao compreendido pela autora, Carvalho (2017), entende que da ótica objetiva pode haver a interpretação sinônima entre Administração Pública e função administrativa, porém, a mesma comparação não é cabível no que toca a função política.

Desse ponto, explica o autor (CARVALHO, 2017, p. 36):

Por sua vez, administração pública (em letra minúscula), embasada no critério material ou objetivo, se confunde com a função administrativa, devendo ser entendida como a atividade administrativa exercida pelo Estado, ou seja, a defesa concreta do interesse público. Nesse caso, não se confunde com a função política do Estado, haja vista o fato de que a administração tem competência executiva e poder de decisão somente na

área de suas atribuições, sem faculdade de fazer opções de natureza política.

Conclui-se, portanto, que há uma divergência doutrinária quanto à inclusão ou não da função política dentro do aspecto objetivo da atividade administrativa pública.

Todavia, os autores ora citados encontram consenso quanto às demais funções abrangidas pelo ângulo objetivo do desempenho da Administração Pública, com mudanças apenas quanto às nomenclaturas atribuídas. Para Carvalho (2017) define-se como sendo as funções reguladoras, de controle, ordenadoras e prestacionais; enquanto, para Di Pietro (2017), são atividades de fomento, polícia administrativa, serviço público e regulação, fazendo alusão ainda a parte da doutrina que inclui a função interventora. Para fins desse estudo, esmiúça-se a classificação dada por Di Pietro (2017).

Desta feita, em um primeiro momento, há a exposição de que a função reguladora seria uma parte inerente às demais atividades, uma vez que, dentro das suas competências cada poder tem uma parcela do poder de regulação, assim como, subsidiariamente, percebe-se o desempenho atípico do exercício da polícia administrativa, do fomento e da intervenção na dinâmica administrativa como um todo, não se atendo a própria função em que atuam como atividades predominantes (DI PIETRO, 2017, p.125).

No que toca à atividade de fomento, esta consiste, de acordo com o pensamento de Di Pietro (2017, p.125) como sendo a ligação existente entre a administração e a área privada que tenham algum objetivo de interesse público, com participação incentivada por meio de auxílios, financiamentos, favores fiscais e desapropriações.

Em seguida, a autora define o serviço público como toda ação estatal, prestada majoritariamente na égide do direito público, em caráter exclusivo ou não, a fim de garantir a essência das necessidades coletivas (DI PIETRO, 2017, p. 127).

Por fim, a doutrinadora explica que a intervenção busca adequar a iniciativa econômica privada ao que se encontra disposto na lei e explica que há quem entenda que o caráter interventivo também é aplicado ao Estado enquanto integrante do domínio econômico. Entretanto, não há, para ela, pertinência na segunda linha de pensamento, dado o fato de que o Estado quando atua no âmbito

econômico exerce monopólio com vistas à efetivação do artigo 177 da Constituição Federal (DI PIETRO, 2017, p. 126).

O último pensamento exposto é reforçado pelo posicionamento de Carvalho (2017) que ao tratar do *múnus público*, assevera que ao Estado não é destinada liberdade de escolha, pois está subordinado aos termos positivados e deverá, a partir disso e do desempenho das suas funções, buscar exclusivamente a satisfação do coletivo. Desta feita, não há que se falar do Estado enquanto agente do domínio econômico, visto que o mesmo não figura na área com a intenção de obter lucro, mas tão somente para garantir o disposto na lei constitucional.

Feita a explanação objetiva, caminha-se para o aspecto subjetivo da Administração Pública, definido em linhas sucintas como sendo o corpo que compõe a administração, formado por seus órgãos e agentes, a despeito do poder que integram e com evidência para a função que desempenham, assim entendem Filho (2019, p.87) e Carvalho (2017, p.34).

A desnecessidade de atentar para a separação dos poderes no que toca ao estudo subjetivo das funções estatais reside, dentre outras motivações, na inexistência da separação absoluta desses (DI PIETRO, 2017, p.122).

O respaldo do argumento anterior é percebido no texto do artigo 2º da Constituição Federal, de modo que este define os poderes como independentes, porém harmônicos entre si (BRASIL, 1988), não cabendo desse dispositivo interpretação literal ou sentido implícito que demonstra uma separação total entre os poderes constituídos.

Nesse recorte, Di Pietro (2017) aborda, mais uma vez, o exercício da função política dentro da Administração Pública e, agora ao definir a atuação estatal sob a ótica dos seus sujeitos, destina essa atividade, em linhas majoritárias, ao exercício do Poder Executivo e a ainda distingue, quanto ao seu aspecto subjetivo que este se refere também ao sentido estrito da mesma expressão “Administração Pública”, não devendo ser confundida com o conceito mais antigo e amplo de governo, atribuído especificamente a atividade estatal como um todo.

Conquanto ao disposto nas teorias apresentadas pelos doutrinadores, ao trazerem os entes e funções da Administração Pública sob a ótica dos seus sentidos objetivos e subjetivos, em que pese as suas divisões, cabe ainda a classificação enquanto atividade formada por pessoas jurídicas que atuam diretamente e indiretamente na administração.

A administração pública direta é formada, primordialmente, pelos entes federativos, nas pessoas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e estes, para atenderem as necessidades coletivas, atuam em um sistema de desconcentração e especialização interna dos seus órgãos componentes (OLIVEIRA, 2020, p.157).

Por outro lado, a administração indireta fica por conta das entidades dispostas no artigo 4º do Decreto Lei nº 200 de 1967, sendo elas: as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas (BRASIL, 1967). Essas entidades pertencem ao sistema de descentralização da atividade estatal e estão ligadas ao poder executivo do ente em que se encontrem (OLIVEIRA, 2020, p. 157).

Outrossim, Oliveira (2020, p. 157) afirma que a enumeração das entidades que compõem a administração indireta não é por si só completa, visto que, a descentralização engloba todas as entidades que de alguma forma prestem serviços públicos, a exemplo das concessionárias e permissionárias.

As presentes explanações de cunho doutrinário e legal, que tornam cristalinas as funções da administração quanto ao seu caráter objetivo e subjetivo, além da posterior divisão administrativa entre os órgãos e entidades componentes da atividade descentralizada e desconcentrada, são suficientes para abrir os caminhos da posterior compreensão do tecido principiológico que norteia toda a Administração Pública.

2.1 Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais da Administração Pública

A estrutura e a atividade estatal são reguladas, primordialmente, pela Constituição Federal, formada não apenas por um conjunto de normas, como também por uma base principiológica a qual todos os sujeitos que se encontrem submetidos devem respeito. A esse conjunto de normas e princípios formadores da base legal administrativa dá-se o nome de regime jurídico administrativo.

Desse ponto de vista, ao classificar a Constituição vigente, Martins (2019, p.274), afirma que esta pertence ao sistema principiológico de estruturação e compreende esses preceitos como pontos centrais do texto constitucional,

posicionando inclusive a parte normativa que toca os direitos fundamentais como sendo a manifestação dos princípios em seu sentido mais abrangente.

No mesmo sentido, Mazza (2019, p.51) diz que;

“os princípios administrativos também são normas dotadas de força cogente capaz de disciplinar o comportamento da Administração Pública” e disciplina também que a pertinência principiológica nessa área se justifica ainda na ausência de código específico que verse acerca do direito administrativo (*ibidem*, p.106).

Da perspectiva administrativa, o caput do artigo 37 da Magna Carta preconiza os princípios norteadores da Administração Pública, sendo seu texto o seguinte: “A administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1988).

Esses princípios expressos, aliados aos demais que se encontram implícitos na legislação, possuem dupla funcionalidade, sendo a primeira delas interpretativa, que auxilia na compreensão de normas a sua luz e a segunda de suprimimento de lacunas existentes no sistema jurídico (MAZZA, 2019, p. 107).

Sobre esse posicionamento, verifica-se a aplicação do disposto no artigo 4º das Leis de Introdução ao Direito Brasileiro, que define: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

Ressalvando-se que, além da divisão entre princípios expressos e implícitos, é válida também a classificação quanto ao seu caráter, sendo eles definidos como, fundamentais quando são postos para nortear a sistematização de todo o ordenamento estatal, a exemplo da separação dos princípios que coordenam a separação dos poderes já comentada. Há ainda a divisão quanto a sua generalidade, que ao acompanhar a lógica dos últimos, irradiam sobre todo o ordenamento, devendo ser aplicados a todos e em todas as situações, como, o princípio da legalidade; e por fim os princípios setoriais contidos no já citado artigo 37 da Constituição Federal (OLIVEIRA, 2020);

Mello (2015, p. 99), aborda ainda a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o qual não está disposto no rol de princípios constitucionais da Administração Pública e também não costuma figurar entre os princípios implícitos, uma vez que este decorre do próprio Estado de direito,

inclusive, a sua existência é condicionante da efetiva verificação da forma estatal baseada em prerrogativas.

O princípio, ora citado, serve de baliza na tomada de decisões administrativas e reflete em todo corpo normativo e principiológico fundador do sistema público, entretanto, não pode embasar atos que vão de encontro a lei superior, pois atua como limitador e norteador, nunca como endossador de condutas ilegais.

A situação é melhor esclarecida através da doutrina de Mello (2015, p.100):

O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a extensão e compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consoantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a Constituição ou as leis. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por este ângulo é que pode ser considerado e invocado.

Desse modo, mesmo que o princípio figure como fator determinante para a formação do Estado de Direito, pelo próprio Estado em sua jurisdição encontra limitação.

Esse preceito, conforme a divisão dada por Filho (2019), posiciona-se no rol dos princípios reconhecidos, que dizem respeito aqueles que apesar de não estarem presentes no corpo do artigo 37 da Constituição Federal, também limitam atividade administrativa. Nessa mesma classe o autor também inclui os princípios da autotutela, da indisponibilidade, da continuidade dos serviços públicos, da segurança jurídica, da precaução, da razoabilidade e da proporcionalidade (*ibidem*, 2019).

Com vistas ao entendimento anterior, observa-se que alguns desses princípios estão consagrados no artigo 2º da lei nº 9.784 de 1999, que ao regular o processo administrativo no âmbito federal disciplina que: “A administração obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (BRASIL, 1999).

No que toca à ampla defesa e ao contraditório, a sua imposição deve observar ainda o disposto no artigo 5º, incisos LIV e LV da lei constitucional, que

regula especificamente esses institutos no âmbito processual, seja ele administrativo ou judicial.

Para Mazza (2019, p.114), o devido processo legal se subdivide quanto a sua cognição formal e material, onde a primeira diz respeito ao perfeito cumprimento procedimental posto na lei e o segundo a entrega da prestação justa ao final ritualístico.

Quanto à expressão da ampla defesa na seara administrativa, há o posicionamento vinculante do Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 5 de que a presença de um advogado no trâmite do processo administrativo é facultativa, de modo que a sua ausência não gera ofensa à Constituição (STF, 2008).

Nesse ínterim, seguindo a classificação do autor quanto aos princípios reconhecidos, tem-se a autotutela, um poder-dever do Estado diante das suas próprias ações, onde lhes são concedidos meios para controlar os vícios que por ventura se formem junto aos atos administrativos (FILHO, 2019, p. 114). Essa obrigação se concretiza por meio controle interno, em que, sem a necessidade de provocação, a administração avalia a pertinência e a legalidade dos seus atos, além de haver a possibilidade de terceiros impulsionarem os órgãos responsáveis para que o façam (*ibidem*, p.114).

Decorre desse princípio, por exemplo, a edição da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal que reforça a ideia posta ao informar que:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (STF, 2012).

A parte final do dispositivo emitido pelo órgão julgador dá vazão a limitação principiológica também apontada por Filho (2019, p.114) que expõe a limitação da autotutela frente a segurança jurídica e ao direito adquirido e ainda reverbera o posicionamento de que o alto índice revisional dos atos administrativos pode trazer mais malefícios do que a sua consagração fática.

Seguindo a classificação posta, quanto ao princípio da indisponibilidade, este, toca especificamente os bens da Administração Pública, com o propósito de protegê-los da vontade dos agentes que os utilizam, desta feita, atos de alienação

que recaiam sobre esses bens necessariamente devem decorrer de lei (FILHO, 2019, p.115).

Ao tratar sobre o princípio da continuidade dos serviços públicos, Filho (2019, p.116) aponta que este recai não apenas sobre as prestações levadas a sociedade, como também a própria administração pública na sequência de suas ações, ressalvados, no que diz respeito aos serviços, as previsões legais quanto aos reparos técnicos e a inadimplência.

Em seguida, aborda-se o princípio da segurança jurídica, que para Oliveira (2020, p.123) deve ser estudado em paralelo aos princípios da confiança legítima e da boa-fé, uma vez que o instituto da segurança jurídica, em sua abrangência, engloba os dois demais. Desta feita, o primeiro garante a concretude das decisões administrativas e jurisdicionais, o segundo protege o particular das arbitrariedades administrativas e o terceiro cobre do pressuposto de proibição a ação particular perante a administração.

Filho (2019, p.120) ainda trata, no que tange ao reconhecimento de alguns preceitos, aquele que diz respeito a precaução nas ações administrativas e explica que essa máxima deve ser evidenciada apesar de está em processo de assentamento na normativa brasileira, pois é percebida como fundamento de diversas ações da administração e é válida por direcionar as atividades no caminho da prevenção de lesões a direitos.

