



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

PAULO RODOLFO FRANK FILHO

**A DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA OU CALAMIDADE PÚBLICA
EM CONTEXTO DE PANDEMIA DE COVID-19: ANÁLISE DO PROCESSO DE
DISPENSA DISP/SMS/29/2020 DA SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE
FORTALEZA/CE.**

FORTALEZA

2022

PAULO RODOLFO FRANK FILHO

A DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA OU CALAMIDADE PÚBLICA EM
CONTEXTO DE PANDEMIA DE COVID-19: ANÁLISE DO PROCESSO DE DISPENSA
DISP/SMS/29/2020, DA SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE
FORTALEZA/CE.

Monografia apresentada ao Curso de
Bacharelado em Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sidney Guerra Reginaldo.

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- F1d FRANK FILHO, Paulo Rodolfo.
A DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA OU CALAMIDADE PÚBLICA EM CONTEXTO DE PANDEMIA DE COVID-19 : análise do processo de dispensa DISP/SMS/29/2020, da Secretaria de Saúde do Município de Fortaleza/CE. / Paulo Rodolfo FRANK FILHO. – 2022.
106 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2022.
Orientação: Prof. Dr. Sidney Reginaldo Guerra .
1. Licitação . 2. Contratações Emergenciais . 3. Dispensa de Licitação. 4. Pandemia . 5. Calamidade Pública . I. Título.

CDD 340

PAULO RODOLFO FRANK FILHO

A DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA OU CALAMIDADE PÚBLICA EM
CONTEXTO DE PANDEMIA DE COVID-19: ANÁLISE DO PROCESSO DE DISPENSA
DISP/SMS/29/2020, DA SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE
FORTALEZA/CE.

Monografia apresentada ao Curso de
Bacharelado em Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sidney Guerra Reginaldo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dra. Cynara Monteiro Mariano
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dr. Júlio Norberto de Holanda Aguiar
Presidente da Comissão de Licitação da
Câmara de Vereadores de Fortaleza/CE

Ao meu pai, *in memoriam*, e às muitas pessoas que eu amo e que compartilham a vida comigo, especialmente minha família.

AGRADECIMENTOS

Concluir o curso de bacharelado em Direito em uma universidade pública destacada como a Universidade Federal do Ceará é, além de tudo que pode vir instantaneamente na cabeça do leitor, um grande privilégio da vida, a qual, embora várias vezes cruel, tenho só a agradecer e desfrutar

Minha gratidão, amor e companheirismo absolutos à minha mãe Leandra, meus irmãos, Fausto e Lucas, e uma lista de pessoas que não vou exaurir aqui, mas que está no coração, essa lista compõe minha família que não foi formada pelo sangue.

In memoriam, desejo que esses agradecimentos sejam especialmente recebidos pelo meu pai, que partiu em dezembro de 2020 sem poder presenciar esse momento, do qual aguardava ansioso e com muito orgulho. Fonte de amor inesgotável, de conhecimento de mundo e de vida raro, meu “coroa” me deixou muitas e eternas saudades.

Minha gratidão aos amigos e amigas que compartilham a vida comigo, à minha turma de discentes destacados e amigos diletos, que toda bondade colocada em prática se potencialize e volte para nós.

Aos meus sócios Gilberto Menezes e Hícaro Vilarouca, que compartilhamos a aventura que é empreender no mundo jurídico e que tanto me transformam como pessoa e profissional.

Ao Prof. Dr. Sidney Guerra, pela excelente orientação e exemplo no magistério, sua habilidade de empatia com o discente se destaca entre tantos notáveis docentes. Na pandemia, como seu monitor, participei da experiência desafiadora e gratificante de fazer acontecer os dois semestres letivos de 2020.

Aos demais componentes da Banca, Prof.^a Cynara Mariano e Dr. Júlio Norberto de Holanda Aguiar, agradeço todo o aprendizado transformador que a universidade pública pode proporcionar, tanto prático quanto teórico, o que faço também considerando vocês como representantes dos demais docentes e profissionais que marcaram minha graduação.

Nessa caminhada posso não ter sido o melhor, mas fui o melhor que eu poderia ser, inclusive nos piores momentos, razão pela qual finalizo agradecendo a mim, por ter feito tanto com pouco.

“Vale mais fazer e arrepender-se, que não fazer e arrepender-se - Nicolau Maquiavel.”

RESUMO

Este trabalho teve como temática a abordagem sobre as contratações emergenciais em contexto de pandemia de Covid-19, utilizando-se para isso, a ferramenta da dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública e estudo de caso. Para esse estudo foi realizada pesquisa bibliográfica com abordagem exploratória para desenvolver análise descritiva e histórica no âmbito das contratações públicas por dispensa de licitação, dando ênfase ao estado de pandemia e calamidade pública. Para isso, foram investigados dados disponíveis em sítios virtuais, legislações, artigos e livros, revisitaram-se questões teóricas acerca do conceito, natureza jurídica e generalidades da licitação; dispensa de licitação e sua fundamentação jurídica; bem como, a contratação direta nos casos de emergência ou calamidade pública, tudo com base no estudo da legislação pertinente e das principais lições doutrinárias, em cotejo com a análise do processo de dispensa DISP/SMS/29/2020, da Secretaria de Saúde do Município de Fortaleza/CE. Em consequência, com base nas fontes referidas, restaram identificados três principais pressupostos que autorizam a contratação direta, bem como, verificou-se que os limites legais se encontram insculpidos na norma que se extrai do art. 24, IV, da Lei 8.666/93, bem como das legislações especiais atinentes ao enfrentamento da pandemia, especificamente a Lei Federal nº 13.979/2020 e Lei Municipal nº 10.995/2020. Enfim, concluiu-se que a higidez da contratação direta depende: i) da necessidade de atendimento imediato; ii) demonstração do risco de dano; e iii) demonstração de que ela é providência adequada e eficaz para eliminar o risco, o que foi tornado presumido pelas legislações especiais diante do contexto sanitário, bem como consignou-se que a observação dos referidos pressupostos na contratação direta é sinônimo de boas práticas administrativas e que, não obstante os riscos da contratação sejam elevados, prevalecerá o interesse público na mitigação dos danos, autorizando-se a contratação direta sem prejuízo da responsabilização posterior. Analisando o caso concreto, constatou-se os impactos da pandemia nas contratações públicas, incluindo os regimentos especiais instituídos para o combate da calamidade, a celeridade necessária nas contratações e o elevado grau de risco destas diante da simplificação do procedimento e da urgência na tomada de medidas adequadas para a proteção da coletividade.

Palavras-chave: Licitação. Contratações Emergenciais. Dispensa de Licitação. Pandemia. Calamidade Pública.

ABSTRACT

This work had as its theme the approach to emergency hiring in the context of the Covid-19 pandemic, the tool of waiver of bidding for emergency or public calamity and case study. For this study, a bibliographic research was carried out with an exploratory approach to develop a descriptive and historical analysis in the scope of public contracts by waiver of bidding, highlighting the state of pandemic and public calamity. For this, data available on websites, legislation, articles and books were investigated, reviewed theoretical questions about the concept, legal nature and generalities of the bidding process; waiver of bidding and its legal basis; as well as, direct contracting in cases of emergency or public calamity all based on the study of the relevant legislation and the main doctrinal lessons, in addition to the analysis of the dismissal process DISP/SMS/29/2020, from the Health Department of the Municipality of Fortaleza/CE. As a result, based on the sources indicated, three main assumptions were identified that authorize direct contracting and it was found that the legal limits are listed in the standard extracted from article 24, IV, of Law No. 8.666/93, and special legislation related to the fight against the pandemic, specifically Federal Law No. 13,979/2020 and Municipal Law No. 10,995/2020. Finally, it was concluded that the adequacy of direct contracting depends on: i) the need for immediate assistance; ii) demonstration of the risk of harm; and iii) demonstration that it is an adequate and effective measure to eliminate the risk, what was assumed by the special legislations in view of the sanitary context, as well as it was consigned that the observance of the aforementioned requirements in direct contracting is synonymous with good administrative practices and that, despite the risks of contracting are high, the public interest in reducing damages will prevail, direct contracting is authorized without prejudice to subsequent liability. Analyzing the specific case, the impacts of the pandemic on public contracts were found, including the special regulations instituted to combat the calamity, the necessary celerity in hiring and the high degree of risk of these in view of the simplification of the procedure and the urgency in taking the necessary measures for the protection of society.

Keywords: Bidding. Emergency Contracts. Bidding Waiver. Pandemic. Public Calamity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU – Advocacia Geral da União
ART. – Artigo
BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento
CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados
CF – Constituição Federal
CGU – Controladoria Geral da União
CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais
CNS – Conselho Nacional de Saúde
COFIN – Comissão Intersetorial de Orçamento e Financiamento
CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
CE – Ceará
CGE – Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado
COREPH – Coordenadoria de Redes Pré-hospitalar e Hospitalar
CGU – Controladoria-Geral da União
DEL – Decreto-Lei
ENAP – Escola Nacional de Administração Pública
ESPIN – Emergência em Saúde Pública de importância Nacional
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia Estatística
IJF – Instituto Dr. José Frota
LGL – Lei Geral de Licitação
LC – Lei Complementar
MP – Medida Provisória
MPF – Ministério Público Federal
OMS – Organização Mundial da Saúde
OIT – Organização Internacional do Trabalho
PDT – Partido Democrático Trabalhista
PGM – Procuradoria Geral do Município
RAIS - Relação Anual de Informações Sociais
RDC – Regime Diferenciado de Contratação

SARS-CoV-2 – Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2

SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores

SMS – Secretaria Municipal de Saúde de Fortaleza

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA DA LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	16
3	EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL.....	23
3.1	As contratações públicas anteriores à Constituição Federal de 1988	24
3.1.1	<i>O Período Imperial (1822-1889)</i>	<i>24</i>
3.1.2	<i>República Velha, Era Vargas e República Nova (1889-1964)</i>	<i>25</i>
3.1.3	<i>Regime Militar (1964-1985)</i>	<i>27</i>
3.1.4	<i>Redemocratização da República (1986-1988)</i>	<i>29</i>
3.2	O regime de contratações após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	30
3.2.1	<i>A Constituição Federal de 1988</i>	<i>31</i>
3.2.2	<i>A licitação nos termos da Lei Federal nº 8.666/1993: a Lei Geral de Licitações</i>	<i>33</i>
3.2.3	<i>Legislações sobre licitação posteriores à Lei nº 8.666/1993</i>	<i>39</i>
3.2.4	<i>A nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei Federal nº 14.133/2021</i>	<i>41</i>
4	CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: A DISPENSA DE LICITAÇÃO.....	45
4.1	Pressupostos e limites da dispensa de licitação decorrente de emergência ou calamidade pública	48
5	A PANDEMIA DE COVID-19 COMO SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA E CALAMIDADE PÚBLICA	56
5.1	Inovações legislativas para o enfrentamento da pandemia de Covid-19 pelo Poder Público	61
5.1.1	<i>Legislação Federal</i>	<i>61</i>
5.1.2	<i>Legislação Estadual</i>	<i>69</i>

5.1.3	<i>Legislação do Município de Fortaleza</i>	72
6	ESTUDO DE CASO: PROCESSO DE DISPENSA DISP/SMS/29/2020 DA SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE..	77
7	CONCLUSÕES	91
	REFERÊNCIAS	100

1 INTRODUÇÃO

A dispensa de licitação é uma das exceções previstas pelo legislador constitucional, visando garantir certa flexibilidade às contratações públicas, com o desiderato de atender situações específicas. Seu fundamento constitucional pode ser extraído da primeira parte do inciso XXI do art. 37 da CF/ 88, o qual prevê que “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 (...)”.

Em que pese o princípio da obrigatoriedade da licitação, a lei não poderia deixar de ressaltar algumas hipóteses em que, pela sua particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do procedimento. O procedimento de licitação é a regra do ordenamento jurídico pátrio para a realização de contratações públicas, entretanto, em algumas situações haverá exceções a tal regra, tal qual contratação direta por dispensa de licitação.

Em síntese, este trabalho busca responder a seguinte questão: quais são os pressupostos e os limites aplicáveis às contratações públicas por dispensa de licitação em contexto de pandemia de Covid-19?

A partir do ano de 2020 o mundo passou a vivenciar a maior crise sanitária do século, ocasionada pela rápida e mortal proliferação do vírus Sars-Cov-2, o novo Coronavírus ocasionador da doença Covid-19, que até o dia 20 de maio de 2022 ocasionou 521.920.560 casos confirmados de Covid-19 e lamentáveis 6.274.323 mortes no planeta, com 30.762.413 casos confirmados e 665.493 mortes no Brasil, sendo 1.228.823 casos confirmados e 26.983 mortes no Estado do Ceará, enquanto a capital do Estado, o Município de Fortaleza, no mesmo período registrava 392.935 casos confirmados e 11.466 mortes.

No intuito de atender às necessidades atuais, foram promulgadas novas leis para dar suporte às contratações emergenciais no período de pandemia causada pelo novo Coronavírus, as Leis Federais nº 13.979/2020 e a nº 14.035/2020, assim como a Lei Estadual nº 17.194/2020 e Municipal nº 10.995/2020, ambas estabelecendo medidas a serem adotadas para enfrentamento da pandemia, que se somam as previsões do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

Considerando o alto grau de transmissibilidade da doença infectocontagiosa, houve profundas mudanças no cotidiano da população e da Administração, notadamente diante das medidas de isolamento social, realidade que impactou diretamente as contratações públicas, tanto pela impossibilidade de aplicação do procedimento de licitação quanto pela

necessidade urgente de adotar medidas de combate à pandemia, razão pela qual se destaca a relevância da temática e do estudo, pois intenta investigar os pressupostos e limites das contratações diretas em tal contexto, além de realizar apontamentos de questões práticas relevantes.

Desse modo, a presente pesquisa teve como objetivo investigar as contratações diretas por dispensa de licitação em contexto de pandemia de Covid-19, através da análise das leis que regulam os procedimentos licitatórios no Brasil e das legislações específicas criadas para enfrentamento da situação de calamidade sanitária, delimitando seus pressupostos, previsões normativas e avaliando caso concreto para apontamento de questões práticas relevantes.

Com efeito, por meio do presente trabalho, pretende-se empreender esforços no sentido de dar resposta a essa indagação, alcançando-se, portanto, os objetivos específicos do presente trabalho, quais sejam, identificar quais são esses pressupostos e limites e, na esteira dos resultados encontrados, contribuir com o equilíbrio jurídico entre o alcance máximo do conteúdo finalístico da norma que autoriza a contratação direta e a higidez das ações necessárias à sua aplicação. Para tanto, faz-se mister refletir sobre os aspectos teóricos e práticos da contratação direta por dispensa de licitação para enfrentamento da pandemia de Covid-19, sendo esse o objetivo geral desse trabalho.

Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica com abordagem exploratória para desenvolver análise descritiva e histórica da licitação com instrumento de contratações públicas, dando ênfase às contratações diretas por dispensa diante de estado emergência ou calamidade pública.

Foram investigados dados disponíveis em sítios virtuais, legislações, artigos e livros, revisitaram-se questões teóricas acerca do conceito, natureza jurídica e generalidades da licitação, dispensa de licitação e sua fundamentação jurídica, bem como a contratação direta nos casos de emergência ou calamidade pública, tudo com base no estudo da legislação pertinente e das principais lições doutrinárias, em cotejo com a análise do processo de dispensa DISP/SMS/29/2020, da Secretaria de Saúde do Município de Fortaleza/CE.

A pesquisa está dividida em quatro blocos, onde no primeiro se aborda a fundamentação histórica da licitação com instrumento de contratações públicas, desde noções sobre a formação da sociedade política e concepções de estado, passando pela função de administrar e o contexto histórico da administração pública, até a discussão de precedentes históricos da licitação.

No segundo, se trata da evolução legislativa das contratações públicas no Brasil, perpassando por todas as legislações atinentes a matéria, desde o período imperial até os dias atuais.

Após, se apresenta as contratações emergenciais por dispensa de licitação na legislação brasileira, especialmente os pressupostos e limites da dispensa de licitação decorrente de emergência ou calamidade pública.

Por conseguinte, se investiga se a pandemia de Covid-19 caracteriza situação de emergência ou calamidade pública de modo a fundamentar a aplicação do procedimento de dispensa de licitação.

Por fim, investiga-se as inovações legislativas para o enfrentamento da pandemia de Covid-19 pelo poder público, tanto federais, quanto estaduais e municipais, passando-se à análise de caso concreto, qual seja, o processo de dispensa DISP/SMS/29/2020 da Secretaria de Saúde do Município de Fortaleza/CE, para avaliar questões práticas das contratações emergenciais em contexto de pandemia e fazer apontamentos práticos relevantes e norteadores de próximos estudos.

2 FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA DA LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.

O procedimento licitatório existente hoje no Brasil, dotado de objetivos bem delimitados, com viés de obrigatoriedade, com modalidades variadas e com ampla regulamentação legal – que será abordado no tópico pertinente, indica que essa sistemática complexa não foi desenvolvida “da noite para o dia”, mas sim construída ao longo da história e que está em constante evolução. Desse modo, para analisar o procedimento licitatório como instrumento da Administração Pública na consecução de seus fins, é necessário adentrar em conhecimentos quanto aos objetivos do Estado e sua organização.

A concepção de Estado pode ser apresentada sob diversos sentidos, variando de acordo com a perspectiva de análise, como para Oliveira Santos (1919) que, sob a óptica política, conceitua o Estado como *“a Nação soberana, constitucionalmente governada por formas e poderes pela mesma estabelecidos, em território por ellaoccupado”* (SANTOS, 1919, p. 34 e 35).

Dallari (2003), objetivamente trata o Estado como uma realidade ou situação de permanente convívio, vinculando essa ideia à sociedade política, divergindo de Kelsen,

segundo o qual não é adequado relacionar o Estado à realidade social, porquanto este, enquanto realidade jurídica, é uma espécie de pessoa jurídica, quase uma corporação, ou seja, trata-se de uma sociedade organizada politicamente e constituída por uma ordem coercitiva, sendo esta, o Direito.

Os conceitos de Estado são frutos de um longo desenvolvimento histórico e institucional, de modo que o Estado contemporâneo, segundo CARVALHO (2017, p.33), apresenta-se da seguinte forma:

O Estado é uma instituição organizada política, social e juridicamente, dotada de personalidade jurídica própria de Direito Público, submetida às normas estipuladas pela lei máxima que, no Brasil, é a Constituição escrita e dirigida por um governo que possui soberania reconhecida tanto interna como externamente, Um Estado soberano possui, como regra geral, um governo que é o elemento condutor, um povo, que representa o componente humano e um território que é o espaço físico que ocupa. O Estado é responsável pela organização e pelo controle social, uma vez que detém o monopólio legítimo do uso da força.

O conceito apresentado já tem como base a ideia de um Estado de Direito, calcada em três pilares: a tripartição de poderes, a universalidade da jurisdição e a maximização do princípio da legalidade. Portanto, o Estado de Direito é aquele que se submete ao direito que ele mesmo instituiu, sendo este, ao mesmo passo, a limitação do poder e o exercício do poder dentro da lei, o que lhe confere legitimidade.

Segundo Hayek (1990), o Estado de Direito se caracteriza pelo fato de a atuação governamental estar estritamente vinculada à normas providas de generalidade, abstratividade e irretroatividade. Tal vinculação funda-se essencialmente nos limites estabelecidos pelas constituições providas de supremacia, as quais, com o objetivo de conter os excessos da maioria e assegurar a igualdade e a liberdade, estabelecem arranjos institucionais como o bicameralismo, a federação e a separação dos poderes, sem os quais o Estado de Direito seria colocado em risco. (NETO e SARMENTO, 2012).

Certo é que o conceito de Estado varia de acordo com a perspectiva de análise e o momento histórico em que se desenvolveram os conceitos, não seria de outro modo, pois a história da humanidade é marcada por mudanças significativas em sua ordem social, desde que esta se organizou coletivamente em torno da agricultura até os dias presentes, de modo que diversos conceitos são achados.

Todavia, algo que não escapa dos conceitos é que o Estado tem governar como uma de suas atividades, que pode ser considerada como a atuação pública na gestão dos interesses coletivos, direta ou indiretamente, ou seja, a administração da sociedade política através de órgãos e instrumentos que possam convergir para o alcance dos fins do Estado.

A gestão da coisa pública decorre da função administrativa do Estado, a qual se caracteriza pela “gestão concreta, prática, direita, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p.36). Administrar significa não apenas prestar serviço, mas também dirigir, governar, exercer a vontade objetivando a obtenção de um resultado útil e, ainda que genericamente, traçar programa de ação e executá-lo (MELLO, 1979).

Nesse sentido, o Estado possui uma função de gerir a vida da sociedade, além do seu próprio funcionamento. Tal função distingue-se da função legislativa de elaboração de normas e da função jurisdicional de aplicar a lei com grau de definitividade, pois está intrinsecamente relacionado à ideia de Administração Pública e independe da provocação de terceiros.

A função executiva é a emanção de atos de produção jurídica complementares, em aplicação concreta do ato de produção jurídico primário e abstrato contido na lei, nessa função o órgão estatal atua como parte das relações a que os atos se referem (ALESSI, 1970).