Por fim, o autor traz à luz a razoabilidade e a proporcionalidade, ambos incidem na esfera administrativa para evitar o abuso do poder, sendo a primeira aplicada para garantir a aceitabilidade social e a legalidade dos atos praticados pela atividade administrativa (FILHO, 2019, p.122) e a segunda, atua como limitador do uso do poder em si, em um sistema de balanceamento entre as vantagens e desvantagens resultantes das ações (*ibidem*, p.123).

Não obstante as figuras implícitas e infraconstitucionais comentadas, digna-se a análise dos princípios constitucionais ou setoriais, dispostos no artigo 37 da Constituição, como já mencionado, que são basilares da Administração Pública como um todo e também dos demais preceitos abordados até aqui.

Seguindo a ordem do dispositivo, em primeiro momento, trata-se do princípio da legalidade. Extrai-se desse norteador a imperiosidade da submissão do Estado a lei como premissa garantidora da entrega do interesse coletivo, tão importante para o bom desempenho da Administração e para a consagração do

Estado de direito que repete-se ao longo do texto constitucional, estando presente tanto no artigo 5º, inciso II, quanto no caput do artigo em estudo, como ainda no artigo 84, inciso II (MELLO, 2015, p.104-105).

Sob estudo do mesmo princípio, Oliveira (2020, p.103), explica que a legalidade pode ser vista sob duas óticas, uma de supremacia da lei, em que o entendimento legislativo deve ser o preponderante em todos os atos e outra de reserva da lei, que entrega a norma posta a competência de regular certos assuntos, não podendo haver delegação a outro instrumento.

Nesse diapasão, Mello (2015, p. 135) ainda leciona sobre a sustação dos efeitos do princípio da legalidade em situações graves, onde seja imperiosa a resposta rápida do Estado, que desta feita, atuaria através das medidas provisórias e dada a excepcionalidade em que deve ser utilizado o instrumento e a precariedade do mesmo, não geraria ofensa aos preceitos primários constitucionais.

Após este, sucede o princípio da impessoalidade que para Mello (2015, p. 117) nada mais é que a manifestação da isonomia no âmbito administrativo, a esse pensamento, Filho (2019, p. 97) acresce que a real impessoalidade também passa pela busca do interesse público e abstenção da promoção pessoal.

A tradução dos pensamentos quanto ao preceito residem, por exemplo, no texto do incisos II e do parágrafo primeiro do próprio artigo 37, onde o primeiro vai definir a necessidade de concurso para o ingresso nas carreiras públicas, que diz respeito à impessoalidade da administração perante os seus administrados; e o segundo traz uma vedação à promoção pessoal do administrador quando da publicização dos feitos administrativos, deste ponto, limitando a própria administração nas pessoas que a compõem.

Ainda no que concerne a impessoalidade na administração, o STF reforçou a imprescindibilidade da sua observação ao editar a Súmula Vinculante nº 13, esta que preconiza:

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 comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e 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 (STF, 2008).

Essa vedação também diz respeito ao posterior princípio da moralidade, uma vez que este, dentre as suas funções, busca coibir a corrupção, ao definir que além de seguir os ditames da lei, o administrador evite atos imorais, desonestos (FILHO, 2019, p.98).

Para garantir a perspectiva do administrado quanto a observação das falhas administrativas, há o princípio da publicidade dos atos, que garante a transparência pública e depende diretamente da efetivação do direito à informação, nesse sentido, garantido através da Lei de acesso a informação, da Lei geral de proteção de dados, bem como da existência do *habeas data* (OLIVEIRA, 2020, p.107-108).

Ressalva-se entretanto que, assim como os demais, o princípio da publicidade não é absoluto e encontra limitação no artigo 23 da Lei de Acesso a Informação, que explica a necessidade de sigilo quando do conhecimento geral da informação puder resultar, dentre outros, “risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional” (BRASIL, 2011).

Por fim, elucida-se a respeito do princípio da eficiência que, para Filho (2019, p.108) concerne na prestação feita com vistas além da economia e produtividade, ao buscar a diminuição da morosidade e o alcance da finalidade do serviço.

A Constituição oferece instrumentos que tem por função justamente medir e garantir a eficiência do serviço público, como é o caso do artigo 41 que condiciona a estabilidade do servidor ao cumprimento do estágio probatório, *in verbis*: “São estáveis após três anos de efetivo exercício, os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público” (BRASIL, 1988).

Afora os preceitos até aqui elencados, Mazza (2019, p.113), ao analisar os princípios administrativos contidos na Constituição Federal ainda inclui o princípio da participação, conforme posicionamento, previsto no artigo 37, parágrafo 3º, o qual possui o propósito de fazer o usuário do serviço público também atuar como parte desse, ao formular reclamações, conhecer dos registros da administração e realizar denúncia quanto às omissões percebidas.

Com este, encerra-se a elucidação acerca do corpo de princípios que direciona a atividade administrativa em linhas gerais nos campos constitucional e infraconstitucional.

A partir deste estudo resta comprovado que apesar da ausência de codificação direcionada a positivação do direito administrativo e a regulação da

Administração Pública, esse ramo encontra os contornos e limitações jurídicas à sua atuação, por mais complexa que essa seja, dentro do ordenamento jurídico vigente. Primordialmente, por se constatar que existem preceitos garantidores e limitadores tanto no que toca a administração, como também ao administrado, o que facilita na colocação da atividade pública posta para o interesse coletivo e protege ainda os cidadãos entre si.

2.2 Dos princípios específicos da modalidade contratual licitatória

Assim como há princípios gerais que devem ser aplicados em todos os âmbitos da Administração Pública, cada instituto recebe ainda uma destinação principiológica específica com base nas necessidades que decorram da sua aplicação.

Desse ponto de vista, tem-se que a licitação é regida pelo conjunto de normas e princípios contidos na Lei nº 8.666 de 1993.

Dessarte a aferição feita, em primeiro momento cabe uma breve conceituação da Licitação em si, para tanto, toma-se a definição dada por Filho (2019, p.378):

[...]podemos conceituar a licitação como o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Esse procedimento, de acordo com a lei, em seu artigo 2º, deve ser observado, em regra, na contratação de obras e serviços, concessões, permissões, locações da Administração Pública e efetivadas através das modalidades dispostas no artigo 22, quais sejam, concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão (BRASIL, 1993).

Realizada a conceituação lato sensu do instituto licitatório, que será mais abordado quanto às suas modalidades e aplicabilidades no capítulo seguinte, aborda-se, a partir do estudo doutrinário, a extração dos princípios contidos na lei, bem como o momento em que se percebe a sua aplicação.

De forma primaz, Filho (2019, p.386) reforça que o instituto das licitações é regido pelos princípios constitucionais estudados anteriormente, dando ênfase aos preceitos da legalidade, da publicidade, da moralidade e da impessoalidade.

Não obstante a esses, o artigo 3º da Lei nº 8.666 de 1993 traz em seu corpo o rol específico aqui aplicado que engloba os seguintes princípios, conforme a classificação de Oliveira (2020): Da competitividade, da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório, do procedimento formal e do julgamento objetivo.

Além desses, Filho (2019), elenca entre os princípios que ele chama de correlatos, aqueles referentes à inalterabilidade do edital, ao sigilo das propostas, a vedação à oferta de vantagens e a obrigatoriedade.

Diz respeito ao princípio da competitividade, a viabilização dentro do instrumento convocatório da disputa entre licitantes, de modo a abrir espaço para que se encontre a proposta mais vantajosa para a Administração pública, por isso, é proibida a inserção de dispositivos que impeçam esse caráter inerente do processo licitatório (OLIVEIRA, 2020, p. 594).

A guarida desse preceito, reside na interpretação do texto do inciso I, do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei de licitações, sendo seu texto:

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 do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato[...] (BRASIL, 1993)

O texto do artigo busca neutralizar, através de todas as ações citadas, quaisquer atos que possam dificultar ou inviabilizar um dos objetivos do instrumento licitatório que é conhecer de todas as propostas, a fim de se chegar a que mais se encaixe a necessidade da administração.

Além do provimento dessa competitividade, há de se respeitar a isonomia entre os participantes, princípio também previsto no dispositivo anteriormente citado ao vedar especificamente a imposição de preferências e distinções (BRASIL, 1993).

Entretanto, o preceito em comento é cabível de algumas exceções, essas, elencadas por Oliveira (2020, p. 594-595), quais sejam: até 25% de preferência destinada a produtos brasileiros manufaturados, produzidos por empresas que atendem as ações afirmativas de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como reabilitados da previdência e que oferecem a acessibilidade

prevista em legislação, além dessas, acresce-se preferência também na seguinte ordem, a produção nacional, as pessoas jurídicas que busquem o desenvolvimento do Brasil.

Todas as especificidades dadas pelos princípios até aqui tratados, devem estar explícitas no instrumento convocatório, uma vez que também há a incidência do princípio da vinculação a este instrumento que, conforme o entendimento de Oliveira (2020, p.595) favorece a efetivação do princípio constitucional da legalidade entre licitante e órgão ou entidade licitadora.

Para Filho (2019, p.389) a aplicação desse preceito ainda evita que se burle a moralidade, a probidade e a impessoalidade que devem estar presentes na atividade administrativa.

Desdobra-se desse basilar, o princípio do procedimento formal, chamada por Filho (2019, p.392) de “princípio do formalismo procedimental”, este foi posto por haver a compreensão de que a aplicação da isonomia passa pela garantia de um instrumento palpável e rígido que assegure a relação.

Ainda nesse sentido, Oliveira (2020, p.596) explica que a formalidade aqui descrita exige excessos e que inclusive há uma tendência à flexibilização legal da burocratização licitatória.

Por fim da classificação dada por Oliveira (2020), há o princípio do julgamento objetivo, este, pautado no artigo 45 da Lei nº 8.666 de 1993 que estabelece como critérios para a escolha da proposta submetida a licitação a aferição do menor preço, da melhor técnica, da técnica e do preço e ainda do maior lance ou oferta (BRASIL, 1993).

Filho (2019, p.389) afirma que a intenção do legislador ao assim definir os critérios licitatórios foi de coibir, em qualquer que fosse a fase da licitação, que houvesse brecha para a imposição de juízo de valor quanto aos licitantes.

Ao partir para a análise dos princípios que excedem a essa classificação, aborda-se, de plano o princípio da inalterabilidade do edital que possui liame com o princípio constitucional da publicidade; o princípio do sigilo das propostas que está ligado a probidade e a isonomia da disputa; o princípio da vedação à oferta de vantagens que é um desdobramento do princípio específico do julgamento objetivo; e ainda o princípio da obrigatoriedade de licitação, definido no próprio texto constitucional através do artigo 37, inciso XXI (FILHO, 2020, p. 392).

Conforme o entendimento de Mello (2015, p. 546) o oferecimento de um corpo principiológico específico a cada área, e nessa esteira inclui-se os princípios inerentes à licitação, tem a finalidade de criar meios ainda mais contundentes de defesa ao interesse coletivo.

Desta feita, ao averiguar o conteúdo dos preceitos destinados a licitação e observando-os à luz dos princípios constitucionais expressos e implícitos, é possível concluir que a unção dos dois atua no fechamento das lacunas que existem na lei e promovem um procedimento mais eficaz para que se atinja a finalidade imprimida no instituto, qual seja, a entrega da prestação de serviços públicos e a continuidade da própria administração.

3. LICITAÇÃO, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS(RDC).

Para chegar ao debate das medidas excepcionais tomadas pela Administração Pública para o combate ao Estado de Calamidade Pública causado pela pandemia do novo Coronavírus, é de importância primaz o estudo de determinados conceitos necessários ao Direito Administrativo, tais como a compreensão do processo de licitação e suas atuais modalidades previstas em lei, bem como as até então hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação e, a atual disciplina, conceitos e características dos contratos administrativos firmados pela Administração Pública, para assim, discutirmos com mais propriedades o tema proposto ao longo deste trabalho.

Conforme compreende-se o Estado como a estrutura política organizada de um País soberano, sendo, portanto, o conjunto de instituições que administram uma nação, e, para tal, possui as funções de legislação, jurisdição e administração, das quais o Estado se vale para o cumprimento de seu poder-dever, e satisfazer o interesse público.

Para Silva (2013, p. 120)

[...]o Estado demanda organização político-jurídica e tem, como elemento essencial à sua existência, o primado da função em que, lato sensu, governo é serviço público. Em todas as suas dimensões, assim se localiza, alcançando as esferas dos Poderes, com especial ênfase à Administração Pública e, a partir de seu exercício, pelo Poder Executivo, como atividade-fim do Estado [...]

O Estado Brasileiro, dividido nas esferas Federal, Estadual e Municipal, e composto pelos entes da administração Direta e Indireta, dotado da capacidade de se autoadministrar e tendo como um de seus princípios fundamentais a satisfação do interesse público, conforme mencionado no capítulo anterior, deve, portanto, buscar suprir as necessidades da população e manter o funcionamento da máquina pública nos mais variados aspectos, como saúde, educação, segurança pública, infraestrutura entre outros, sendo por vezes, necessário a contratação de particulares para prestação de determinado serviço ou aquisição de determinado bem.

Para a realização dessas contratações, além da formação de um negócio jurídico denominado contrato administrativo, faz-se necessário a realização do procedimento administrativo da licitação, que conforme já estudados seus princípios, será melhor abordado a seguir.

É necessário compreendermos ainda neste capítulo, a respeito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que embora tenha uma origem completamente sem relação com a pandemia e, não nos interessando adentrar em seu procedimento em si, mas apenas em seu conceito, surgimento, finalidade e inovações que trouxe para o âmbito das licitações e contratações públicas, é de relevância para a temática e, mostrou-se de grande valia para a Administração Pública em determinadas situações de excepcionalidade.

3.1 Licitação

A Licitação trata-se de um procedimento administrativo, que visa possibilitar à Administração Pública a contratação da proposta mais vantajosa para a satisfação do seu objeto de demanda. Partindo do que já foi tratado no capítulo anterior que versava sobre os princípios gerais da administração pública e os princípios relativos às licitações, e já tendo apresentado um breve conceito, seguiu-se-á agora para um breve estudo desse instituto jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003) nos traz a seguinte definição:

Licitação - em suma síntese - é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas

Pode-se extrair dessa definição dois aspectos muito importantes. O primeiro é o entendimento da licitação como um procedimento administrativo, que implica na existência de um processo formal e de uma série de atos administrativos que irão além de normatizar o processo, vincular a administração e os participantes

O segundo aspecto é o da proposta mais vantajosa, sendo essa também uma das finalidades da licitação, que pode se refletir tanto no preço quanto na qualidade do produto ou serviço, conforme (HIGA, 2018, p. 144):

Como regra geral, para selecionar a proposta mais vantajosa, tem-se buscado o menor preço como critério de julgamento. No entanto, em certos casos o preço poderá deixar de representar o fator preponderante, havendo necessidade de se analisar também a “técnica” do que será adquirido

Portanto, ao buscar a proposta mais vantajosa, a Administração Pública também busca garantir o tratamento igualitário entre os licitantes, que deve permitir o acesso ao maior número possível de interessados em contratar com o poder público e realmente proporcionar que a Administração que tal proposta seja de fato a mais vantajosa.

3.1.1 Princípio da Exigência da Licitação

A Constituição Federal de 1988 determinou a obrigação de licitação prévia para todas as aquisições de produtos e serviços por parte da Administração Pública, em todas as esferas federativas e abrangendo tanto Administração Direta e Indireta. Ou seja, via de regra, nenhum produto pode ser comprado ou serviço pode ser contratado sem que haja o procedimento licitatório anterior a tal contratação ou aquisição, que estabeleça as regras e limites previstos em lei, respeitando-se os princípios constitucionais relativos à Administração, conforme texto constitucional, em seu Artigo 37:

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

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Ressalta-se ainda o texto do Artigo 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

[...]

Art. 2o As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Previsto constitucionalmente, encontra-se então o princípio constitucional da exigência de licitação, que por sua vez, está ligado ao princípio da Isonomia, conforme a Lei nº 8.666/93:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

E, portanto, mesmo que existam casos em que a lei autoriza a contratação direta sem licitação, conforme texto do inciso XXI do Art 37, que analisa-se mais adiante, tal possibilidade é exceção, e obedece critérios específicos previstos em lei, que serão abordados ao longo do desenvolvimento deste trabalho.

3.1.2 Legislação Infraconstitucional e Modalidades de Licitações

A necessidade do processo de licitação remonta ao princípio da Supremacia do Interesse Público, e reflete a necessidade da satisfação de uma determinada demanda. A Constituição no entanto limitou-se a positivar o princípio da exigência de licitação, mas não estabeleceu as regras e formas que tais procedimentos deveriam ser seguidos, cabendo assim tal responsabilidade à legislação infraconstitucional, sendo da União, conforme Art. 22, Inciso XXVII da Carta Magna, a competência de legislar sobre normas gerais a respeito da matéria.

Tais lacunas foram elucidadas através Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993, que surge em substituição ao Decreto-Lei nº 2.300/86, de modo a ser a legislação ordenadora para reger o procedimento das diferentes modalidades de licitação, bem como dos Contratos Administrativos, e posteriormente, a nº Lei 10.520 de 17 de

Junho de 2002 que instituiu a modalidade do pregão. Logo, tendo como base os referidos diplomas legais, emergem as modalidades de licitação, encarregadas da normatização e do tipo de procedimento que regerá a licitação.

Atualmente, existem sete modalidades licitatórias, dessas, cinco são normatizadas pela Lei nº 8.666/93, são elas: concorrência; tomada de preços; convite; concurso; e leilão. As Leis nº 9.472/97 e nº 10.520/2002 por sua vez, normatizam as modalidades consulta e pregão respectivamente. A modalidade consulta, é uma licitação exclusiva para os procedimentos da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, portanto, não será analisada de forma profícua no presente estudo..

Para melhor elucidar as modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, faz-se necessário trazer os conceitos legais nela expressos em seu Art. 22:

§ 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.

As modalidades concorrência, tomada de preços e convite, diferenciam-se basicamente pelo valor do objeto, conforme mencionado por Alexandre Mazza (2019):

Assim, para obras e serviços de engenharia, as faixas de preço são as seguintes: a) convite: até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); b) tomada de preços: até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Para contratação dos demais objetos, são utilizadas as seguintes faixas: a) convite: até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); b) tomada de preços:

até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); c) concorrência: acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Sobre a modalidade concurso, é importante não confundi-la com o processo seletivo para efetivação para o preenchimento de vagas em cargos públicos, visto que tal procedimento não possui natureza licitatória. E por fim, o leilão, em resumo, é a modalidade adequada para a alienação de bens.

Sobre o pregão, ressalta-se primariamente o seu conceito legal, conforme Art. 1º da Lei nº 10.520/02:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

O pregão, conforme Alberto Higa(2018):

[...] o pregão é a modalidade de licitação destinada à aquisição de bens (obrigação de dar) e serviços (obrigação de fazer) comuns, que podem ser considerados como aqueles cujos padrões desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

A doutrina (Mazza, 2019, p. 315) elenca ainda as diferenças em relação ao pregão;

Como a utilização da concorrência leva em consideração basicamente o valor do objeto e, no pregão, importa sobretudo a natureza daquilo que será contratado, é comum comparar as duas modalidades afirmando: na concorrência, interessa a quantidade do objeto, independentemente da qualidade; enquanto, no pregão, importa a qualidade, independentemente da quantidade.

A utilização do pregão é facultativa, cabendo à Administração optar por empregar a modalidade licitatória devida em razão do valor do objeto. O art. 4º do Decreto n. 5.450/2005 dispõe da obrigatoriedade do uso do pregão em âmbito federal, dando preferência a modalidade eletrônica.

Conhecidas as modalidades licitatórias atualmente previstas na legislação brasileira, faz-se importante ainda ressaltar uma crítica moderna e bem recorrente sobre a eficiência da Lei nº 8.666/1993 e a necessidade de desburocratização da licitação nos moldes nela previstos, conforme destaca Hack(2019, p.10) a respeito de tais críticas;

Uma das principais é a de que a licitação regida pela Lei n.8.666/1993 é excessivamente burocratizada e morosa, de maneira que retira eficiência do Estado. Além disso, tal morosidade faria com que o Estado pagasse mais por bens e serviços do que os setores privados, já que os contratantes imporiam sobrepreço justamente pela demora no processo de contratação, de execução e de pagamento dos contratos celebrados.

A justificativa para tal burocratização no processo de licitação seria justamente o respeito aos princípios da Administração Pública, enraizados principalmente nos princípios da publicidade e impessoalidade, e ainda com o princípio da legalidade e, objetivando reduzir os riscos de corrupção e desvio de finalidade. Porém, tais justificativas ainda encontram contestação na realidade fática brasileira, conforme (Hack, 2019, p.11)

Todavia, os críticos novamente apontam que esse excesso de burocracia não impediu inúmeros escândalos relacionados com fraudes em processos licitatórios, de maneira que o processo seria ineficiente e não teria justificativa na preservação dos bens públicos.

Logo, as atuais regras e modalidades de licitação brasileiras são constantemente alvo dessas críticas que questionam sua eficácia diante do excesso de aparelhamento burocrático estatal, que acabaram influenciando em recentes movimentos de atualização da legislação em relação a essa matéria. Tal atualização, leva em consideração que desde o momento para o qual a Lei nº 8.666/1993 foi promulgada, muita coisa já mudou no plano político, econômico e sociológico nacional, trazendo o advento de novas tecnologias, a ascensão de determinados segmentos da nossa economia, e a mudança na própria necessidade pública, que teve de ajustar e criar novos mecanismos legais para suprir tais demandas.

É de inegável a importância para a matérias das contratações públicas, o papel fundamental dos grandes eventos esportivos mundiais sediados no Brasil nos

últimos anos, as Copas do Mundo FIFA de 2014 e das Confederações em 2013, que fomentaram várias obras de infra-estrutura, estradas, aeroportos e estádios por várias capitais brasileiras, e os Jogos Olímpicos de Verão de 2016, e na sequência os Jogos Paraolímpicos do mesmo, sediados no Rio de Janeiro - RJ, que também demandam grande esforço público e privado para a construção da estrutura necessária ao evento, além de claro, os serviços necessários como segurança pública, saúde dentre outros que tornaram-se mais demandados ao longo dos dois eventos.

Tais eventos e mudanças, devido sua complexibilidade e a exigência do cumprimento de prazos cada vez mais apertados, estimularam a criação de várias medidas legislativas, a princípio direcionadas especificamente para os citados eventos, com o objetivo de facilitar a execução dessas obras e serviços. Por exemplo a criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, conhecido como RDC, que será melhor estudado ao decorrer deste trabalho.

Faz-se salutar o destaque que encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 559/2013, ou PL nº 6.814/2017 na Câmara dos Deputados, que visa unificar a legislação já existente a respeito das licitações e contratações públicas, substituindo a Lei 8.666/1993 e outras leis que tratam a matéria, por novos procedimentos que melhor atendam as demandas da Administração Pública de forma menos burocratizada. Contudo, tal Projeto de Lei, por ainda se encontrar em fase de apreciação pelas casas do Poder Legislativo Federal, não possui efeitos normativos, e portanto, não será avaliada de forma detalhada, mas apenas ressalta-se o fato de que sua simples existência enfatiza a importância e a atualidade da necessidade de atualização da nossa legislação quanto ao mérito aqui proposto.

3.2 Dispensa e Inexigibilidade de Licitação

Dispensa e Inexigibilidade de licitação são as hipóteses que constituem a exceção ao princípio constitucional da exigência de licitação, que embora tal licitação, via de regra seja obrigatória, comporta tais exceções em casos específicos e com devida previsão e autorização legal. Conforme Higa (2018, p.198):

[...] como em toda regra há exceções, e não seria diferente com a Lei de Licitações, esse diploma legal dispõe algumas hipóteses nas quais a obrigatoriedade de realizar licitação será afastada. Doutrinariamente, podemos classificar essas hipóteses em três figuras distintas: a licitação dispensada, a licitação dispensável e a inexigibilidade de licitação.

Adota-se, portanto, essa divisão doutrinária; licitação dispensada, licitação dispensável e inexigibilidade de licitação, para melhor destringir as particularidades de cada hipótese e compreendermos a disciplina legal de cada uma delas, destacando as seguintes diferenças;

[...] na licitação dispensada, não existe a faculdade para se realizar a licitação, enquanto que na licitação dispensável, essa alternativa é possível, cabendo ao administrador fazer a análise do caso concreto, inclusive com relação aos custos desse procedimento e a bem do interesse público. Já a inexigibilidade de licitação se refere aos casos em que o administrador não tem a faculdade para licitar, em virtude de não haver competição ao objeto a ser contratado. (HIGA, 2018, p. 198)

Compreendendo as diferenças entre licitação dispensada, licitação dispensável e inexigibilidade de licitação, adentra-se a seguir aos conceitos e previsões legais.

3.2.1 Licitação Dispensada e Licitação Dispensável

A doutrina brasileira corriqueiramente divide o tema da dispensa de licitação em Licitação Dispensada e Licitação Dispensável. O Art. 17 da Lei nº 8.666/1993 traz um rol de hipóteses nas quais a licitação é dispensada e, em todos os casos, encontram-se situações em que há uma impossibilidade de obter um procedimento competitivo, segundo Filho (2019);

A licitação dispensada, a seu turno, estampa as hipóteses em que o próprio Estatuto ordena que não se realize o procedimento licitatório; tais hipóteses estão previstas no art. 17, I e II, do Estatuto, e referem-se a alguns casos específicos de alienação de bens públicos

Por sua vez, a licitação dispensável, indica as hipóteses onde a licitação, embora seja juridicamente viável, o administrador encontra autorização na lei para dispensá-la. Conforme Filho(2019, p.394)

A ressalva à obrigatoriedade, diga-se de passagem, já é admitida na própria Constituição, a teor do que estabelece o art. 37, XXI. Regulamentando o dispositivo, coube ao legislador a incumbência de delinear tais hipóteses específicas, o que fez no art. 24 do Estatuto. A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório.

Ainda de acordo com Filho (2019), é preciso analisar a questão de acordo com dois aspectos, a excepcionalidade e a taxatividade das hipóteses. Quando trata-se de excepcionalidades, enquadram-se as hipóteses do Art. 24 da Lei 8.666/1993, enquadrando-se em situações que são exceções legais ao princípio da exigência de licitação. O segundo aspecto, a Taxatividade das Hipóteses, implica justamente no rol taxativo da lei, que não abre a hipótese de ampliação por parte do administrador.