Para Di Pietro (2019), a Administração Pública em sentido objetivo é a atividade concreta e imediata que o Estado empreita, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para consecução dos interesses coletivos, enquanto sob o aspecto subjetivo abrange todos os entes, órgãos, pessoas jurídicas e agentes aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa.

Num estágio inicial da história, o governante patrimonial era assessorado por um restrito grupo de pessoas, com os quais geralmente compartilhava a própria moradia, sendo este o embrião da administração pública, conforme expressado por SWEDBERG (2005, p. 123):

“Os cargos de administração pública do mundo todo têm sua origem nesse tipo elementar de administração familiar: o camarista (tesouro e receita), o intendente (roupas e armaduras), o cavaleiro (estábulos e cocheiras) e assim por diante. Outro tipo de empregado primitivo era o político, posto ocupado, em geral, por um dos favoritos nos regimes patrimoniais; os escreventes e contabilistas apareceram bem no início, ao se perceber que era difícil governar com eficiência sem sua ajuda. Quando o número de empregados se tornou tão grande que não podiam continuar vivendo na casa do governante, foram instalados em outra parte do império. Mas [...] Seu principal compromisso ainda era com a pessoa do governante, e o que importava era a lealdade, não a imparcialidade, como numa burocracia. Quando os funcionários patrimoniais deixaram de comer à mesa de seu senhor, tiveram de ser remunerados de outra forma [...] Os serviços patrimoniais eram pagos pelo próprio governante, em geral com recursos provenientes de sua despesa ou de seu tesouro. Quanto maiores os recursos do governante, tanto maior poderia ser sua equipe administrativa; e a tendência do regime patrimonial era, conseqüentemente, o crescimento da equipe administrativa”.

Na concepção de Weber (1991), o termo “patrimonialismo” foi usado para designar sistemas político-sociais nos quais os limites do público e do privado se confundem, e o Estado, em vez de restringir-se à função política, se intromete em outros domínios, porém, mais em sintonia com os interesses particulares dos grupos que o comandam do que com os interesses da nação e do povo.

Na Europa Ocidental, a administração patrimonialista praticada pelos regimes monárquicos deu causa a convulsões sociais sangrentas, motivadas pelo crescimento de valores éticos sintonizados com os interesses da burguesia capitalista, a qual soube catalisar o descontentamento generalizado das populações sufocadas pelo Estado e promoveu revoluções responsáveis pela fundação do Estado Liberal, ainda no século XVIII.

A administração pública chamada de burocrática surge da evolução histórico-cronológica dos modelos de administração, encontrando nas revoluções liberais o estopim do seu desenvolvimento. São características marcantes de um modelo burocrático de administração: a formalização, a divisão do trabalho, a hierarquização e a impessoalidade.

Este modelo é, de certa forma, uma resposta ao modelo anterior (patrimonialista), onde a permeabilidade entre o público e o privado era praticamente ilimitada (PEREIRA, 2008). Os critérios de racionalidade, legalidade, normas, formalidade e outras maneiras objetivas de garantir a forma de poder dos Estados são os princípios básicos de uma administração pública burocrática, de acordo a concepção de estado moderno apresentada por WEBER (1999, p. 529):

Estado moderno é uma associação de dominação institucional, que dentro de determinado território pretendeu com êxito monopolizar a coação física legítima como meio de dominação e reuniu para este fim, nas mãos de seus dirigentes, os meios materiais de organização, depois de desapropriar todos os funcionários estamentais autônomos que antes dispunham, por direito próprio, destes meios e de colocar-se ele próprio, em seu lugar, representado por seus dirigentes supremos.

Assim, percebe-se que, após o êxito das revoluções liberais, desenvolveu-se um novo modelo de administração pública com vistas a preservar o Estado Liberal e seus bens tutelados, tais como: a vida, a propriedade e a liberdade, pois estes eram os interesses supremos da burguesia. Ademais, a nova sistemática também tinha o condão de impedir a prática administrativa patrimonialista típica dos regimes absolutistas.

De acordo com Abrúcio (2005), o momento em que modelo burocrático conhecido se mostrou aparentemente esgotado foi em meados dos anos 70, quando os Estados entraram em crises em suas três dimensões: econômica, social e administrativa. A falta de eficiência para atender as novas demandas do mundo globalizado, o desgaste do modelo

burocrático de administração, forçaram nos últimos anos a redefinição do papel do Estado, do seu grau de interferência na sociedade, principalmente no campo econômico (PEREIRA, 2005).

Esta redefinição no papel do aparelho do Estado como um todo, forçou a emergência de um novo modelo de administração pública. O terceiro modelo de administração pública descrito na escala histórica é o chamado “gerencial”, que se difere bastante dos dois anteriores e se apresenta como uma espécie de avanço dos seus antecessores.

O que a modernidade reclama é uma administração gerencial, marcada pela gestão e controle de resultados, com maior autonomia do administrador, planejamento, incentivos ao servidor, descentralização, menor verticalização hierárquica e o estímulo às parcerias com o setor privado (COUTINHO, 2018). Administração Gerencial é aquela segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência pública compatível com as necessidades comuns da administração, sem prejuízo para o interesse público (COELHO, 2004).

Os aspectos da administração gerencial assemelham-se às técnicas utilizadas pelas empresas privadas, em especial, o caráter competitivo e a contenção de gastos. O modelo gerencial se caracteriza pela existência de práticas modernas de gestão pública, alterando os critérios de aplicação do controle dos serviços públicos, as relações entre o Poder Público e seus servidores e alterando, de igual modo, a própria atuação da administração, que passa a enfatizar a eficiência, a qualidade e a efetiva concretização do regime democrático, mediante a participação mais intensa dos cidadãos.

Os estudos indicam que não se pode afirmar que a administração pública gerencial objetiva negar todos os princípios do modelo burocrático, notadamente diante da constatação de que àquela é o desenvolvimento desta, razão pela qual possuem princípios em comum, tais como: impessoalidade, profissionalismo, legalidade e moralidade. Todavia, a administração gerencial fornece, em tese, padrões flexíveis de gestão, confere autonomia ao administrador e utiliza-se de um controle *a posteriori* em maior escala.

Diz-se em tese porque a prática tem demonstrado que o modelo gerencial tem sido meio de afastamento do Estado de seus objetivos, utilizando de práticas do mercado na administração pública para que o Estado atue diretamente cada vez menos nas áreas sensíveis ao desenvolvimento social, limitando-se a regulamentar atividades e serviços que deveria prestar diretamente. A busca pelos resultados, que se vê como uma distinção do modelo gerencial em comparação aos seus antecessores, tem sido instrumentalizada para alcançar os

resultados que interessam a pequenos grupos dominantes, os quais geralmente destoam do interesse público.

Realizada esta elucidação de conceitos e teorias acerca do Estado, da concepção de Administração Pública, bem como de contextos históricos que fomentaram o desenvolvimento dos modelos de gestão, torna-se necessário observar os precedentes históricos das licitações como instrumento de contratações públicas.

Valendo-se, parcialmente, do conceito de José Roberto Dromi (1975), pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. Carvalho Filho (2019) conceitua a licitação como procedimento administrativo vinculado, utilizado pela Administração Pública e pelos entes por ela controlados, para selecionar a proposta mais vantajosa, dentre aquelas oferecidas pelos interessados, visando à celebração de um contrato ou obtenção de um serviço técnico, artístico ou científico.

A origem etimológica da palavra licitação deriva do latim *licitationem, licitatio, licitatio-onis*, que significam venda por lances, que se entende como o preço sobre a coisa levada à leilão, oferecido em quantia no ato de arrematação (DOURADO, 2007). No sentido etimológico, licitar é sinônimo de subastar, sendo esta expressão uma herança deixada pelos árabes, que vendiam “sub-hasta” ou sob a hasta, que significa sob a lança, expressando que nada devia ser oculto e não poderia haver suspeitas no contrato ou negócio, conforme explana López-Elías (1999).

Essa modalidade de venda também era praticada na Roma Antiga, quando a utilizavam para a comercialização de bens ofertados pelo Estado, sejam por conquistas, espólios de guerra e, até mesmo, por condenação criminal de um cidadão. Os itens eram expostos em meio a lanças fincadas ao chão e a população fazia ofertas de compras por eles. Aos poucos, essa dinâmica foi estendida aos contratos públicos para compra de produtos pelo governo, sendo o marco inicial da licitação como meio de celebração de contratos do Estado.

Ademais, anteriormente ao surgimento desse processo de compras por lance em Roma, há registros que revelam a utilização de um instrumento similar à licitação por povos antigos, tais quais os chineses e os babilônicos, sendo que estes últimos “presentaram” a humanidade com a elaboração do Código de Hammurabi, o qual traz legislado, ainda que de forma simplória, a presença do instituto, consoante registram Batista e Prestes (2004, p. 132):

Alguns especialistas afirmam que seu conceito – a obtenção dos melhores resultados para as contratações – estava presente no Código de Hamurabi, elaborado em 1694 antes de Cristo pelo rei da Babilônia, ou mesmo entre os chineses. Mais tarde, o Código de Justiniano – a compilação das leis romanas, realizada entre 529 e 565 pelo imperador Justiniano, governante do Império Bizantino, e que serviu de base para o direito civil romano, origem do direito de todos os países latinos – generalizou a venda pública de bens fiscais, estendendo-a mais tarde à contratação de obras públicas. Um censor era encarregado de dirigir a contratação das obras, preparar o contrato e adjudicar a licitação. Ele tinha a possibilidade de vetar fornecedores que não considerasse idôneos ou que tivessem deixado contratos anteriores sem total cumprimento.

Durante a idade média na Europa Medieval, a Administração Pública, com limitações para executar uma obra ou adquirir um bem, distribuía avisos (instrumento convocatório) contendo suas necessidades, quais serviços ou produtos demandavam, comunicando horário, local e data para comparecimento dos interessados em fornecer o produto ou serviço solicitado. O certame contava com a participação de um representante do Estado, além dos interessados, e para dar início acendia-se uma vela.

Esse sistema era denominado de “Vela e Pregão”, que consistia em “apregoar-se a obra desejada, e, enquanto ardia uma vela os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando extinguiu a chama adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço” (MEIRELLES, 2016). Nesse período, nasceu o processo de licitação similar ao que conhecemos contemporaneamente, com destaque para o procedimento em detrimento de uma mera modalidade de venda (RIBEIRO, 2011).

Nesta época, o foco da gestão pública estava no benefício econômico-social do clero e da nobreza, pois prevalecia o padrão de Administração Pública Patrimonialista dentro de um Estado Absolutista, nos termos apresentados no tópico anterior, fato este que potencializou os atos de corrupção e o cometimento de fraudes diante da ausência de um arcabouço jurídico regulamentador e limitador desse processo.