Conforme leciona Alexandre Mazza (2019, p. 332-333) sobre os critérios que tornam dispensável a licitação:

Previstos taxativamente no art. 24 da Lei n. 8.666/93, os casos de dispensa envolvem situações em que a competição é possível, mas sua realização pode não ser para a Administração conveniente e oportuna, à luz do interesse público. Assim, nos casos de dispensa, a efetivação da contratação direta é uma decisão discricionária da Administração Pública. Exemplo: contratação de objetos de pequeno valor.

É importante destacar os incisos III e IV do Art. 24, onde a Lei nº 8.666/1993 já traz em sua redação algumas hipóteses que abrangem as situações de exceção que serão alvo principal dessa discussão no decorrer deste trabalho:

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

III – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública a, 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

É importante fixar, que os valores referidos no supracitado diploma legal, “para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior” que versa “a) convite - até R\$ 150.000,00”, logo, até o valor de R\$ 15.000,00.

Na redação seguinte, "para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II", que é de; “a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)”.

3.2.3 Inexigibilidade de Licitação

Segundo Filho(2019), além dos supracitados casos de licitação dispensada e dispensável, há a inexigibilidade da licitação, que difere das outras situações tratadas, onde a licitação é materialmente possível, na inexigibilidade, é inviável, isto não existir a própria competição.

Conforme Art. 24 da Lei 8.666/1993;

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.

Logo, o art. 25 indica que a licitação é inexigível quando não seja possível a competição;

No mesmo dispositivo, o legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, acrescenta a locução “em especial”. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico. (FILHO, 2019, P.753)

De acordo com Mazza (2019) “[..]a decisão de não realizar o certame é vinculada, à medida que, configurada alguma das hipóteses legais”, não restando portanto à Administração senão a realização da contratação direta.

Importante também salientar que, de acordo com o Art. 26 da Lei 8.666/1993, existe uma exigência que também aplica-se aos casos da dispensa, a hipótese deve ser justificada e comunicada, sendo necessária a ratificação e publicação da justificativa pela autoridade superior, sendo assim como nos casos de dispensa, competência do administrador identificar onde há inexigibilidade de licitação (FILHO, 2019).

3.3 Contratos Administrativos

Visto entendermos que é impossível para o Estado, ou para a Administração Pública, executar todos os serviços que figuram em seu leque de competências, bem como, a aquisição de bens e materiais necessários a execução de seus serviços, torna-se necessário o estabelecimento de parcerias, sejam elas entre as instituições da administração direta ou indireta, ou entre o poder público e os particulares, objetivando assim suprir a demanda de determinado material, bem ou serviço, para que seja possível a satisfação do interesse público, ensejando assim a celebração de um contrato. Vale salientar, a definição trazida no Parágrafo Único do Art. 2º da Lei 8.666:

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Assim como os negócios jurídicos firmados entre particulares, ensejam a formação de um contrato civil, os contratos Administrativos são aqueles em que a Administração Pública está a figurar em pelo menos um dos pólos contratantes.

Tal espécie de contratos, faz parte do gênero contratual denominado Contratos da Administração, que, por sua vez, também comportam outra espécie de contratos, que são aqueles regidos predominantemente pelo direito privado, que, embora não sejam o objeto deste estudo, faz-se importante a diferenciação de ambos, visto que, diferentemente do que ocorre com estes, os Contratos

Administrativos serão sujeitos de maneira predominante, ao regime jurídico de direito público, e enquanto o primeiro aproxima-se das relações horizontais entre as partes, características dos contratos privados, o segundo trata-se de uma relação vertical, na qual a Administração Pública figura em um ponto superior, portanto, uma desigualdade jurídica entre as partes.

Tal verticalidade é expressa principalmente através das cláusulas exorbitantes, que de acordo com Alexandre Mazza (2019) podem ser definidas da seguinte forma:

[...]as cláusulas exorbitantes são disposições contratuais que definem poderes especiais para a Administração dentro do contrato, projetando-a para uma posição de superioridade em relação ao contratado. São exemplos de cláusulas exorbitantes: 1) possibilidade de revogação unilateral do contrato por razões de interesse público; 2) alteração unilateral do objeto do contrato; 3) aplicação de sanções contratuais; (MAZZA, 2019)

Portanto, as cláusulas exorbitantes fazem parte das características que evidenciam a verticalidade, ou seja, a posição superior que a Administração pública ocupa em relação ao contratado.

3.3.1 Características dos Contratos Administrativos

Além das Cláusulas Exorbitantes, da submissão do Direito Administrativo, e da Presença da Administração, o que causa tal desigualdade jurídica entre as partes, os Contratos Administrativos também dispõem de outras características como: mutabilidade; formalismo; bilateralidade, comutatividade e confiança recíproca.

Os Contratos Administrativos convergem em alguns pontos com os contratos comumente celebrados no Direito Civil e Empresarial. Contudo, algumas características são inerentes aos Contratos administrativos, o que por vezes os envolvem de certas divergências em relação aos demais contratos. Conforme definido por Alexandre Mazza (2019):

Os contratos administrativos possuem um regime jurídico bastante diferente daquele aplicável aos contratos privados. A doutrina destaca especialmente os seguintes elementos de distinção:

- a) aplicação dos princípios e normas do Direito Público;
- b) desigualdade entre as partes;
- c) mutabilidade;

d) defesa do interesse público.

Compreendendo as divergências que o separam dos demais contratos estudados pelo Direito, disciplina dos contratos administrativos mostra-se relevante para o posterior estudo das contratações públicas realizadas em caráter excepcional e em estados de exceção, e sendo importante instrumento para a administração pública, e geralmente concebido como o resultado do processo de licitação, que via de regra, antecede à formação e celebração dos contratos administrativos, ressalvados somente os casos previstos em lei onde há a dispensa ou inexigibilidade de licitação prévia, onde ocorrerá o que é conhecido como contratação direta, para adotar a seguinte definição:

A regra, no direito brasileiro, é a obrigatoriedade de prévia licitação para celebração de contratos administrativos. Entretanto, a própria Constituição Federal atribui ao legislador a competência para definir casos excepcionais em que a licitação não é realizada: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública...” (art. 37, XXI). Assim, excepcionalmente, a legislação autoriza a realização de contratação direta sem licitação. (MAZZA, 2019, p. 332)

Tal modalidade de contratação, é um conceito de extrema importância para a temática principal desta discussão, visto justamente terem sido ampliadas as suas possibilidades para o enfrentamento da pandemia do novo coronavírus, conforme será melhor retomado ao longo do desenvolvimento da temática.

3.4 Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)

Diante dos já citados esforços legislativos para modernização da legislação brasileira em matéria de licitações e contratações públicas, encontra-se o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, também referido pela sigla RDC, que conforme Alexandre Mazza(2019, p.341):

Aproveitando que o Brasil foi confirmado como país-sede da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, o governo federal conseguiu aprovar no Congresso Nacional a Lei n. 12.462/2011, que institui o controvertido RDC, Regime Diferenciado de Contratações Públicas, com o objetivo de viabilizar as obras e contratações necessárias para criar a infraestrutura indispensável para receber os dois eventos.

O RDC foi criado pela Medida Provisória Nº 527/2011, e posteriormente convertido na Lei nº 12.462/11. Justificava-se inicialmente na complexidade das obras públicas relacionadas à Copa do Mundo FIFA de 2014 e os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro em 2016, onde havia uma grande necessidade de afrouxar as regras da Lei nº 8.666/1993, para que fosse possível a execução das obras de construção, ampliação e reforma de estádios, rodovias, portos, aeroportos, complexos esportivos e demais obras de infra-estrutura necessárias para sediar os referidos eventos desportivos.

Contudo, o RDC acabou atingindo proporções ainda maiores do que o esperado, com a promulgação da referida Lei nº 12.462/11, que ampliou seus efeitos para situações que a princípio não tinham ligação direta com os Jogos Olímpicos ou a Copa do Mundo, mas de forma indireta eram necessários para o cenário nacional na época, o que impactaria indiretamente na realização dos eventos. Logo, o RDC também foi vinculado a programas do Governo Federal em curso na época, como o Programa de Aceleração e Crescimento (PAC), a obras e serviços de engenharia relacionados ao Sistema Único de Saúde (SUS) e medidas ligadas à segurança pública.

De acordo com a referida Lei, em seu Art. 1º, § 1º, o RDC tem os seguintes objetivos:

§ 1º O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

A Lei nº 12.462/11, ao criar o RDC não estabeleceu novas modalidades de licitação, mas sim alterou regras às modalidades já existentes, com o objetivo de ampliar a eficiência das contratações públicas, e seus procedimentos são dotados das seguintes características;

a) a possibilidade de a administração pública contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço (multiadjudicação), [...]; b) inversão das fases naturais da licitação, com o julgamento das propostas procedendo a habilitação (art. 12); c) uso preferencial do RDC eletrônico (art. 13); d) oferecimento das propostas poderá ser realizado pelo sistema de disputa aberto, no qual os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou

decrecentes, conforme o critério de julgamento adotado, ou no modo de disputa fechado, em que as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e a hora designadas para que sejam divulgadas (art. 17); e) sigilo dos orçamentos até o fim da licitação. (MAZZA, 2019, p. 342)

A última característica, o sigilo dos orçamentos até o fim da licitação, é alvo de severas críticas, sendo considerada por vezes inconstitucional;

Esta última característica presente no regime do RDC é o aspecto mais polêmico da nova lei. Os críticos desse modelo consideram inconstitucional, por atentatório ao princípio da publicidade, manter-se em sigilo até o final da licitação o valor que o Poder Público pretende gastar com a contratação. Nas demais licitações, o próprio edital declara qual o valor máximo disponível em caixa para ser gasto com a celebração do contrato, o que garante mais transparência no controle das despesas. (MAZZA, 2019, p. 342)

Também alvo de críticas, há o contrato de eficiência e a contratação integrada, que ainda de acordo com Mazza (2019);

Trata-se de um contrato acessório que terá por objeto a prestação de serviços, incluindo a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base no percentual da economia gerada (art. 23, § 1º).

Estranha também é a hipótese chamada de contratação integrada, na qual obras e serviços são contratados sem projeto básico aprovado pela autoridade competente (art. 8º, § 5º), em flagrante violação dos requisitos básicos exigidos para um edital segundo o disposto no art. 40 da Lei n. 8.666/93.

Embora tais críticas sejam bastante pertinentes e por vezes contrários aos princípios relativos às licitações e às regras da Lei 8.666/93, o uso do RDC trouxe várias vantagens para o momento e objetivo ao qual se propunha, como já citados, a realização de um único contrato para projeto e obra; criou a possibilidade da remuneração variável pelo desempenho do contratado; a licitação eletrônica para obras; a junção de modos da disputa aberto e fechado; entre outras, que mostraram-se necessárias a conjuntura que o país vivenciava no momento.

Tal regime foi criado inicialmente como uma exceção ao regime convencional de contratações e licitações públicas, e de tal forma ganha espaço neste capítulo por tratar-se de uma legislação a princípio excepcional, mas que foi alvo de corriqueiras extensões de seus efeitos.

Em 2012, pela Lei 12.688, integrou as ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e obras e serviços de engenharia no Sistema Único de Saúde – SUS.

A Lei 12.980/2013 trouxe a hipótese da inclusão de obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Pela Lei 13.190/2015, o RDC passou a abranger as contratações relacionadas à Segurança Pública, bem como as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana e infraestrutura logística.

Em 2016, a Lei 13.243, também abrangeu as contratações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

De modo então, que continua a ter eficácia até os dias atuais. Tais questões serão melhor abordadas no capítulo seguinte, que trata dentre outras medidas, da extensão dos efeitos do RDC para atingir situações que vão muito além daquelas para as quais o citado procedimento foi criado.

4. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, CALAMIDADE PÚBLICA E A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: ANÁLISE DAS MEDIDAS LEGISLATIVAS

Para entender a situação excepcional na qual a atual pandemia do novo coronavírus se encaixa, bem como a série de singularidades que esta acarretou, é preciso elencar como a legislação brasileira tratou até o momento as situações emergenciais, como por exemplo a calamidade pública e a situação de emergência, que traz uma série de liberdades para a adoção de medidas excepcionais e de caráter imediato, que justificam-se pela necessidade de solucionar determinada situação e garantir a manutenção dos serviços públicos.

Para tanto, caberá à Administração Pública alguns poderes excepcionais para combater diante desta situação, justificando-se em tal excepcionalidade e no comprometimento do tempo de resposta do poder público em determinada situação, visto que em tempos normais, tais ações e medidas poderiam por vezes caracterizar abuso de poder ou improbidade administrativa.

4.1 Calamidade Pública e Situação de Emergência

Conforme a definição comum, calamidade significa “Acontecimento que acarreta destruição, que traz consigo a desgraça, sendo capaz de causar dano, prejuízo, perda.”(Dicio, 2020)¹ Logo, é uma situação na qual, por decorrência de um desastre, seja ele natural ou causado pela ação humana, acarreta-se uma situação em que há severa perda, seja ela humana, material ou ambiental.

Via de regra, a calamidade pública é decretada pelo poder executivo dos estados, municípios ou Distrito Federal, e assim conseguir auxílio por parte da União, conforme os termos do Art. 1º do Decreto Nº 7.257/2010;

Art. 1º O Poder Executivo federal apoiará, de forma complementar, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em situação de emergência ou estado de calamidade pública, provocados por desastres.