Em breves comentários acerca dos acontecimentos históricos referentes à licitação, assim concluiu López-Elías (1999):

En Francia en el siglo XVI, hay ordenanzas que prescriben la adjudicación al mejor precio para la ejecución de obras públicas o contratos de suministro. En la práctica, la adjudicación no siempre se realizaba; hubo entonces escándalos de corrupción, por el hecho de celebrarse contratos sin adjudicación. En términos generales, la licitación pública se generalizó por Europa y se extendió al mundo, en el siglo XVIII y especialmente en el siglo XIX, cuando se empezaron a expedir una serie de leyes al respecto.

Desse modo, vislumbra-se que a licitação pública é um procedimento oriundo da Administração Pública Burocrática e Gerencial, a qual tem por finalidade estabelecer critérios

objetivos para a realização de contratos públicos, asseguradas as condições de isonomia e prevalência do interesse público através da escolha da melhor proposta, minimizando, assim, a incidência vícios de preferências arbitrárias ou critérios subjetivos típicos de padrões de um modelo de administração pública patrimonialista.

Em que pese à existência de variações linguísticas afetas à palavra licitação, invariavelmente a finalidade a que se destina o instituto é a mesma. Na Argentina o termo utilizado é *Licitación Pública*; No México é chamada *Licitación*, “concurso” ou “subasta”; Na Espanha é conhecida por *subasta pública*, *subasta* y *concurso subasta*; Na Itália é denominada *asta pública* e na França *l’adjudication*, tais fatos demonstram que a licitação é amplamente utilizada como instrumento para contratações públicas por diversos países.

Com esta breve elucidação de fatos históricos sobre a forma em que a licitação fora estabelecida como instrumento de contratações públicas, se torna necessário, neste momento, observar a licitação na formação do Estado Brasileiro, bem como a evolução legislativa acerca da matéria.

3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL

A Administração Pública, como foi visto no capítulo anterior, exerce atividade multifária e complexa, sempre com os olhos voltados para fins de interesse público. Para alcançá-los, precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros, razão por que é obrigada a firmar contratos para realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens, execução de serviços públicos, locação de imóveis etc.

Por isso é que, como bem observa Bielsa (1964), a causa jurídica, fundada numa causa fática, é sempre elemento essencial dos contratos.

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever que essa liberdade daria margem às escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos, assim como a sociedade em geral.

A licitação veio contornar esses riscos, sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração (LASO, 1953).

No Brasil, o processo licitatório encontra-se em constante evolução, iniciando no Império, com o primeiro registro de normas para tal finalidade, passando pelo período republicano, regime militar, redemocratização e até os dias atuais.

Tais ferramentas de gestão pública sofreram mudanças significativas, razão pela qual é imprescindível analisar as principais características das leis que regularam os processos licitatórios no país, no período compreendido entre o Brasil Império e os dias atuais, apresentando ainda os impactos dessas características para as respectivas sociedades de cada época e para a construção da atual conjuntura sobre os procedimentos licitatórios.

3.1 AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

3.1.1 O PERÍODO IMPERIAL (1822-1889)

A norma que iniciou o trato legislativo acerca das licitações e contratos públicos no Brasil foi editada no Império, em 14 de maio de 1862, durante a vigência da primeira constituição do Estado Brasileiro, datada de 1824, e perdurou até 1922, na vigência da constituição de 1891, que instituiu a república como forma de governo.

O regulamento para as "arrematações dos serviços" a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas é considerado a primeira norma legal sobre licitação no Brasil. Com 39 artigos, o Decreto 2.926/1862 é assinado pelo ministro Manoel Felizardo de Souza e Mello e rubricado pelo imperador Pedro II. Na época, não se usava o termo "licitação", mas "*conurrencia*" (na grafia da época, com "u" e sem acento).

O Decreto (BRASIL, 1862) dispõe, já no primeiro artigo, que o prazo de apresentação das propostas é de quinze dias a seis meses, devendo ser precedido da publicação de anúncios convidando concorrentes, conforme se lê abaixo:

Art. 1º Logo que o Governo resolva mandar fazer por contracto qualquer fornecimento, construcção ou concertos de obras cujas despezascorrão por conta do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, o Presidente da junta, perante a qual tiver de proceder-se á arrematação, fará publicar annuncios, convidando concurrentes, e fixará, segundo a importancia da mesma arrematação, o prazo de quinze dias a seis mezes para a apresentação das propostas (redação original).

No artigo seguinte, tratando das arrematações para fornecimentos, o texto determinava a obrigatoriedade de a Administração Pública apresentar amostras dos objetos

pretendidos em local visível para os concorrentes. Em caso de construções ou reparações de obras, a determinação era recolher no “Arquivo Central das Obras Públicas”, onde se depositariam também as informações que fossem necessárias ao respeito das cláusulas gerais e condições especiais do contrato.

A primeira norma versando sobre contratações públicas no Estado Brasileiro apresenta previsões embrionárias de princípios e práticas modernas na Administração Pública, como a publicidade dos anúncios, apresentação de amostras, bem como estabelecimento de prazos para apresentação das propostas.

Com a edição do ato normativo, se registrou o primeiro comando legal determinando que a proposta escolhida devesse ser a mais vantajosa, de acordo com parecer emitido pela junta responsável pela arrematação, nos termos abaixo:

Art. 7º Finda a praça, a junta, perante a qual houver tido lugar a arrematação, examinará todas as propostas e documentos dos concorrentes, a fim de dar seu parecer sobre ellas, indicando a que julgar mais vantajosa. De tudo se lavrará uma acta, na qual será exarada por extenso a proposta de cada concorrente. Esta acta, acompanhada dos proprios documentos apresentados pelos concorrentes, será remetida ao Ministro da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, para decidir sobre a adjudicação (BRASIL, 1862).

Em que pese às inovações legislativas expostas no Decreto supramencionado, sendo o marco do início de desenvolvimento de uma gestão pública mais eficiente, cumpre mencionar que a Administração Pública geralmente não observava os comandos legais no exercício da atividade administrativa, notadamente diante do fato de que o Estado Brasileiro ainda se valia da escravidão como mercado legal e estava fundado sob uma monarquia constitucional, com a centralização do poder na mão do Imperador, o qual era o líder máximo da nação e chefe do Poder Moderador.

3.1.2 REPÚBLICA VELHA, ERA VARGAS E REPÚBLICA NOVA (1889-1964)

Em 1922, aproximadamente trinta e um anos após início de vigência da Constituição Republicana de 1891, o Congresso Nacional aprovou o Decreto nº 4.536/1922, que instituiu o Código de Contabilidade da União, o qual fora sancionado pelo então presidente Epitácio Pessoa e que perdurou durante a vigência da constituição da Segunda República (1934), assim como da constituição do Estado Novo (1937) e da carta magna de 1946.

Uma das inovações estabelecidas por este Decreto foi a condição para o empenho de despesa, assim como o estabelecimento de prazo para apresentação da proposta de despesa por parte do Governo.

Nesse sentido, o art. 13 dispõe que “O Governo enviará á Camara dos Deputados, até 31 de maio de cada anno, a proposta de fixação da despesa, com o calculo da receita geral da Republica, para servir de base á iniciativa da lei de orçamento”, enquanto o §1º do art. 10 expressa que “Não se poderá dentro daquelle periodo empenhar despesa nova por conta do exercicio, sinão pagar apenas as que tiverem sido empenhadas até a expiração do anno financeiro.” (BRASIL, 1922).

Acresça-se às características deste ato normativo, a previsão de que o empenho da despesa deveria ser precedido de contrato, a ser celebrado mediante concorrência pública nos casos de fornecimentos e obras que perfizessem os valores estabelecidos na legislação.

Fortes Jr. (2017), tornando mais compreensível o entendimento da lei, observa:

O Artigo 49 obrigava concorrência pública para fornecimentos acima de determinado valor e para obras quando ultrapassasse o dobro do valor estipulado para fornecimento. Havia uma fase preliminar em que era julgada a idoneidade do proponente no prazo de dez dias findo o qual seria inscrito no certame. Havia obrigatoriedade de publicação em diário oficial com todas as informações necessárias aos interessados. Percebe-se neste caso o que hoje é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Nesse ordenamento há outros dispositivos que fazem referência a contratos, mas em termo de inovação na área de licitações não traz muitas novidades.

A questão da idoneidade do proponente, evidenciada pelo autor, é matéria de grande relevância dentro do objetivo de se fazer materializar uma administração pública eficiente enquanto contratante, assim como a obrigatoriedade de “publicação no Diario Official, ou nos jornaes officiaes dos Estados, das condições a serem estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e logar desta” prevista no §º art. 52 (BRASIL, 1922).

Outra novidade é a possibilidade de estabelecimento de regimes de concorrências permanentes para os fornecimentos ordinários, ou seja, os materiais que são habitualmente demandados pela Administração. A inscrição dos interessados deveria ser feita acompanhada dos preços oferecidos, qualidade e demais esclarecimentos tidos como necessários, fundando na legislação o cadastro de fornecedores.

O formato do processo licitatório instituído privilegiou, em tese, a transparência para a sociedade, que passava a poder saber para onde estavam indo os gastos públicos, trazendo maior segurança para a população. Todavia, com o patrimonialismo muito enraizado

na prática administrativa, aliado ao alto grau de burocratização que uma contratação exigia dos administradores, as normas descritas no Decreto, por fim, serviam mais como formalidades e menos como imperativos, visto que permanecia o favorecimento à amigos, parentes e aliados.

3.1.3 REGIME MILITAR (1964-1985)

O Decreto-Lei nº 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências, fora publicado em 25 de fevereiro de 1967, aproximadamente três anos após a instalação do regime militar, visando adequar a estrutura da Administração Pública Federal aos interesses das forças armadas, que então comandavam o país.

Acerca da finalidade do Decreto-Lei (DEL) mencionado para com a administração pública brasileira, Beatriz Wahrlich (1974, p.44) assim sustenta em um trecho de seu artigo:

Foi sugerido ainda pelo Ministro do Planejamento a supressão dos controles meramente formais, a criação de um sistema de efetivo controle dos dispêndios públicos e de responsabilidades de seus agentes, a instituição de sistema de acompanhamento da execução dos programas de trabalho, a expedição de normas financeiras que se ajustem aos objetivos visados, o incentivo à intercomunicação administrativa e, finalmente, a valorização da função pública, com a dignificação e profissionalização do funcionário, observância do sistema do mérito e remuneração satisfatória.

Pela primeira vez um texto normativo elencou expressamente os princípios a serem seguidos pela administração federal, vinculando suas atividades aos imperativos do planejamento, da coordenação, descentralização, delegação de competência e do controle, conforme determina a redação do art. 6º¹.

O DEL (BRASIL, 1967) reservou o título XII para “as normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações, em tais previsões legais pode se perceber os primeiros que traços que nortearam a construção da Lei nº 8.666/1993, a qual é utilizada atualmente.