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

[...] II - desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável,

¹ Definição de acordo com o Dicio: Dicionário Online de Português.

causando danos humanos, materiais ou ambientais e conseqüentes prejuízos econômicos e sociais;

III - situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

O referido decreto, considera como desastre o resultado de eventos adversos que causem danos humanos, materiais ou ambientais. Considera situação de emergência, cujo conceito é muito parecido com o da calamidade pública, mas diferencia-se quanto a sua intensidade, pois o estado de calamidade pública é definido como a situação anormal, provocada pelos desastres dos quais fala o inciso I do referido artigo, sendo necessário que tais desastres causem o comprometimento substancial da capacidade de resposta da Administração Pública, enquanto na situação de emergência, há apenas um comprometimento parcial de tal capacidade de resposta.

Portanto, compreende-se a necessidade dos institutos da situação de emergência e do estado de calamidade pública, que embora se diferenciam quanto à intensidade tanto daquilo que os causa, quanto das medidas que serão tomadas para o seu combate, constituem uma ferramenta de suma importância para os estados, municípios e Distrito Federal, no enfrentamento de situações que comprometam parcialmente ou severamente a prestação do serviço público e o bem estar da população.

Para geração de seus efeitos e concretização do auxílio proveniente da União, é necessário que esta reconheça o estado de calamidade ou situação de emergência daquele ente federativo, nos termos do Art. 7º do Decreto N° 7.257/2010;

Art. 7º O reconhecimento da situação de emergência ou do estado de calamidade pública pelo Poder Executivo federal se dará mediante requerimento do Poder Executivo do Estado, do Distrito Federal ou do Município afetado pelo desastre.

§ 1º O requerimento previsto no caput deverá ser realizado diretamente ao Ministério da Integração Nacional, no prazo máximo de dez dias após a ocorrência do desastre, devendo ser instruído com ato do respectivo ente federado que decretou a situação de emergência ou o estado de calamidade pública e conter as seguintes informações: I - tipo do desastre, de acordo com a codificação de desastres, ameaças e riscos, definida pelo

Ministério da Integração Nacional; II - data e local do desastre; III - descrição da área afetada, das causas e dos efeitos do desastre; IV - estimativa de danos humanos, materiais, ambientais e serviços essenciais prejudicados; V - declaração das medidas e ações em curso, capacidade de atuação e recursos humanos, materiais, institucionais e financeiros empregados pelo respectivo ente federado para o restabelecimento da normalidade; e VI - outras informações disponíveis acerca do desastre e seus efeitos.

Portanto, cabe ao ente federativo afetado pelo desastre, e que decretou o estado de calamidade pública ou de emergência, que faça requerimento à União, através do Ministério da Integração Nacional, no prazo previsto de dez dias a contar da decretação, para que o referido estado seja reconhecido e que seja viável o apoio oferecido pela União.

Ferramentas estas que vêm sendo usadas corriqueiras vezes pelos entes da nossa federação. Como por exemplo, de acordo com uma pesquisa realizada pela Confederação Nacional dos Municípios (CNH), realizada em Fevereiro de 2009, que analisou as portarias que foram emitidas entre 2003 e 2008, apontou o total situações de emergência ou calamidade pública reconhecidas nesse período foi de 8.894. Números liderados pelos municípios do Rio Grande do Sul (1.197), Paraíba (1.171), Minas Gerais (1.126) e Ceará (1.018).

Logo, as regiões Sul e Nordeste do país lideram esses rankings. Também como exemplos, os estados do Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, que também decretaram, porém de forma peculiar, a calamidade pública na última década, pois ambos foram de caráter financeiro. O primeiro, conforme DECRETO Nº 53.303, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2016, e Rio de Janeiro, pelo DECRETO N.º 45.692 DE 17 DE JUNHO DE 2016, que em 2019 teve seus efeitos prorrogados até o final de 2020 e, portanto, ainda está vigente.

4.1.1 Estado de Exceção em âmbito Federal

Conforme citado no tópico 3.2, a situação de emergência e o estado de calamidade pública são situações decretadas por estados, municípios e Distrito Federal quando do enfrentamento de desastres. Quanto a União, em âmbito Federal, os estados de Exceções existentes são o Estado de Defesa e Estado de Sítio, que nos termos da Constituição Federal de 1988, art 136, *in verbis*:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa 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. § 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

Nota-se que já existe nesse estado a supressão de garantias e direitos individuais como o direito de ir e vir, o sigilo das correspondências, entre outros, prevendo também a “ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública”.

Quanto ao Estado de Sítio, considerando novamente o texto constitucional;

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. [...]

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens.

Percebe-se então que o Estado de Sítio surge como uma alternativa mais forte que o Estado de Defesa, quando da falha deste em chegar aos seus objetivos, prevendo medidas ainda mais restritivas e excepcionais. Logo, ambos os estados de exceção, enquanto mecanismos constitucionais, trazem consigo uma série de medidas, consideradas mais agressivas e eficazes, porém, ao custo de uma significativa restrição a alguns direitos e garantias fundamentais e, justamente por isso, só devem ser utilizados em extrema necessidade, nas hipóteses mais excepcionais.

4.2 Pandemia do Novo Coronavírus

Em 31 de Dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu a notificação de um surto de pneumonia na cidade de Wuhan, na China, em pessoas que frequentavam o mercado atacadista daquela cidade. O vírus identificado como causador do surto, foi identificado e nomeado Coronavírus de Síndrome Respiratória Aguda Grave 2 (SARS-CoV-2)

Com o início do surto, em Wuhan, na China, em Dezembro de 2019, a COVID-19, nome dado à doença causada pelo Coronavírus, se espalhou rapidamente pela província de Hubei e depois para o resto da China. Em 3 de Janeiro de 2020 foi notificado o primeiro caso fora da China, na Tailândia. Em Fevereiro de 2020, casos da doença já tinham sido notificados em 26 países, tendo o vírus se expandido para o resto Ásia, Europa, África, Américas e Oceania, o que acarretou a declaração por parte da Organização Mundial de Saúde em 11 de Março de 2020 a pandemia global de COVID-19.

O Brasil registrou seu primeiro caso em 26 de Fevereiro de 2020, em São Paulo, em paciente com histórico de viagem à região da Lombardia, na Itália, sendo este também o primeiro caso registrado em toda a América Latina (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Em Março, 186 países já haviam identificado casos da doença, quando os Estados Unidos da América ultrapassaram a marca de um milhão de infectados e, desde então, tornou-se o novo epicentro da doença, situação que de acordo com a OMS permanece até a atualidade. Em 22 de Maio de 2020, o Brasil ultrapassou a Rússia e tornou-se o segundo país do mundo com maior número de infectados, permanecendo nessa posição até 07 de Setembro de 2020 quando foi ultrapassado pela Índia e, atualmente ocupa a terceira posição (Organização Mundial da Saúde, 2020).

Em Outubro de 2020, o número de infectados no mundo ultrapassou 40 milhões de pessoas e, de acordo com o Boletim Epidemiológico semanal, divulgado pela OMS em 20 de Outubro, com dados reportados até 16 de Outubro, os cinco países com maior número de infectados são: Estados Unidos (8.065.615); Índia (7.597.063); Brasil (5.235.344); Rússia (1.415.316) e Argentina (989 680). O mesmo boletim aponta como 40.118.333 de casos confirmados em todo o mundo, e

1.114.749 de mortes causadas pela doença, o que revela um índice de letalidade de 2,77%. No Brasil, do total de infectados, 153.905 casos resultaram em morte, resultando em um índice de letalidade de 2,93%, um pouco acima da média global.

A proliferação do vírus e a pandemia dela decorrente causaram impactos sem precedentes nos campos social, humano, econômico e de saúde pública em todo o globo. O enfrentamento à pandemia do novo coronavírus, nome pelo qual é comumente designada, desencadeou diversas ações de resposta no Brasil e no resto do mundo, dentre medidas de isolamento social, vigilância sanitária, fechamento de fronteiras e ações de assistência social e auxílios de caráter emergencial para trabalhadores e empresas.

Em Abril deste ano, de acordo com a Confederação Nacional dos Municípios (CNM, 2020), cerca de dois mil municípios já haviam decretado situação de emergência ou calamidade pública em razão da pandemia.

Dentre as medidas de isolamento social tomadas por estados e municípios no Brasil, como a proibição de aglomerações e da realização de eventos, destaca-se o “lockdown” como um dos mais restritivos, e foi adotado nos estados do Maranhão(Decreto Nº 35.7849 DE 03 DE MAIO DE 2020), Pará(DECRETO Nº 729, DE 5 DE MAIO DE 2020) e Amapá(Decreto Nº 1726 DE 15 de Maio de 2020) e em algumas cidades nos estados do Amazonas, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte. Muitas cidades e estados brasileiros enfrentaram lotações em hospitais e tiveram que articular diversas ações para prevenção ao contágio e tratamento dos infectados.

Na Economia, a pandemia causou estragos também sem precedentes, O Ministério da Economia (2020), conforme nota informativa, estabeleceu a divisão do ponto de vista dos impactos econômicos da seguinte forma:

Período (1), em que a economia recebeu os primeiros choques (a partir de fevereiro até o final de março); • Período (2), iniciado em abril, marcado por choques secundários e crise sobre o emprego, a renda e as empresas; e • Período (3), que se sucederá ao abrandamento ou fim das medidas sanitárias de contenção, em que se dará a retomada econômica.(MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2020)

[...]

As restrições impostas por estados e municípios ao funcionamento de diversos estabelecimentos comerciais, no intuito de salvar vidas e conter o avanço da pandemia, terão severas consequências sobre empregos e empresas. [...] No período 2, a crise econômica se aprofunda. A queda no emprego e na renda dos trabalhadores informais é praticamente imediata. (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2020)

O Ministério da Economia(2020) também estimou que COVID-19 impactaria a economia brasileira na redução das exportações, na queda do preço dos produtos exportados, conseqüentemente, interrupção da produção em alguns setores, piora nas condições financeiras e na circulação de bens, mercadorias e serviços, o que demandou fortes ações do governo brasileiro para atenuação dos efeitos da crise econômica.

A pandemia do novo coronavírus trouxe, portanto, desafios extremamente complexos para as nações por todo o globo, afetando não só o campo da saúde, mas o econômico e social, de forma tão drástica, que compara-se as grandes guerras que assolaram o mundo durante o século XX e, demanda de todos um esforço coletivo para seu enfrentamento, embora seja necessário ressaltar, que no caso interno de cada país, como o Brasil, nossas instituições governamentais, nas três esferas federativas, desempenham o papel primaz e fundamental para a solução desta crise, cabendo sim, à Administração Pública a materialização de tais ações efetivas nesse combate, tanto da proliferação do vírus como dos seus efeitos nos demais campos e segmentos citados.

4.2.1 Estado de Calamidade Pública em Razão da Pandemia

Embora existam os acima citados Estados de Exceção, nenhum foi decretado ainda em razão do combate à pandemia em âmbito federal.

Nos termos do DECRETO LEGISLATIVO Nº 6, DE 2020, tem-se um Estado de Calamidade Pública, que toma medidas menos drásticas que aquelas relativas ao Estados de Defesa e Sítio, não sendo previsto constitucionalmente, busca seu embasamento no DECRETO Nº 7.257, DE 4 DE AGOSTO DE 2010, conforme redação do decreto:

Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Evidencia-se pelo texto do decreto, a efetivação do preconizado na Lei Complementar nº 101 de 4 de Maio de 2000;

Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação: I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23 , 31 e 70; II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

(parágrafo) Logo, o reconhecimento do Estado de Calamidade Pública no âmbito Federal buscou o afastamento do Art. 2º LEI Nº 13.898, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2019;

Art. 2º A elaboração e a aprovação do Projeto de Lei Orçamentária de 2020 e a execução da respectiva Lei deverão ser compatíveis com a obtenção da meta de deficit primário de R\$ 124.100.000.000,00 (cento e vinte e quatro bilhões e cem milhões de reais) para os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social e de R\$ 3.810.000.000,00 (três bilhões oitocentos e dez milhões de reais) para o Programa de Dispêndios Globais, conforme demonstrado no Anexo de Metas Fiscais constante do Anexo IV a esta Lei.

Portanto, diante do reconhecimento da calamidade pública, não está mais a União obrigada ao cumprimento da meta fiscal estabelecida na lei orçamentária, elencadas no artigo acima citado.

Tal decreto, serve como pressuposto jurídico para toda a legislação a respeito da temática daí proveniente, que tem como condição de validade a decretação da situação de calamidade diante da emergência de saúde pública, e duração de efeitos concomitante com a exaustão dos efeitos do referido decreto, ou seja, até 31 de Dezembro de 2020.

4.3 Análise das Principais Medidas Legislativas para o Enfrentamento da Pandemia.

Superadas as definições legais e conceitos importantes à discussão da temática, é necessário destringir as medidas excepcionais adotadas pela Administração para o enfrentamento da pandemia do novo coronavírus e, analisá-las de acordo com os princípios basilares do Direito Administrativo.