Dentre as modalidades de licitação, foram definidas três: concorrência, tomada de

¹ Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

I - Planejamento.

II - Coordenação.

III - Descentralização.

IV - Delegação de Competência.

V - Controle.

preços e convite, assim como fora estabelecido que as compras, obras e serviços deveriam ser efetuados com estrita observância do princípio da licitação, ou seja, impondo a obrigatoriedade de licitar.

Outro ponto que merece registro é a previsão do art. 142, que impôs aos responsáveis pela política monetária e pela política de comércio exterior o estabelecimento de diretrizes para regulação das licitações internacionais, a primeira previsão legal sobre a matéria.

Regulando a necessidade de observar a publicidade das licitações, o Decreto-Lei assim assevera:

Art. 129. A publicidade das licitações será assegurada:

I - No caso de concorrência, mediante publicação, em órgão oficial e na imprensa diária, com antecedência mínima de trinta dias, de notícia resumida de sua abertura, com indicação do local em que os interessados poderão obter o edital e tôdas as informações necessárias.

II - No caso de tomada de preços, mediante afixação de edital, com antecedência mínima de quinze dias, em local acessível aos interessados e comunicação às entidades de classe, que os representem.

Parágrafo único. A Administração poderá utilizar outros meios de informação ao seu alcance para maior divulgação das licitações, **com o objetivo de ampliar a área de competição.**

Analisando o parágrafo único do dispositivo acima colacionado, se vislumbra o objetivo da máxima participação, de modo que a Administração tem que se valer dos meios necessários para garantir que o máximo de interessados tome ciência da contratação, para que assim a escolha da Administração pela proposta mais vantajosa seja assegurada.

Em que pese às inovações supra aludidas, o comando legal mais relevante para os objetivos desta pesquisa é a previsão da alínea a do §2º do art. 126, segundo a qual:

Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação.

§ 1º A licitação só será dispensada nos casos previstos nesta lei.

§ 2º É dispensável a licitação:

a) nos casos de guerra, grave perturbação da ordem **ou calamidade pública;**

De forma inédita, o Decreto-Lei inaugura no ordenamento jurídico brasileiro as hipóteses de dispensa de licitação, a qual se configura como uma exceção ao princípio da obrigatoriedade de licitar, que se encontra expresso no caput do artigo acima citado. Dentre as hipóteses que fundamentariam o afastamento da obrigatoriedade de licitar, o legislador inclui os casos de calamidade pública.

Até o dia 20 de junho de 1968, as normas em questão se aplicavam tão somente à administração pública federal, razão pela qual os Estados e Municípios possuíam ampla

discricionarieidade quanto ao assunto. Na data em questão, foi promulgada a Lei nº 5.456/1968, estabelecendo a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

O DEL nº 200/1967 vigorou como norma regente das licitações entre os anos 1967 e 1986, durante a vigência da sexta constituição federal, a constituição do regime militar.

3.1.4 REDEMOCRATIZAÇÃO DA REPÚBLICA (1986-1988)

Ainda sob a vigência da Constituição do Regime Militar, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 foi sancionado pelo então presidente José Sarney, que foi o primeiro civil a governar o país desde o golpe militar de 1964 e foi responsável por chefiar o país no processo de redemocratização.

O Decreto dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e demonstra-se como uma evolução em relação ao decreto nº 200/1967, trazendo a busca pela moralização e organização da atividade administrativa, ainda que limitada aos interesses dos militares de inibir a fiscalização da corrupção administrativa do regime, sendo este o grande marco da licitação no Brasil até aquele momento, conforme afirmam Rigolin e Bottino (2008, p. 192):

O antigo Estatuto Jurídico das Licitações e dos Contratos Administrativos marcou profunda e definitivamente seu lugar na história do direito brasileiro a tal ponto que, consoante se denota, até mesmo o legislador brasileiro de 1991 a 1993 o prestigiou na mais ampla medida, elegendo-o como fonte primordial de inspiração para a Lei 8666/93.

Designado de Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, sendo seu corpo estrutural composto por noventa artigos, divididos em seis capítulos, os quais tratavam do tema no âmbito da Administração Federal, sendo esta denominação indicada no art. 1º do Decreto Lei nº. 2300/86, da seguinte forma:

Art. 1º Este decreto-lei institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 1987).

O art. 2º expressa a necessidade de realização de licitação prévia às compras, serviços e alienações que a Administração pretendia fazer com terceiros. Além disso, a norma em questão impunha à Administração o dever de vinculação ao edital, evidenciando a responsabilidade deste em casos de descumprimentos, apontando a conduta esperada do

agente público.

A finalidade da licitação, nos termos da norma, é possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, a qual deveria ser processada e julgada estritamente com base nos princípios “da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”

Acerca do julgamento das propostas, o DEL estabelecia:

Art. 37. O julgamento das propostas será objetivo, devendo, a autoridade ou agente administrativo, realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, a critério previamente estabelecido no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos (BRASIL, 1986).

Outro ponto de destaque é a previsão do art. 25, que exigia as documentações relativas à capacidade jurídica, técnica, bem como da idoneidade financeira e a regularidade fiscal dos interessados como requisito de habilitação nas licitações, as quais, a partir de então, se dariam em cinco modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. As licitações poderiam ser do tipo menor preço, melhor técnica, a de técnica e preço e a de preço-base.

Para os fins aos quais essa pesquisa se destina, o ponto mais relevante do Decreto-Lei nº 2.300/1986 foi a preservação da calamidade pública como fundamento para a dispensa de licitação, e o acréscimo “nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares”, evidenciando a preocupação legislativa com possíveis casos em que a licitação, ao invés de viabilizar a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, servisse de entrave para a solução de problemas imprevisíveis, autorizando o poder público executar as contratações com maior agilidade.

A norma esteve vigente até 1993, quando fora sancionada a Lei nº 8.666/1993, já na vigência do regime constitucional de 1988, fundado a partir da promulgação da Constituição Cidadã, sendo este o código legal vigente atualmente acerca das licitações e dos contratos públicos, o qual está previsto para ser substituído totalmente pelo novo regramento expresso na Lei nº 14.133/2021 em abril de 2023, sobre os quais se aprofundará a análise acerca da dispensa de licitação em casos de calamidade pública.

3.2 O REGIME DE CONTRATAÇÕES APÓS A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

3.2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Promulgada a Constituição Federal (CF), em 5 de outubro de 1988, após 20 meses de Assembleia Constituinte, instalada em 1º de fevereiro de 1987, a fim de confeccionar e aprovar o texto da nova Carta Magna, deu-se início a uma nova etapa da história do País, representando a esperança do povo brasileiro, como apresenta Alex Cavalcante Alves (2017, p. 530):

Após período de vinte e um anos de ditadura militar ostensiva e três anos de um governo civil que realizou a transição institucional, num total de vinte e quatro anos sem exercício pleno das faculdades democráticas, o advento da Constituição Federal de 1988 foi ao encontro de anseios da sociedade por um Estado que assegurasse a democracia e a cidadania.

Pela primeira vez se falou em licitações e contratos em uma Constituição Federal no Brasil, já definindo que a União teria competência para legislar sobre as normas gerais:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (...)
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.(BRASIL, 1988).

Além disso, a CF consigna em seu art. 175 que a concessão ou a permissão da prestação de serviços públicos sempre se dará através de licitação.

A Emenda Constitucional nº 19/98 deu nova redação ao artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, atribuindo à União competência privativa para legislar sobre:

“normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III” (BRASIL, 1988).

Cumpra observar a ausência de norma expressa definindo a competência para legislar sobre licitação na CF/1967, o que deu margem a formação de duas correntes doutrinárias, uma entendendo que licitação é matéria de direito financeiro, a respeito da qual cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas (art. 8º, XVII, *c* e §2º), enquanto outra entendia a licitação como matéria de direito administrativo, de competência legislativa de cada uma das unidades da federação”, baseando-se nas normas da Lei nº 5.456/68.

Assevera Di Pietro que “Para os adeptos da primeira corrente, essas normas eram válidas; para os da segunda, elas eram inconstitucionais e feriam o princípio da autonomia das unidades federadas para legislar sobre essa matéria” (DI PIETRO, 2019, p. 757).

A controvérsia surgiu com a Lei Federal nº 5.456, de 20/06/1968, que determinou a aplicação, aos Estados e Municípios, das normas relativas às licitações, previstas no Decreto-Lei nº 200, de 25/02/1967.

A Constituição de 1988 pôs fim à controvérsia, ao dar competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação da administração pública, direta e indireta, nas diversas esferas de governo, significando que Estados e Municípios podem exercer competência legislativa suplementar em matéria de licitação.

Sob o regime constitucional ora vigente, a administração pública deve nortear suas atividades, notadamente, com base nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, asseverando que o objetivo máximo da atividade administrativa é a satisfação do interesse público, consonante determina a redação do caput do art. 37 da Carta Magna.

Apesar de ter surgido na literatura do Direito Público brasileiro há mais de cento e cinquenta anos, apenas com a promulgação da CF/88 que os processos licitatórios foram padronizados para as esferas públicas. Passaram todas as unidades da Administração Pública, seja ela direta ou indireta, de todos os poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, a seguir, obrigatoriamente, as normas e regras constitucionais determinadas pela União aos processos licitatórios. Licitar tornou-se atividade obrigatória aos entes públicos.

Assim, “A Constituição de 1988 representou um avanço na institucionalização e democratização da Administração Pública brasileira. A partir de 1988, a licitação recebeu status de princípio constitucional” (UENF, 2014).

Em 21 de junho de 1993 é sancionada a Lei nº 8.666, revogando Decreto-Lei nº 2.300/86, com a perspectiva de ser um firme instrumento para combater os problemas de

corrupção enfrentados pela administração pública brasileira até aquele momento e teve como base o decreto revogado, que já era um grande avanço, mas ainda possuía lacunas, então surgiu a nova Lei Geral de Licitações (LGL), que era mais rigorosa e extensa que o Decreto que a antecedeu, contando com 126 artigos, a qual demanda uma análise pormenorizada.

3.2.2 A LICITAÇÃO NOS TERMOS DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993: A LEI GERAL DE LICITAÇÕES (LGL)

Atualmente está em vigor a Lei Federal nº 8.666, datada em 21 de junho de 1993, denominada Lei Geral de Licitações (LGL), que, revogando o Decreto Lei nº 2.300/86, “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências” (BRASIL, 1993). Destaca-se que, atualmente, constam dois regramentos vigentes, a LGL e a Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), de aplicação alternativa.

Concebida em um momento político de instabilidade, logo após o primeiro processo de impeachment realizado em face de um Presidente da República no Brasil, o regulamento adveio com a perspectiva de ser um firme instrumento para combater os problemas de corrupção enfrentados pela administração pública brasileira até aquele momento. A legislação em questão já sofreu inúmeras alterações².

Com base nas previsões da LGL, o Tribunal de Contas da União (TCU), em seu livro *Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência*, assim dispõe (2010, p. 19):

Licitação é o procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços. Objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e a possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes.

Em sentido convergente, assim dispõe a *Cartilha Licitações e Contratos Administrativos*, da Controladoria Geral da União - CGU (2011, p. 11 e 12):

A obrigatoriedade do procedimento licitatório está fundada no art. 37, XXI, da

²As alterações foram feitas pelas Leis n.º 8.883, de 08/06/1994, 9.648, de 27/05/1998, 9.854, de 27/10/1999, 10.438, de 24/04/2002, 10.973, de 02/12/2004, 11.079, de 30/12/2004, 11.107, de 06/04/2005, 11.196, de 21/11/2005, 11.445, de 05/01/2007, 11.481, de 31/05/2007, 11.484, de 31/05/2007, 12.349, de 15/12/2010, 12.440, de 07/07/2011, 12.715, de 17/09/2012,; pelas Leis Complementares n.º 147, de 07/08/2014, Lei n.º 13.243, de 11/01/2016, e Lei 13.465, de 11/07/2017, Lei n.º 13.500, de 26/10/2017. Lei n.º 13.800/2019, de 04/01/2019, Decreto n.º 9.412/2018.

Constituição Federal (CF), que fixou o procedimento como obrigatório para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos especificados na legislação. A Lei nº 8.666/1993, no art. 2º, exige licitação para obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

A Constituição Federal em seu art. 175 obriga a realização de licitação para concessão e/ou permissão de serviços públicos, que teve sua regulamentação estabelecida pela Lei nº 8.987/1995. Isto significa que, por haver norma específica tratando das concessões e permissões de serviços públicos, a Lei 8.666/93 tem aplicação subsidiária.

Todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão obrigados à licitação.

Existem, entretanto, determinadas situações em que, legitimamente, são feitas contratações sem a realização de licitação. O art. 37, XXI, da CF, ao exigir licitação para os objetos ali mencionados, ressalva ‘os casos especificados na legislação’, permitindo que norma infraconstitucional estabeleça hipóteses em que a licitação deixe de ser obrigatória. São os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação previstos na Lei nº 8.666/1993. É importante notar que a mesma ressalva não está prevista no art. 175 da Constituição Federal em relação às concessões e permissões de serviços públicos. Neste caso, exige-se que a execução se faça sempre por meio de licitação.

Menciona-se a relevante crítica sustentada pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que a redação do art. 1º da LGL seria inconstitucional pela invasão na área de competência dos Estados e Municípios para legislação suplementar, a eminente jurista assim leciona (2019, p. 758 e 759):

Enquanto o Decreto-lei nº 2.300/86, com a norma do artigo 85, deixava a possibilidade de separar as normas gerais das que não tinham essa natureza (ainda que com a apontada dificuldade), a Lei nº 8.666/93 já declara, no artigo 1º, que todas as disposições nela contidas têm a natureza de normas gerais. Se alguma dúvida houvesse, ela se dissiparia com a norma do artigo 118, que determina aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta a obrigatoriedade de adaptarem as suas normas sobre licitações e contratos “ao disposto nesta Lei”.

A inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.666/93 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legissem em matéria de licitação e contrato administrativo. Apenas o artigo 115 concede aos “órgãos da Administração” (não aos legislativos estaduais e municipais) competência para expedirem normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência; essas normas, após aprovação da autoridade competente, deverão ser publicadas na imprensa oficial (parágrafo único). Ambas as determinações são inúteis; a primeira, porque a lei está conferindo a órgãos administrativos uma competência que eles já detêm, qual seja, a de editar atos normativos (regulamentos, resoluções, portarias) que permitam facilitar ou aperfeiçoar o cumprimento da lei; a segunda, porque a publicidade é princípio que decorre do artigo 37 da Constituição e constitui condição para que os atos administrativos produzam efeitos externos.

Em que pese a fundamentação acima, esta pesquisa sustenta contrariamente ao entendimento da autora, advogando pela constitucionalidade do dispositivo, pois, se é certo, de um lado, que na repartição de competências estabelecida no art. 24 da Constituição

Federal, a União Federal não dispõe de poderes ilimitados que lhe permitam transpor o âmbito das normas gerais, não é menos exato, de outro, que os entes federados, no caso de normas gerais veiculadas em leis nacionais - como a Lei de licitações e contratos da Administração Pública (Lei n. 8.666/1993) - não pode ultrapassar os limites da competência meramente suplementar, pois, se tal ocorrer, o diploma legislativo estadual ou distrital incidirá, diretamente, no vício da inconstitucionalidade.

Além disso, caso a redação de tal comando normativo fosse declarada inconstitucional, nada asseguraria que a atividade administrativa tangente aos procedimentos licitatórios e aos contratos públicos fosse exercida de forma mais eficiente e com a necessária segurança, proteção e controle público, sem prejuízo da falta de critério para diferenciar as normas gerais das específicas, ainda que a redação do artigo 1º assim facultasse.

O legislador adotou o critério normativo para definir o que se entenderia por normas gerais de procedimentos licitatórios e contratos públicos, intensificando a tendência legislativa centralizadora da União decorrente da própria divisão da competência legislativa estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

Diante de um país tão vasto territorialmente, tão complexo culturalmente e tão instável politicamente, a centralização normativa atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, notadamente à época em que fora publicada a LGL, quando a população carecia profundamente de acesso à informação.

A uniformização legal estabelecida pela Lei nº 8.666/1993, em certa medida facilita a fiscalização federal dos procedimentos licitatórios, nesse aspecto se ressalta a capacidade financeira da União, que é substancialmente superior a dos Estados e Municípios, o que possibilita maiores orçamentos para os órgãos de controle e fiscalização.

O exposto acima não indica uma imunidade às críticas ou eficiência satisfatória do sistema licitatório e contratual estruturado pela Lei nº 8.666/1993, mas sim para um suporte razoável para as contratações públicas realizadas em um país tão extenso, diverso e carente de órgãos locais de fiscalização, dotados de meios e equipamentos para a devida fiscalização das contratações públicas sem um sistema unificado.

De acordo com o parágrafo único do art. 4º, da lei 8666/93, o procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da administração pública. Assim, sob as lições de Sundfeld (1994), têm o dever de promover licitação todos os entes estatais, independentemente do caráter público ou privado de sua personalidade.

Ocorre que o entendimento acima se encontra desatualizado no tocante a natureza pública ou privada da personalidade dos entes, pois em 30 de junho de 2016 fora publicada a Lei das Estatais, que “Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (BRASIL, 2016), a qual instituiu um arcabouço jurídico próprio para as contratações no âmbito de tais instituições.

A própria Lei nº 8.666/93, no caput do seu art. 3º, tratou de conceituar licitação e definir seus critérios, em conformidade com os conceitos já vistos:

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. (BRASIL, 1993).

Registre-se que o princípio da promoção do desenvolvimento sustentável não constava na redação primária do dispositivo mencionado, de modo que só foi incluído em 2010, através da edição da Lei 12.349/2010.

Todo esse procedimento visa selecionar a proposta mais vantajosa e tem como objetivo atender a necessidade da população, bem como a conservação dos bens públicos e o progresso social.

A licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, dentre interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse (GASPARINI, 2011).

A fraude praticada em processos licitatórios caracterizada pela má-fé dos agentes que a praticam, com o intuito de corromper ou adulterar o processo de competição, em benefício próprio ou alheio, é classificado como improbidade administrativa, contrariando os princípios da Administração Pública.

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 veda aos agentes públicos o cometimento das condutas previstas nos incisos do §1º do art. 3º, abaixo transcritos:

Art. 3º. [...] § 1º É vedado aos agentes públicos:
I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato,

ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Essa prática fraudulenta objetiva gerar lucro para determinada empresa, ou grupo de empresários, que se alternam nos processos licitatórios e combinam valores, que na maioria dos casos são praticados acima dos valores de mercado, já com pessoa certa para ganhar o certame. Tal conduta lesa os direitos de toda a sociedade e devem ser fiscalizadas diretamente pela Administração e pela população.

O art. 101 da LGL elucida que:

Art. 101 Qualquer pessoa poderá provocar, para os efeitos desta Lei, a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência. (BRASIL, 1993).

Vislumbra-se a finalidade do legislador em estabelecer o direito-dever do jurisdicionado relacionado à fiscalização dos procedimentos licitatórios e contratos públicos, autorizando estes a provocarem o Ministério Público caso verifiquem indícios de ilegalidades e possam oferecer informações sobre o fato e sua autoria, pois os crimes previstos na LGL são de ação penal pública incondicionada, razão pela qual o Ministério Público é o titular da ação.

O art. 4º ratifica o exposto acima, conforme se observa:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, **podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos – grifo nosso.** (BRASIL, 1993).

Em relação à documentação necessária para a habilitação dos interessados nas licitações, a lei exige aqueles relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e o cumprimento do inciso XXXIII do art. 7º da CF/88 que dispõe sobre “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.”

Resguardada as variações gramaticais, se tem que a Lei de Licitações, em relação ao Decreto-Lei nº 2.300/1986, incluiu como documentos exigidos aqueles relativos à regularidade trabalhista e o cumprimento do comando constitucional.

No tocante as modalidades de licitação, o texto original da Lei de Licitação

manteve as cinco modalidades previstas no Decreto-Lei nº 2.300/1986, sendo estas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Posteriormente, a Lei nº 10.520/2002 instituiu uma nova modalidade de licitação denominada de pregão.

Ainda fazendo um comparativo entre as duas legislações, se verifica que a hipótese de dispensa de licitação por calamidade pública deixa de possuir previsão específica e passa a ser contemplada juntamente com a de emergência, além de que prever que os contratos urgentes terão prazo máximo de 180 dias consecutivos, nos seguintes termos:

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

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

Em relação aos processos de dispensa, o parágrafo único do artigo 26 do diploma legal requer a satisfação dos seguintes elementos:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Depreende-se que nas hipóteses de dispensa de licitação o legislador estabeleceu um procedimento simplificado com a exigência de documentos específicos, com o fito de possibilitar a celeridade devida enquanto se resguarda a segurança jurídica.

Sem embargo do já aludido, inquestionável é que este diploma legal representou um grande progresso em relação à legislação anteriormente vigente, contudo, a legislação sobre licitações vem sendo objeto de contínuas modificações, sempre com a justificativa de tornarem as compras mais ágeis e eficazes, evitando os prejuízos dos resultados (CITADINI, 1999).

Desse modo, após a edição da Lei nº 8.666/1993 diversas legislações foram

promulgadas, inclusive, a Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021, que institui a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, se encontra em vigência alternativa à LGL e substitui, além da Lei nº 8.666/1993, a Lei do Pregão, Lei nº 10.520/2002, e o Regime Diferenciado de Contratação, Lei nº 12.462/2011.