É importante que inicialmente trata-se da própria concepção que o Direito como um todo, não só o Direito Administrativo, deve constantemente buscar acompanhar as evoluções que se apresentam no campo social, político e econômico. E, portanto, O Direito, que tem por finalidade, além da resolução dos conflitos, de acordo com as teorias de adaptação à sociedade, acompanhar essa evolução a partir dos fatos sociais, conforme Paulo Nader (2014, p.49):

A relação entre a sociedade e o Direito apresenta um duplo sentido de adaptação: de um lado, o ordenamento jurídico é elaborado como processo de adaptação social e, para isto, deve ajustar-se às condições do meio; de outro, o Direito estabelecido cria a necessidade de o povo adaptar o seu comportamento aos novos padrões de convivência.

Evidenciando assim, que além de instrumento de controle social e resolução de conflitos, o direito deve acompanhar a mudança e as necessidades que se apresentam no plano fático, para promover o bem comum;

No presente, o Direito não representa somente instrumento de disciplinamento social. A sua missão não é, como no passado, apenas garantir a segurança do homem, a sua vida, liberdade e patrimônio. A sua meta é mais ampla; consiste em promover o bem comum, que implica justiça, segurança, bem-estar e progresso. O Direito, na atualidade, é um fator decisivo para o avanço social. Além de garantir o homem, favorece o desenvolvimento da ciência, da tecnologia, da produção das riquezas, a preservação da natureza, o progresso das comunicações, a elevação do nível cultural do povo, promovendo ainda a formação de uma consciência nacional. (Nader, 2014, p. 57)

A pandemia do novo coronavírus mostrou-se como um fator de relevância extrema, que afeta diversos segmentos complexos das relações humanas, trazendo severas consequências nos campos político, social e econômico, demandando um esforço coletivo demasiado grande por parte dos governos e instituições públicas e privadas por todo o mundo.

Dentre esses esforços, encontram-se as medidas tomadas pelo Governo Federal, que por sua vez, reverberam ou servem de base jurídica para Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito das contratações e licitações públicas, que

também necessitavam de medidas excepcionais diante da urgência da resposta que deveriam dar ao clamor social, medidas estas que serão apresentadas a seguir, de acordo com as Medidas Provisórias e Leis promulgadas até o momento, que inauguraram medidas tão excepcionais que até então eram inéditas para a legislação nacional sobre a matéria.

É notável que o Estado enfrenta um grave problema de escassez de recursos públicos, agravada pela pandemia, e se por um lado há um aumento da despesa, por outro também há uma diminuição da arrecadação de recursos (Justen Filho, 2020), mas mesmo assim não se admite a omissão por parte da Administração Pública, que deve agir ativamente para a contenção da crise nos seus mais variados setores;

Em qualquer caso, não se admite a omissão da Administração Pública. Essa imposição se verifica não apenas em relação às providências diretamente relacionadas com o combate à pandemia. Também incide quanto às demais atividades administrativas.

[...] Em outras palavras: há muitos contratos administrativos em curso e cabe ao Poder Público adotar medidas específicas e adequadas relativamente a eles. (Justen Filho, 2020)

Existe então um dever de planejamento por parte do estado, não limitado apenas às questões emergenciais, mas envolve a avaliação das perspectivas futuras quanto aos variados aspectos decorrentes da crise vivenciada.

Identificadas as principais mudanças e flexibilizações trazidas para as contratações públicas durante a pandemia. Interessa-nos então analisá-las, tomando como base os princípios do Direito Administrativo.

4.3.1 Os Principais Diplomas Legais e sua Aplicação Temporal.

Os diplomas legais basilares para a construção desse estudo são: Lei nº 13.979 de 06 de Fevereiro 2020, que foi alterada pela Medida Provisória nº 926, que foi posteriormente convertida na Lei nº 14.035, em 11 de Agosto de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública; e Medida Provisória nº 961, que foi convertida na Lei nº 14.065, de 30 de Setembro de 2020, que por sua vez, autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública, adequa os limites de

dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

Portanto, analisam-se as regras contidas nas leis nº 13.979/2020 e nº 14.065/2020, enquanto diplomas já consolidados e com suas respectivas alterações, não sendo necessário referir-se daqui por diante às Medidas Provisórias ou Leis que as deram origem ou alteram pontos de sua redação.

É necessária ainda uma diferenciação dos dois diplomas legais quanto a sua matéria. a princípio, apresentar algumas das principais questões que serviram de justificativa para a abertura de tais exceções, que são a imprevisibilidade e excepcionalidade da situação emergencial que o país vivencia, e as duas justificativas principais apresentadas para os dois principais diplomas legais, que são elas;

Para a Lei nº 13.979, com exposição de motivos pelo Ministério da Saúde, embasada na necessidade do enfrentamento da emergência de saúde pública, na urgência em determinadas contratações, justificada em direitos fundamentais como à saúde e à vida, autoriza: a contratação excepcional com empresas até então impedidas de contratar com o poder público; o pagamento de valores superiores ao estipulado; e a supressão de requisitos de habilitação quando não haja fornecedor que cumpra todos. Vale salientar que esta lei abrange exclusivamente casos onde o objeto contratado estiver diretamente ligado ao enfrentamento da emergência.

E, por sua vez, a Lei nº 14.065/2020, com exposição de motivos pelo Ministério da Economia, traz uma lógica voltada para o mercado, para voltar a movimentar a economia e impedir a paralisação dos serviços e obras públicas do país, trazendo consigo: a extensão dos efeitos do RDC; a possibilidade de pagamento antecipado dos contratos; e o aumento do limite de dispensa de licitação em razão do valor. Tal lei, não possui limitação material, e por não trazer uma limitação subjetiva (BOAVENTURA, 2020), abrange todos os entes públicos em todas as contratações realizadas durante o período de calamidade pública indicado no Decreto 06/2020.

Em acordo com o Art. 1º da referida lei, todos os entes contratantes que fazem parte do poder público estão autorizados a utilizar os limites de dispensa nela trazidos, assim como as demais medidas adotadas nas demais legislações, como a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações para obras, serviços, compras,

alienações e locações e ainda promover o pagamento antecipado (BOAVENTURA, 2020).

A eficácia temporal dos referidos diplomas está diretamente ligada à duração da emergência de saúde causada pelo novo coronavírus e, em especial, no caso da Lei nº 14.065/2020(Art. 2º), ao Decreto Legislativo Nº 6/2020, que em seu Art. 1 estabelece a duração do Estado de Calamidade até o dia 31 de Dezembro de 2020.

4.3.2 Licitações e Contratações Públicas

A Lei nº 13.979/2020 e suas respectivas modificadoras, e a Lei nº 14.065/2020 trazem muitas inovações e excepcionalidades na matéria das licitações e contratações públicas, dentre elas, elencam-se as principais a seguir.

4.3.2.1 Quanto à Dispensa de Licitação

A princípio, sobre a dispensa de licitação, a começar pelo Art. 4º do primeiro diploma(Lei nº 13.979/2020);

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.

A redação inicial do referido artigo não incluía os serviços de engenharia, sendo uma inovação trazida pela Lei nº14.035/2020.

Nota-se que ao incluir serviços de engenharia, o legislador não utilizou o termo “obras”, implicando uma certa restrição ao tipo de serviço que deve ser contratado.

Essa dispensa emergencial, não possui limite de valor, como também não se submete à hipótese de fracionamento, prevista no art. 23, §5º da Lei nº 8.666/93 e, como citado no artigo, deverá ser usada especificamente para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos que devem estar diretamente relacionado ao enfrentamento da emergência de saúde pública. Logo, embora não exista um limite de valor estabelecido para essa dispensa de licitação, o legislador

impôs um limite material, relacionado à finalidade das contratações que se beneficiarão dessa medida (BOAVENTURA, 2020).

Por sua vez, e Lei nº 14.065/2020, no que tange a dispensa de licitação, ampliou a regra já contida no Art. 24 da lei de licitações(8.666/1993), tratando-se de dispensa em razão do valor, ampliados para R\$100.000,00 (cem mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para outros serviços e compras, de acordo com o I do artigo 1º.

Esta dispensa, por sua vez, diferente da primeira, deve respeitar a vedação relativa ao fracionamento, ou seja, não se pode fracionar as contratações em parcelas para que as mesmas se enquadrem no valor limite, pois este valor deve ser o da contratação total.

Em ambos os casos, ficam claras as contratações que podem ser beneficiadas com a dispensa, respeitados os limites acima elencados, e além disso;

[..] é relevante ressaltar que o aumento dos limites da dispensa não significa na possibilidade ampla de compra sem justificativas e motivações pertinentes ao processo de contratação. É indispensável que o agente público possua respaldo para realizar as contratações diretas por dispensa de licitação, seja pela dispensa emergencial prevista no art. 4º da Lei nº 13.979/2020 seja a dispensa em razão do valor, com limites ampliados, trazidos pela Lei nº 14.065/2020, sempre com motivação dos seus atos. (BOAVENTURA, 2020)

Logo, a dispensa nesses casos emergenciais pode mostrar-se crucial para o enfrentamento da emergência aqui citada, possibilitando à Administração Pública a contratação direta, sem a necessidade do cumprimento do princípio da exigência de licitação.

A Lei 8.666/1993 prevê ainda em seu artigo 26, que nos casos de dispensa em relação ao valor, as justificativas devem ser apresentadas junto ao processo de contratação, enquanto no caso da dispensa emergencial fundamentada na Lei 13.979/2020, presumida a situação de emergência e a necessidade de tais contratações, cabe à Administração Pública comprovar apenas o nexo de causalidade entre o objeto da contratação e o enfrentamento da pandemia (BOAVENTURA, 2020).

Em ambas as modalidades de dispensa, existe o poder discricionário facultado ao administrador a escolha dos fornecedores;

Idênticas considerações se aplicam relativamente a hipóteses que configurem inviabilidade de competição. A vinculação do contrato ao atendimento da pandemia permite a contratação por dispensa de licitação, sem a necessidade de avaliar a viabilidade de competição. (JUSTEN FILHO,2020)

Logo, quando da contratação direta por dispensa, é perceptível a inviabilidade de competição, visto ser atribuída ao administrador tal discricionariedade na hora de escolher o fornecedor, o que acaba por se tornar uma mitigação do princípio da isonomia.

4.3.2.2 Quanto às Possibilidade de Pagamento Antecipado e Contratação por Preços Superiores ao Valor Estimado.

Diante da escassez de recursos para combate à pandemia, a Lei nº 14.065/2020 prevê em seu Art. 1º que está autorizado à Administração Pública;

II - promover o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos, desde que: a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou b) propicie significativa economia de recursos

Este pagamento antecipado justifica-se pela excepcionalidade, e deve ser adequada ao caso concreto, devido a grande dificuldade de contratação de bens e serviços, principalmente na área da saúde, diante da escassez enfrentada até mesmo em relação a empresas fornecedoras, além do receio dos administradores em incidir em contratações irregulares (BOAVENTURA, 2020).

Nesse ponto, é necessário que haja sempre justificativa nos autos, independentemente da escolha do caminho a ser trilhado na contratação, de maneira a evitar responsabilizações futuras, por falta de embasamento fático e jurídico nos processos.(BOAVENTURA, 2020).

A Lei impõe à Administração que para utilização do pagamento antecipado é necessária previsão no edital, exigência da devolução do valor integral atualizado em caso de inadimplemento.

Visto que , mesmo que tenha sido editada para atender principalmente às contratações públicas relacionadas à contenção da pandemia do novo coronavírus, e a respectiva captação de fornecedores de bens e serviços considerados indispensáveis a esta finalidade, a norma não se restringe somente a esses contratos (PÉRCIO, 2020).

Logo, durante o seu período de validade, além de abranger os contratos baseados na Lei 13.979/20, a norma também abrange os contratos celebrados com base na própria Lei 8.666/93, desde que atendam os requisitos necessários (PÉRCIO, 2020), o que amplia consideravelmente as opções de utilização desta medida, bem como os riscos a ela envolvidos, mas também dá ao Administrador mais segurança jurídica para sua utilização.

Cabe ainda à Administração prever as medidas e cautelas a serem adotadas para reduzir o risco de inadimplemento do contrato, conforme parágrafo 2º do Art. 1º;

§ 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.

Compreende-se que tal medida, embora não seja inovadora no ordenamento jurídico, pois já era prevista na lei de licitações, foi considerada pelo Ministério da Economia como “mitigada e sem instrumentos adequados”², e portanto, com base na seguinte justificativa;

considerando o cenário de calamidade pública, em que o mercado exige pagamento antecipado para a efetiva entrega do bem, houve a necessidade de se garantir regras que traduzem segurança jurídica ao gestor e à empresa contratada.(MINISTÉRIO DA ECONOMIA,2020)

Nesse caso em específico, tal exceção é inédita para as contratações públicas, por ser também uma inversão da sequência lógica prevista na Lei nº 4.320/1964, para o processamento da despesa: empenho, liquidação e pagamento.

Esta medida pode ser interpretada como oposta ao princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular, para atender uma lógica claramente de mercado, como fundamentado pelo Ministério da Economia, a administração abre mão de suas prerrogativas para favorecer a parte contratada, pois, leva-se em consideração que temos aqui uma inversão também do risco de inadimplência, visto

² Exposição de Motivos nº 144/2020 Ministério da Economia.

que, corriqueiramente, o que existe é o risco da Administração atrasar o pagamento dos seus contratos, e nesse caso, há justamente o risco contrário, o risco de efetuar o pagamento e não receber aquele objeto que foi contratado, e o risco que antes era suportado pelo particular, agora é atribuído ao Poder Público (BOAVENTURA, 2020) e, por isso, há esse esforço da Lei para garantir mais segurança e adimplência ao contrato;

É indispensável, portanto, que o agente público se certifique do bem que está sendo adquirido, pois a sua falta ou divergência/incongruência entre o que foi licitado e o que foi entregue, pode provocar não somente frustração da contratação, mas também a morte de diversas pessoas, notadamente quando se trata da aquisição de equipamentos voltados para atendimento da saúde pública. (BOAVENTURA, 2020)

A Administração deverá avaliar de forma muito precisa todas as questões que cercam tal contratação, adequado a situação aos casos concretos e, caso necessário, tomar medidas além daquelas que já foram previstas no dispositivo, pois tal medida aplica-se a todos os contratos administrativos vigentes durante a pandemia.

Partindo para a Lei 13.979/2020, encontra-se a possibilidade de contratação por preço superior ao valor estimado do contrato, de acordo com seu o Art. 4-E;

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo não impedem a contratação pelo poder público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, desde que observadas as seguintes condições: I – negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas; e II – efetiva fundamentação, nos autos da contratação correspondente, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente.

Aqui, há a autorização por parte do legislador para que a Administração Pública possa contratar bens e serviços relacionados ao combate da pandemia, como por exemplo os equipamentos de proteção individual, por valores mesmo que superiores ao estimado inicialmente, baseado nas incertezas de mercado pelas quais passam inclusive os fornecedores, e o aumento dos preços . Desde que cumpridos, os requisitos constantes no citado artigo, de forma justificada e fundamentada por parte do administrador, com a necessidade de que haja prévia

negociação, para que mesmo diante da situação de emergência, haja o esforço para que seja selecionada a proposta mais vantajosa para a administração pública.

Aqui, recomenda-se de forma mais profícua a aplicação dos princípios da Moralidade, Legalidade e Eficiência. Pois, as exceções e flexibilizações são tão abrangentes, que se não forem observados esses preceitos, a Administração pode sofrer as consequências de contratações irregulares, de produtos de baixa qualidade e ainda pagar um preço superfaturado nessa contratação, causando um grande prejuízo ao erário público.

4.3.2.3 Das Exigências de Habilitação e da Hipótese de Contratações com Empresas Impedidas/Suspensas

No que se refere a documentação de empresas, a Lei nº 13.979/2020 prevê a seguinte redação;

Art. 4º-F. Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou, ainda, o cumprimento de 1 (um) ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

O citado inciso do o Art. 7º da Constituição Federal versa sobre vedação de trabalho noturno, perigoso ou insalubre para menores de 18 anos.

Logo, em casos de restrição de fornecedores, como expresso no citado artigo, as empresas estão dispensadas de apresentar certos documentos, como a dispensa de documentação que comprove regularidade fiscal, ou , em caso de necessidade, como por exemplo a inexistência de fornecedor que apresente todas as habilitações necessárias, a Administração pode deixar de adotar o cumprimento de 1 (um) ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.(BOAVENTURA, 2020)

Outra hipótese que chama atenção na Lei nº 13.979/2020 é a redação do O § 3º do art.4º que assim dispõe;

§ 3º Na situação excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, será possível a sua contratação, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) § 3º-A. No caso de que trata o § 3º deste artigo, é obrigatória a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor do contrato. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

A lei então abre exceção para contratações com empresas suspensas ou impedidas de licitar ou contratar com o poder público, desde que a empresa em questão seja a única fornecedora do bem ou do serviço objeto da contratação e, condiciona ainda a necessidade da prestação de caução, que pode ter valor até um décimo do contrato.

A justificativa desta contratação baseia-se no princípio fundamental do direito à vida, que no caso da contratação emergencial, pressupõe a existência do risco de vida aos pacientes acometidos com a Covid-19 e, por isso, justifica a primazia desse princípio.

No caso da prestação de garantia, vale ressaltar que a enquanto a Lei 8.666/1993 traz a possibilidade da exigência, a 13.979/2020 exige a prestação da mesma, que deve ser bem examinada pela administração pública, especialmente em tempos de crise, conforme TORRES, (2018, p.649);

[...] se de um lado a exigência de garantia significa cautela da Administração, evitando que a contratação seja frustrada pela falta de capacidade econômica do particular, por outro lado, em determinadas situações, a exigência de caução pode implicar em tolhimento da competitividade,[...] implicando na inviabilidade de participação de interessados que, embora possuam capacidade de oferecer o objeto pretendido pelo Poder Público, encontram óbice, empecilho ou desestímulo na utilização de valores elevados como garantia contratual.

Assim, mesmo que tal medida traga mais segurança para o poder público, quando da hipótese do mesmo estipular um valor considerado muito alto, ainda que dentro do limite legal, pode diretamente acabar por restringir a concorrência e dificultar a participação de outras empresas fornecedoras, diante das dificuldades encontradas por tais fornecedores em razão das incertezas do mercado e, por conseguinte, ser uma limitadora para que a Administração tenha acesso à propostas mais vantajosas;

Em muitos casos, há bens ou serviços alternativos. Então, a existência de fornecedor exclusivo pode impor a escolha de solução alternativa. Contudo, pode ocorrer caso em que a necessidade a ser satisfeita envolva uma

categoria específica e determinada de bem ou serviço. Se assim se passar, caberá promover a contratação do fornecedor, mesmo que sanção proibitiva esteja vigente. O dispositivo alude àqueles submetidos a sanções de inidoneidade e de suspensão do direito de licitar e de ser contratado pela Administração. Essas são as sanções da Lei 8.666. (JUSTEN FILHO, 2020)

Logo, em ambos os casos aqui apresentados, a escolha do particular a ser contratado não pode deixar de obedecer o princípio da isonomia (JUSTEN FILHO, 2020). A Administração permanece com o dever, mesmo que nos limites do possível, de avaliar todos os eventuais fornecedores, e que a todos seja dado tratamento de igualdade.

4.3.3 Extensão dos Efeitos do RDC

Outra medida de extrema relevância para o enfrentamento da pandemia foi a extensão dos efeitos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, cujo conceito, já abordado no segundo capítulo desta obra, caracteriza-se por ser muito mais flexível e dinâmico que os procedimentos licitatórios da Lei 8.666/1993, e portanto, melhor aplicável à situação atual.

O Ministério da Economia mais uma vez justificou tal medida como forma de não paralisar as obras no país, de acordo com a Exposição de Motivos 144/2020, apresentando o RDC como a única opção para realizar contratações por meio eletrônico.

Tal medida garante aos gestores públicos a possibilidade de utilização dessa modalidade de licitação, que é bastante ágil, moderna, eficiente e transparente, em praticamente todos seus processos de compras, já que não há limite de valor para sua utilização. (Ministério da Economia, 2020)

A Lei 14.065/2020, ainda amplia o escopo de utilização do RDC, que passa a abranger todas as contratações públicas, ou seja, quaisquer obras, serviços, alienações, compras ou locações, conforme dispõe o inciso III do artigo 1º do referido diploma.

No RDC, há flexibilidade tanto nas ferramentas disponíveis quanto em nível procedimental. É possível a utilização do orçamento sigiloso, remuneração variável, contratações simultâneas, exigência de certificação de qualidade (art. 7º inciso III da Lei nº 12.462/2011), carta de solidariedade do fabricante (art. 7º inciso IV da Lei), em situação excepcional, julgamento pelo maior desconto, dentre outros. Ademais, quando se trata da questão procedimental, existe a inversão de fases (art. 14, inciso II da Lei), modos de disputa aberto, fechado ou combinado (art. 16 da Lei), dentre outros

aspectos que trazem soluções maleáveis no âmbito da contratação.(BOAVENTURA, 2020)

A referida medida foi alvo de debate quando da conversão da Medida Provisória 961 na Lei nº14.065/2020. Pois, como já mencionado anteriormente, passou a ter aplicabilidade bem extensa em relação aos motivos que justificaram a sua criação, pondo em cheque se realmente pode ainda ser designado como um sistema “diferenciado” ou na verdade está se tornando o regime geral de contratações públicas, mesmo que nesse caso da pandemia, possua justificativa diante da excepcionalidade do momento enfrentado. Logo, a problemática que envolve a extensão dos efeitos do RDC não está ligada somente à pandemia do novo coronavírus, mas como já tratado no Item 3.4 do capítulo anterior, a constante e reiterada extensão de seus efeitos têm revelado algumas consequências jurídicas, a primeira, dificulta o avanço no legislativo do esforço para a promulgação de uma nova norma para a matéria das licitações e contratações públicas, e a segunda, um conflito com o princípio da legalidade, pois a existência do RDC dá ao administrador a discricionariedade para afastar a aplicação da lei 8.666/1993 mesmo em contratações não relacionadas à pandemia do novo coronavírus.

4.4 Reflexões e Consequências Para a Administração Pública

É possível levantar o questionamento sobre a eficácia dos institutos de Direito Administrativo diante de uma crise de proporções iguais às atuais;

Os institutos jurídicos tradicionais do direito administrativo são incompatíveis com a complexidade da situação fática e a dimensão supraindividual das dificuldades. Mais precisamente, a submissão dos fatos a esses institutos gera distorções insuportáveis. (JUSTEN FILHO, 2020)

Diante disso, iniciou-se a publicação das normas legais aqui estudadas, para atender a demanda emergencial que às justificava, diante da vedação de omissão da Administração Pública.

Resta claro que caberá à nossa sociedade e ao Estado, suportar os efeitos econômicos nocivos da pandemia(JUSTEN FILHO, 2020);

Isso significa inclusive que os efeitos econômicos negativos relativamente à execução dos contratos administrativos em curso (e que vierem a ser mantidos) devem ser arcados pelo Estado – a quem incumbe promover a redistribuição desses encargos à sociedade.

Porém, de todo modo, nem mesmo diante de tal emergência, pode-se afastar a Ordem Constitucional vigente.

Observa-se isso até mesmo na natureza do Decreto 06/2020, que decretou o estado de calamidade pública em âmbito federal para fins fiscais e, não invocou nenhum dos estados de exceção preconizados na Constituição Federal, deixando impressão que para o Governo Federal, as medidas legislativas devem ser suficientes para contar a crise causando o mínimo de impacto possível em nosso sistema constitucional.

Logo, a imprevisibilidade e excepcionalidade causadas pela pandemia não podem justificar eventual utilização das medidas excepcionais e flexibilizações aqui elencadas em situações que causem dano ao erário público;

A ausência de aplicação das regras legais e infralegais, abrangendo inclusive os efeitos de atos jurídicos perfeitos consolidados sob a sua égide, não significa a eliminação da validade e da eficácia das normas constitucionais – especialmente daquelas que reconhecem e protegem os direitos fundamentais.

Se por um lado, a flexibilização das regras relativas às licitações e contratações públicas era demandada nesse momento, por outro, questiona-se se as medidas tomadas não foram em excesso, visto que, existe a possibilidade de um mesmo fornecedor, por exemplo, beneficiar-se de todas elas, criando a hipótese onde uma empresa, mesmo impedida de contratar com o poder público, celebra uma contratação direta(sem necessidade de licitação), com pagamento antecipado, autorização para pagamento superior ao valor estimado e sem apresentar todos os documentos necessários à sua habilitação.

Tais hipóteses revelam-se de um potencial lesivo imprevisível, que pode ser bastante danoso, e por isso exige da Administração Pública uma gestão de risco e tomada de precauções tão severa e abrangente quanto necessário;

Ao longo do tempo, as contratações administrativas têm propiciado grandes controvérsias. Em muitos casos, houve a comprovação de práticas criminosas de lesão ao erário e violação aos direitos de terceiros. Em outras hipóteses, constataram-se desvios por negligência e imperícia na gestão dos recursos públicos. O cenário examinado impõe a redução do formalismo e a deferência em favor das escolhas a serem realizadas pelos gestores de recursos públicos. Essa modificação do modelo normativo para as contratações públicas exige a contrapartida da elevação do nível de consciência dos agentes estatais. A confiança que neles é depositada deve ser honrada com condutas ilibadas e decisões cautelosas. Eventuais

desvios, se vierem a ocorrer, precisam ser sancionados com rigor exemplar. (JUSTEN FILHO, 2020)

É preciso ressaltar que todas as considerações anteriores aqui tratadas, e todas as flexibilizações adotadas, não implicam no entendimento da eliminação do controle, nem tem efeito de suspensão da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa(JUSTEN FILHO, 2020).

Logo, mesmo que exista uma grande quantidade de normas que foram alteradas ou afastadas, muito maior são aquelas que permanecem eficazes e precisam ser observadas e respeitadas, como no caso acima citado da Lei de Improbidade Administrativa, ou de todo o nosso sistema constitucional como um todo.

O Princípio da Publicidade, por exemplo, é mais um dos preceitos que não foram afastados;

Por outro lado, o § 2º do art. 4º, cuja redação não foi alterada pela MP 926, prevê que as contratações realizadas com base no diploma serão objeto de divulgação imediata em sítio oficial na internet. O atendimento a essa formalidade não afasta a necessidade de publicação na imprensa oficial. Assim se passa porque a obrigatoriedade da divulgação na internet não se constitui, até o presente, em solução jurídica apta a afastar a obrigatoriedade da publicação na imprensa oficial. Essa disciplina ampla não foi excetuada no âmbito das contratações simplificadas prevista na Lei 13.979. (JUSTEN FILHO, 2020)

Não se admite portanto a violação ao princípio da publicidade, e deverá ser fortemente coibida pelo ordenamento jurídico, conforme Santos(2020);

Caso a conduta dolosa do agente seja significativa ao ponto de violar o conteúdo do dever de publicidade, haverá suporte fático para aplicação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Logo, a inobservância da correta publicação em mídias oficiais, enseja a aplicação da lei de improbidade administrativa, mesmo que cumprido o disposto na Lei nº 13.979.