3.2.3 LEGISLAÇÕES SOBRE LICITAÇÃO POSTERIORES À LEI Nº 8.666/1993

Ainda sobre licitação, em 17 de julho de 2002 fora editada a Lei nº 10.520/2002, instituindo uma nova modalidade ao rol previsto na Lei nº 8.666/1993, qual seja, o Pregão.

Trata-se de uma modalidade de licitação de menor preço para obtenção de bens e serviços comuns, as propostas e os lances feitos pelos fornecedores antecedem a análise da documentação de habilitação, o que torna o processo de compra mais ágil e objetivo. Essa modalidade é aberta ao público, onde qualquer pessoa pode acompanhar o processo em curso e cada valor dos lances.

Há duas formas de realização de pregão: presencial, em que é marcada uma data para que os fornecedores apresentem suas propostas e deem seus lances verbais; e eletrônico, que é realizado virtualmente, através do site. Para participar desta modalidade de licitação, é necessário que o fornecedor esteja com a habilitação atualizada no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF).

Merecem destaques também, por sua especificidade, as Leis nº 8.248, de 23/10/1991, que dispõe sobre aquisição de bens e serviços de informática, e nº 12.232, de 29/04/2010, que institui as normas gerais para licitação e contratação de serviços de publicidade prestados por agências de propaganda.

Outra legislação importante para os procedimentos licitatórios no Brasil é a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que estabelece normas sobre licitação entre os artigos 42 e 49, beneficiando as empresas que se enquadram no regime regulado pela legislação citada.

A redação do artigo 44 determina que “nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte”, considerando empate aquelas situações em que as “propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada” (BRASIL, 2006).

A Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, em seu artigo 34, estendeu a aplicação da LC nº 123/2006 às Sociedades Cooperativas, conforme se percebe analisando a redação do dispositivo mencionado:

Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3o da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar (BRASIL, 2007).

Acresça-se também ao rol das legislações sobre licitação a Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, que, dentre diversas providências, instituiu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC).

Sobre a lei em questão, assim explica Medauar (2018, p. 197 e 198):

A Lei nº 12.462, de 5.8.2011, com alterações posteriores, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas– RDC, originariamente aplicável às licitações e contratos necessários à realização, no Brasil, do seguinte: I – Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, conforme indicação na Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica – APO (art. 1º, I), que ocorreu; II – Copa das Confederações Fifa 2013 (já ocorrida) e Copa do Mundo Fifa 2014, conforme indicação efetuada pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 (já ocorrida) (art. 1º, II); III – obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados, distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes desses mundiais (art. 1º, III). A aplicação do RDC foi estendida a outras situações: a) ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (por força da Lei nº 12.688, de 18.7.2012, que acrescentou o inc. IV ao art. 1º da Lei nº 12.462/2011); b) licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia (em virtude da Lei nº 13.190, de 19.11.2015, que deu nova redação ao §3º ao art. 1º da Lei nº 12.462/2011); c) obras e serviço de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (nos termos da Lei nº 12.745/2012, que adicionou o inc. V ao art. 1º da Lei do RDC); d) contratação, pela Companhia Nacional de Abastecimento – Conab, de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural (conforme previsto na Lei nº 12.873, de 24.10.2013, art. 1º); e) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação, reforma e administração de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (em virtude da Lei nº 13.190, de 19.11.2015, que alterou a redação do inc. VI no art. 1º da Lei nº 12.462/2011 – Lei do RDC); f) ações no âmbito da segurança pública; g) obras e serviços de engenharia relacionados a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; h) contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, do bem especificado pela administração (contratos estes semelhantes à locação sob medida ou contrato *builtsuit*, já existente no âmbito privado); i) contratações de obras e serviços do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II, como possibilidade prevista na Lei nº 12.815, de 5.6.2013 – Lei dos Portos, art. 54, §4º; j) ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (acréscimo ante a Lei nº 13.243, de 11.1.2016).

Em essência, o RDC tem como objetivo tornar mais ágeis e céleres as licitações e a obter mais eficácia e eficiência nos contratos públicos relativos a essas situações, do que nas

licitações e contratos comuns. Entre os objetivos do RDC, indicados no art. 1º, §1º, da Lei nº 12.462/2011 – RDC, salientam-se os seguintes: ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes (inc. I, §1º, do art. 1º); promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público (inc. II, §1º, do art. 1º).

A Lei nº 13.303, de 30/06/2016, consubstanciou o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, e nesse diploma há normas direcionadas a licitações e contratações dessas entidades. A lei, por ser especial, prevalece sobre a Lei nº 8.666/1993, que, em relação a ela, se compõe de normas gerais.

Em razão das reiteradas alterações legislativas promovidas na Lei nº 12.462/2001, Carvalho Filho sustenta que essa tendência indica a defasagem da LGL, conforme se observa (2019, p. 497 e 498):

As subsequentes alterações legislativas, com a ampliação da incidência normativa do diploma primitivo, provocaram, obviamente, maior esfera de exceções relativamente ao Estatuto das Licitações, numa evidente demonstração de que este se tem mostrado obsoleto e inadequado ao regime geral de contratações – particularmente de obras e serviços de engenharia – firmadas pelo governo.

Validando a tese sustentada pelo autor retro mencionado, em 01 de abril de 2021 a Presidência da República sancionou a Lei nº 14.133/2021, a qual, conforme já exarado, institui a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ou seja, inaugura o que se pode chamar de “nova LGL”, encontrando-se em vigência alternativa às Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, até março de 2023, conforme será abordado a seguir.

3.2.4 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – LEI Nº 14.133 DE 01 DE ABRIL DE 2021

A Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, foi promulgada em 01º de abril de 2021, com o objetivo de atualizar as legislações anteriores, substituindo, além da Lei nº 8666/93, também as Lei nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, referentes, respectivamente, à Lei do Pregão e à do Regime Diferenciado de Contratações, bem como intensificar o processo de conversão do modelo de administração pública brasileiro de burocrático para gerencial, o que teve início ainda no século passado, mas limitado às condições tecnológicas da época.

Em que pese ter sido publicada em 1º de abril de 2021, a nova lei convive ainda

com as outras leis supramencionadas, já que se previu, em seu artigo 191 o prazo de dois anos — até abril de 2023 — para a revogação das normas anteriores.

Desse modo, durante a vigência conjunta das normas, a Administração Pública poderá escolher pela aplicação de algum dos regimes vigentes, seja o da Lei nº 8.666/93 ou o da Lei nº 14.133/21, devendo tal escolha constar expressamente no edital, sendo vedada a combinação entre as duas leis, ou seja, se licita com uma se contrata com a mesma.

Dentre as inovações que se destacam, inicialmente cumpre indicar a que corresponde às modalidades, posto que agora se preveja cinco modalidades, enquanto que a tomada de preço e convite foram extintos.

Nesse desiderato, assim dispõe a Nova Lei de Licitações (BRASIL, 2021):

Art. 28. São modalidades de licitação:

I - pregão;

II - concorrência;

III - concurso;

IV - leilão;

V - diálogo competitivo.

O §2º do mesmo comando legal vedou a possibilidade de criação de outras modalidades de licitação e a combinação daquelas elencadas no caput do artigo, nos seguintes termos “§ 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no caput deste artigo.”

Entretanto, na temática das modalidades, o que se tem como inovador em relação à Lei nº 8.666/1993 é a instituição de uma nova modalidade, qual seja, o diálogo competitivo, esculpido no inciso XLII da nova lei e transcrito abaixo:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;

Traduzindo didaticamente, o diálogo competitivo é a modalidade adequada para os casos em que a Administração Pública possui um objeto contratual complexo a ser licitado, mas não sabe a melhor solução para atender à necessidade pública, ou seja, a sistemática posta é restrita às contratações específicas que demandem soluções inovadoras, ou nos casos de impossibilidade, pela Administração Pública, de definição do melhor modelo de satisfação da necessidade.

No que concerne às fases do procedimento licitatório, percebe-se que não houve

mudanças significativas, porém, se visualiza a elucidação acerca do termo de efetivo início da licitação, ponto este que ensejou profundas discussões doutrinárias.

Assim, os incisos do artigo 17 da Lei nº 14.133/2011 preveem que as fases da licitação observarão a seguinte sequência:

- Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
- I - preparatória;
 - II - de divulgação do edital de licitação;
 - III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
 - IV - de julgamento;
 - V - de habilitação;
 - VI - recursal;
 - VII - de homologação.

O artigo acima citado ainda dispõe no seu §2º que “As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.” Desse modo, o que era exceção passa a ser regra, sendo a utilização da forma presencial uma exceção motivada.

Tal previsão, além de promover a otimização e transparência dos procedimentos, corroborando com a prevalência do modelo gerencial de Administração Pública, fez com que se estabelecesse a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas, previsto no artigo 174, cuja finalidade é a divulgação centralizada de toda e qualquer licitação realizada pela Administração Pública.

O Portal em questão foi lançado em agosto de 2021, em uma parceria que uniu Governo Federal, Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e o Serpro, em *webinar* transmitido ao vivo pelo YouTube³.

Posto isso, o processo licitatório, segundo a Lei nº 14.133/2021, possui novos critérios de julgamento, além daqueles previsto na legislação anterior, sendo eles, segundo artigo 33, o de maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico e de maior retorno econômico, além daqueles da Lei 8.666/93: menor preço, técnica e preço e maior lance, este último no caso de leilão.

Para os fins do objeto desta pesquisa, o artigo 75 apresenta-se como o mais relevante, posto que se refere às hipóteses de dispensa de licitação, estabelecendo a dispensa em caso de emergência ou de calamidade pública, prevista no inciso VIII, a qual tem como grande mudança o prazo máximo do contrato urgente, que agora é de um ano, e não mais 180

³Lançamento do Portal Nacional de Contratações Públicas, transmitido ao vivo em 09 de agosto de 2021. Link para acesso: <https://www.youtube.com/watch?v=W25Kltdhhw8>.

dias, continuando vedada a prorrogação, bem como na polêmica vedação à recontração de empresa já contratada com base na emergência⁴.

Assim dispõe a Lei:

Art. 75. É dispensável a licitação:

VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos 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 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

Convergindo com a regra geral de realização das licitações em meio eletrônico e sedimentando o entendimento de que dispensa de licitação não importa ausência de procedimento, mas a simplificação deste, a lei exige que o processo de contratação direta seja instruído com os seguintes documentos e disponibilizado da seguinte forma:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Em comparação ao artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, que é equivalente ao artigo transcrito acima, constata-se que a nova legislação conta com o dobro de incisos, os quais englobam exigências inexistentes na LGL, visto que o texto deste diploma exige apenas a) caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; b) razão da escolha do

⁴O Supremo Tribunal Federal irá analisar, por meio da ADI 6.890, a eventual inconstitucionalidade da vedação desta recontração.

fornecedor ou executante; c) justificativa do preço; d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Todavia, considerando que ambas as leis estão vigentes e que a contratação objeto de investigação neste trabalho se deu com base na Lei nº 8.666/1993, optar-se-á, no âmbito desta pesquisa, pela prevalência do regime jurídico instituído e regulado pela Lei Geral de Licitações, o qual será plano de fundo das discussões seguintes.