Por fim, chama-se atenção às consequências que a aplicação irrestrita e sem observância adequada das Leis 13.979 e 14.065, pois, repletas de exceções às normas convencionais, seus procedimentos devem ser adotados com cautela redobrada, para que se possa minimizar o dano que pode ser causado se não forem adotadas as observâncias adequadas;

Ao longo do tempo, as contratações administrativas têm propiciado grandes controvérsias. Em muitos casos, houve a comprovação de práticas criminosas de lesão ao erário e violação aos direitos de terceiros. Em outras hipóteses, constataram-se desvios por negligência e imperícia na gestão dos recursos públicos. O cenário examinado impõe a redução do formalismo e a deferência em favor das escolhas a serem realizadas pelos gestores de recursos públicos. Essa modificação do modelo normativo para as contratações públicas exige a contrapartida da elevação do nível de consciência dos agentes estatais. A confiança que neles é depositada deve ser honrada com condutas ilibadas e decisões cautelosas. Eventuais desvios, se vierem a ocorrer, precisam ser sancionados com rigor exemplar. (JUSTEN FILHO, 2020)

É evidente a preocupação que tantas flexibilizações e exceções nas contratações públicas podem trazer.

Já é noticiado em todo país que existem suspeitas e investigações em andamento a respeito de irregularidades relacionadas a contratos durante a pandemia, inclusive com casos apontados como suspeita de superfaturamento.

Embora não haja o que se falar ainda de forma comprovada que houveram irregularidades nos contratos firmados pelo poder público durante a edge da pandemia, visto ainda não existirem sentenças com trânsito em julgado sobre a matéria, a existência de investigações e suspeitas tornam evidente a fragilidade do assunto e a importância com a qual ele deve ser tratado, porque embora os efeitos das leis acima citadas tenham sua eficácia exaurida ao fim da emergência de saúde pública atual, as consequências de seu uso irresponsável podem continuar reverberando-se pelos próximos anos, incidindo inclusive em uma grande demanda judicial para apurar e punir os eventuais desvios.

5. CONCLUSÃO

Não resta dúvida que a pandemia desencadeada pelo novo coronavírus trouxe situações em proporções nunca antes vistas na história moderna. E velocidade do contágio contribuiu para que a doença rapidamente se alastrasse por todos os continentes do planeta, obrigando a tomada de medidas como isolamento social e demandando um grande esforço das autoridades públicas para atender a demanda na área da saúde, como a superlotação dos hospitais e a escassez de equipamentos e medicamentos.

Embora tenha causado um impacto massivo na área da saúde, trazendo números assustadores de contaminados e de casos letais, causando grande perda humana, a Covid-19 atingiu também vários aspectos da vida humana, demandou encerramento de atividades comerciais, escolares, sociais e culturais, fechando escolas, bares, restaurantes, clubes e todos os lugares que poderiam ser considerados como pólo de risco de contágio.

No Brasil, desde que foi notificado o primeiro caso da doença, os governos de estados e municípios começaram a mobilizar-se para sua contenção. O Governo Federal, por sua vez, teve posturas ambíguas e confusas, que embora muitas vezes tenha relativizado e pormenorizado os efeitos da pandemia, também foi de iniciativa deste governo a edição das normas que são objeto deste estudo.

Normas essas, que por serem tão flexíveis e abrirem tantas exceções às contratações públicas, levantam o questionamento se não teriam e exacerbado em tais aberturas, especialmente àquelas desatreladas ao combate da pandemia, justificadas tão somente pela questão mercadológica e econômica defendida pelo Ministério da Economia.

Por outro lado, compreende-se que a situação em si trata-se de imprevisibilidade e excepcionalidade tamanhas, que realmente exigem medidas mais eficazes que aquelas contidas no ordenamento jurídico brasileiro. compreendendo que embora legalmente constituídas, tais normas não afastam os preceitos da nossa Ordem Constitucional, nem afastam o dever de controle por parte do Estado para apuração de eventuais desvios cometidos pelos agentes públicos quando da celebração de contratos irregulares que se beneficiam das exceções abertas na edge da pandemia.

Os princípios do Direito Administrativo devem portanto ser respeitados, para que se consigne em boas práticas contratuais que não tragam dano ao erário público, e superem a emergência atual sem que causem um potencial lesivo ao Estado e, por conseguinte, à população brasileira.

6. REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 479.

BOAVENTURA. Carmen Iêda Carneiro; ALCÂNTARA. Marcus Vinícius Reis de. **A lei nº 14.065/2020 e o novo cenário das contratações públicas**. 2020. Disponível em <<http://www.olicitante.com.br/lei-14065-20-novo-cenario-contratacoes-publicas>>. Acesso em: 05 de novembro de 2020.

BOAVENTURA. Carmen Iêda Carneiro. **Breves Considerações sobre a Lei nº 13.979/2020 e a Pandemia do Coronavírus**. Disponível em: www.direitosdolicitante.com.br/artigos.php. Acesso em: 05 de novembro de 2020.

BOAVENTURA. Carmen Iêda Carneiro. **Cautelas necessárias diante da Medida Provisória 961/2020**. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/cauteladas-necessarias-diante-medida-provisoria-n9612020-2605-2020.html>. Acesso em: 05 de novembro de 2020.

BOAVENTURA. Carmen Iêda Carneiro. **Modificações trazidas pela Lei nº 14.035/2020 à Lei nº 13.979/2020 e os impactos nas Contratações Públicas**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/modificacoes-trazidas-pela-lei-no-14-035-2020-a-lei-no-13-979-2020-e-os-impactos-nas-contratacoes-publicas/> Acesso em: 05 de novembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 de novembro de 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6/2020**. República Federativa do Brasil. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm). Acesso em: 03 de novembro de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967**. República Federativa do Brasil. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm) Acesso em: 03 de novembro de 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. República Federativa do Brasil. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 03 de novembro de 2020.

BRASIL. **Decreto Nº 7.257, De 4 De Agosto De 2010.** República Federativa do Brasil. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7257.htm). Acesso em: 03 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 101, de 04 de maio de 2000.** República Federativa do Brasil. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 03 de novembro de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 13.898, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2019.** República Federativa do Brasil. Disponível em: (). Acesso em: 03 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei Nº 14.035, De 11 De Agosto De 2020.** República Federativa do Brasil. Disponível em: (<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.035-de-11-de-agosto-de-2020-271717691>). Acesso em: 03 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei Nº 14.065, De 30 De Setembro De 2020.** República Federativa do Brasil. Disponível em: (<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.065-de-30-de-setembro-de-2020-280529950>). Acesso em: 03 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.** República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.** República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020.** República Federativa do Brasil. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm).

BRASIL. **Medida Provisória Nº 961, De 6 De Maio De 2020.** República Federativa do Brasil. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm). Acesso em: 03 de novembro de 2020.

CAMARÃO. Tatiana. **Medida Provisória nº 961: as vantagens da adoção do Regime Diferenciado de Contratações (RDC).** Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html. Acesso em 05 de novembro de 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4ª ed. Salvador. JusPODVIM. 2017.

DICIO, Dicionário Online de Português. Significado de Calamidade. Disponível em: (<https://www.dicio.com.br/calamidade/>) Acesso em 03 de Novembro de 2020.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2017.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 33ª ed. São Paulo. Atlas. 2019.

FILHO, Marçal Justen. **Direito Administrativo Da Emergência – Um Modelo Jurídico**. In: **COVID-19 E O DIREITO BRASILEIRO**. Disponível <<https://www.passeidireto.com/arquivo/81333489/covid-19-e-o-direito-brasileiro-2020-marcal-justen-filho-e-outros>> Acesso em 10 de novembro 2020.

FILHO, Marçal Justen. **Efeitos jurídicos da crise sobre as contratações administrativas**. In: **COVID-19 E O DIREITO BRASILEIRO**. Disponível <<https://www.passeidireto.com/arquivo/81333489/covid-19-e-o-direito-brasileiro-2020-marcal-justen-filho-e-outros>> Acesso em 10 de novembro 2020.

FILHO, Marçal Justen. **Efeitos jurídicos da crise sobre as contratações administrativas**. In: **COVID-19 E O DIREITO BRASILEIRO**. Disponível <<https://www.passeidireto.com/arquivo/81333489/covid-19-e-o-direito-brasileiro-2020-marcal-justen-filho-e-outros>> Acesso em 10 de novembro 2020.

FILHO, Marçal Justen. **Um Novo Modelo De Licitações E Contratações Administrativas?**. In: **COVID-19 E O DIREITO BRASILEIRO**. Disponível <<https://www.passeidireto.com/arquivo/81333489/covid-19-e-o-direito-brasileiro-2020-marcal-justen-filho-e-outros>> Acesso em 10 de novembro 2020.

HACK, Érico. **Licitações e Contratos Administrativos** [livro eletrônico]. Curitiba - PR, InterSaber, 2019.

HIGA, Alberto Shinji. **Manual de Direito Administrativo** / Alberto Shinji Higa, Marcos Pereira Castro, Simone Zanotello de Oliveira : coordenadores: Alexandre Pereira Pinto, Luiz Roberto Carboni Souza e Sérgio Gabriel - São Paulo: Rideel, 2018.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo. Saraiva Educação. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo. Malheiros editores. 2015.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Ministério da Economia avalia impacto econômico do coronavírus**. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/03/ministerio-da-economia-avalia-impacto-economico-do-coronavirus-no-brasil> . Acesso em: 25 Out. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Nota Informativa: uma Análise da Crise gerada pela Covid-19 e a Reação de Política Econômica**. Nota Técnica, 13 de maio de 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Nova NR-31: **estimativa de impacto com a nova redação**. Nota Técnica, 21 de Outubro de 2020. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-informativas/2020/nr31_nota_informativa.pdf . Acesso em: 25 Out. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Exposição de Motivos nº 00144/2020**. República Federativa do Brasil. Disponível em (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-961-20.pdf) Acesso em: 25 Out. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Exposição de Motivos MI nº 00019/2020 MS AGU CC/PR CGU**. República Federativa do Brasil. Disponível em (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-926-20.pdf) Acesso em: 25 Out. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Boletim Epidemiológico Especial - 35**. Disponível em: (<https://antigo.saude.gov.br/images/pdf/2020/October/15/Boletim-epidemiologico-COVID-35.pdf>). Acesso em: 25 de outubro de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Brasil confirma primeiro caso da doença**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-denovo-coronavirus>. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito** / Paulo Nader – 36.a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Rio de Janeiro. Método. 2020.

PÉRCIO, Gabriela. **MPV 961: antecipação de pagamento e cautelas (extras) necessárias.** 2020. Disponível em <http://www.olicitante.com.br/mp-961-pagamento-antecipado-cauteladas/> Acesso em 05 de novembro de 2020.

PIRONTI, Rodrigo. COVID-19: **reflexos e implicações nas contratações públicas / impactos para o público e o privado.** Disponível em: (<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2020/03/COVID-19-REFLEXOS-E-IMPLICAC%CC%A7O%CC%83ES-NAS-CONTRATAC%CC%A7O%CC%83ES-PU%CC%81BLICAS.pdf>). Acesso em: 04 de Novembro de 2020.

Rio de Janeiro. **Decreto N.º 45.692 De 17 De Junho De 2016** - Estado do Rio de Janeiro, República Federativa do Brasil. Disponível em (http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/site_fazenda/legislacao/tributaria/decretos/2016/DECRETO%20N.%C2%BA%2045692%20DE%2017%20DE%20JUNHO%20DE%202016.htm#:~:text=DECRETO%20N.%C2%BA%2045.692%20DE,JANEIRO%2C%20E%20D%C3%81%20OUTRAS%20PROVID%C3%8ANCIAS.) Acesso em: 03 de novembro de 2020.

Rio Grande do Sul. **Decreto Nº 53.303 - Estado do Rio Grande Do Sul**, República Federativa do Brasil. Disponível em (<https://leisestaduais.com.br/rs/decreto-n-53303-2016-rio-grande-do-sul-estado-de-calamidade-financeira-no-ambito-da-administracao-publica-estadual>) Acesso em: 03 de novembro de 2020.

SANTOS, Jefferson Lemes dos . **Contratações Públicas E Covid-19: A Transparência Como Medida Profilática.** In: **COVID-19 E O DIREITO BRASILEIRO.** Disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/81333489/covid-19-e-o-direito-brasileiro-2020-marcial-justen-filho-e-outros> Acesso em 10 de novembro 2020.

SILVA, Lauri Romário. **Direito administrativo 1** / Lauri Romário Silva. — Caxias do Sul, RS: Educs, 2013 I 120 p.; 21 cm.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula nº 346.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1576>. Acesso em 03 de novembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula vinculante nº 13.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1227>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula vinculante nº 5**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>. Acesso em 03 de novembro de 2020.

TORRES. Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. Salvador: Juspodivm, 2018, 9 ed. P.649