4 CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: A DISPENSA DE LICITAÇÃO.

Conforme apresentado, a licitação é a regra do ordenamento jurídico vigente para a realização de contratações públicas, contudo, há situações em que haverá exceções a tal regra, como é o caso da contratação direta por dispensa de licitação.

A dispensa de licitação é uma das exceções previstas pelo legislador constitucional, visando garantir certa flexibilidade às contratações públicas, com o desiderato de atender situações específicas. Seu fundamento constitucional pode ser extraído da primeira parte do inciso XXI do art. 37 da CF/ 88, o qual prevê que:

[...] 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.

Em razão de situações excepcionais, a dispensa é adequada nos casos em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, em vez de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato (DI PIETRO, 2019). A dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida (BANDEIRA DE MELO, 2009).

Em que pese o princípio da obrigatoriedade da licitação, a lei não poderia deixar de ressaltar algumas hipóteses em que, pela sua particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do procedimento.

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 o

tornar obrigatório (CARVALHO FILHO, 2019). Em outros termos, a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se inconveniente ao interesse público (JUSTEN FILHO, 2012).

Cite-se que, segundo Oliveira (2015), a dispensa de licitação possui duas características precípuas, uma é a previsão em rol taxativo, já que tais hipóteses são exceções à regra geral, e a segunda é a discricionariedade do administrador, que poderá decidir sobre a conveniência e oportunidade de realização do procedimento licitatório no caso concreto.

Dito isto, convém registrar que alguns autores consideram que a dispensa de licitação é gênero que contém duas espécies, a saber, a licitação dispensada e a licitação dispensável.

Alexandre e Deus (2015) indicam que a licitação dispensada está lastreada na alienação de bens móveis ou imóveis pertencentes à Administração Pública, em situações especificadas. Segundo tais autores, nesses casos, apesar de ser viável a licitação, ela não é realizada por opção do legislador, que a dispensa expressamente, o que ocorre, por exemplo, na doação de um bem para outro órgão ou entidade da Administração Pública.

Tais hipóteses estão registradas de forma exaustiva no art. 17, incisos I e II, da Lei de Licitações. Segundo aponta Oliveira (2015) dentre as hipóteses estão: a) dação em pagamento; b) doação; c) permuta; d) investidura; e) venda para outros órgãos ou entidades administrativas; e f) programas habitacionais, dentre outras.

Ainda segundo Alexandre e Deus (2015), a licitação pode ser apenas dispensável, sendo que, nesses casos, apesar de ser plenamente possível a realização do certame, ele pode deixar de ser realizado por uma decisão discricionária do gestor. Nesse caso, as hipóteses estão insculpidas também de forma exaustiva no art. 24 da Lei de Licitações, o qual possui trinta e cinco incisos.

Convergindo com os autores citados acima, assim leciona Fernanda Marinela (2016, p. 496):

Na licitação dispensada, não cabe ao Administrador o juízo de valor, ou seja, não há possibilidade de escolha se vai ou não realizar o certame. A lei diz que não lícita e ponto. Encontra-se essa hipótese nas alienações de bens públicos móveis e imóveis, previstas no art. 17, inciso I e II.

De outro lado, a licitação também poderá ser dispensável, hipótese em que a competição é possível. O legislador dispensa, mas quem decide se esta deve ou não ocorrer é o administrador, cabendo-lhe o juízo de valor.

Malgrado o entendimento acima exposto, faz-se necessário consignar que existem autores que defendem entendimento diverso, dentre os quais está Justen Filho (2012), que

assegura que essa divisão entre licitação dispensada e dispensável não possui maiores utilidades. Para ele, a divisão é meramente topográfica, já que uma se encontra no art. 17 e a outra no art. 24 da Lei de Licitações, mas, em ambos os casos, há mera autorização do legislador para que o gestor deixe de realizar a licitação e contrate diretamente. Enfim, para ele, a natureza jurídica da dispensa prevista no art. 17 é a mesma da dispensa prevista no art. 24.

Com efeito, por uma questão didática, mostra-se importante registrar os diferentes posicionamentos acerca da dispensa de licitação. Todavia, essa discussão também não tem maiores repercussões ao objeto dessa pesquisa, ou seja, caso se resolva seguir a primeira corrente, a qual comunga do entendimento que divide dispensa de licitação em licitação dispensada e licitação dispensável; ou, de outra banda, caso se prefira prestigiar a segunda corrente, a qual defende o entendimento que trata a dispensa de forma una, o objeto da pesquisa não sofrerá influência.

Nesse parâmetro, apenas para definir um posicionamento crítico, nesse trabalho entende-se pela prevalência da primeira corrente, por duas razões: uma porque não parece que o legislador quis, intencional e desorganizadamente, separar em dois artigos distintos de um mesmo diploma legal, um instituto jurídico de mesma natureza; duas, porque, é princípio medular de hermenêutica jurídica, aquele que se extrai do brocardo *verba cum effectu sunt accipienda*, ou seja, não se presumem, na lei, palavras inúteis.

Ora, no art. 17, § 2º da Lei de Licitações, por exemplo, o legislador se refere a licitação dispensada, dando a ideia de vedação à realização do certame. Já no art. 24 da mesma lei, o legislador inicia o texto normativo dizendo: é dispensável a licitação. Portanto, dando nítida ideia de discricionariedade quanto à realização do procedimento. Desse modo, o entendimento sustentado pela primeira corrente parece ser o mais adequado.

Por fim, a guisa de reiteração e resumo do que já foi dito nesse tópico, válido é iluminar que a dispensa de licitação, a qual dá ensejo à contratação direta, não significa ausência total de procedimento formal e de inobservância aos princípios administrativos. Contrariamente, os casos de contratação direta também devem ser precedidos de procedimento formal prévio, tais como a verificação e comprovação das situações que ensejaram a medida, consignando essas informações na motivação da decisão que autoriza a contratação, conforme registrado no caput do art. 26 da Lei de Licitações (OLIVEIRA, 2015).

Carvalho Filho (2019) alerta para dois aspectos prévios da dispensa, inclusive já citados, mas que merecem atenção. O primeiro deles é que a contratação direta é uma

exceção, de modo que os casos de dispensa traduzem situações atípicas, que desbordam da regra geral, sendo justamente por isso que o legislador criou essa espécie de válvula de escape. O segundo refere-se à impossibilidade de criar situações de dispensa por meio de analogia, isso porque, as hipóteses de dispensa compõem um rol taxativo.

Em outras palavras, por meio da dispensa da licitação, procura-se evitar o sacrifício de interesses coletivos e transindividuais, em situações específicas, visando, portanto, atender a um interesse público qualificado.

Seguindo nessa mesma trilha, Justen Filho (2012) assevera que a dispensa se traduz em um reconhecimento legal de que, em tais situações, o custo inerente à realização de procedimento licitatório supera os benefícios dele advindos.

Enfim, são essas as informações gerais necessárias acerca da dispensa de licitação, que permitem prosseguir em busca do objetivo precípuo da presente pesquisa.

Conforme já dito, o presente trabalho objetiva refletir sobre uma das possibilidades de dispensa de licitação previstas na Lei 8.666/1993, mais especificamente aquela do inciso IV do art. 24, replicada com alterações no inciso VIII do art. 75 da Nova Lei de Licitações, conforme se observa abaixo.

Assim, os comentários gerais sobre a dispensa serão baseados nas hipóteses previstas na LGL, de modo que se possibilite uma contextualização dos mandamentos legais com fatos atuais, discutindo pormenorizada a hipótese de dispensa por calamidade pública no tópico seguinte.

Assim sendo, resta agora afunilar um pouco mais a investigação, a fim de refletir sobre uma possibilidade específica de dispensa de licitação, qual seja, a decorrente de emergência ou calamidade pública.

4.1 PRESSUPOSTOS E LIMITES DA DISPENSA DE LICITAÇÃO DECORRENTE DE EMERÊNCIA OU CALAMIDADE PÚBLICA.

Nesse tópico do trabalho, serão abordados aspectos essenciais que devem ser observados para a efetivação da contratação direta visando suprir demandas oriundas de uma emergência ou calamidade pública.

Conforme já aludido, trata-se de possibilidade de afastamento do princípio da obrigatoriedade de licitar, autorizando a dispensa do procedimento, nos termos do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, que assim vaticina:

[...] nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; (BRASIL, 1993).

Pois bem, conforme se percebe, o texto alvo das reflexões inicia registrando as expressões emergência e calamidade pública. Ante a isso, a primeira indagação que se demanda fazer é: quais os elementos caracterizadores da emergência e da calamidade pública?

Com efeito, a emergência caracteriza-se pela imprevisibilidade e pela urgência no atendimento. Por outro lado, a calamidade pública pode ser caracterizada pela sua capacidade de afetar a sociedade de forma mais agravada e generalizada. Portanto, enquanto a emergência mais se aproxima de uma qualificadora de um fato, a calamidade pública se aproxima de um resultado, ou um efeito de determinado acontecimento.

Exemplificativamente, quando um enfermeiro deseja deslocar-se para o hospital onde trabalha, em tese, esse fato ou situação (deslocamento) não enseja qualquer emergência. Em sentido oposto, se esse deslocamento estiver sendo feito para levar ao mesmo hospital uma vítima de um acidente em estado grave, esse transporte pode ser qualificado como emergencial. Desse modo, a situação é que pode ser qualificada como de emergência.

Da mesma forma, a calamidade pública decorre de fatos que, por sua magnitude, tenham o condão de causar danos imprevisíveis e de grande monta para a coletividade. Segundo Carvalho Filho (2019), normalmente deriva de fatos naturais, como chuvas torrenciais, alagamentos, transbordamentos de rios e outros fenômenos naturais. Verificada tal situação fática, a licitação se torna dispensável, dada a necessidade de contratação rápida de obras, serviços e compras.

Assim também, os conceitos de calamidade pública bem como de situação de emergência podem ser encontrados nos incisos VIII e XIV do art. 2º do Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020, conforme se vê abaixo:

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: [...]

VIII - estado de calamidade pública - situação anormal provocada por desastre que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do Poder Público do ente federativo atingido ou que demande a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação; [...]

XIV - situação de emergência - situação anormal provocada por desastre que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do Poder Público do ente federativo atingido ou que demande a adoção de

medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação (BRASIL, 2020).

Note-se que o diploma citado estabeleceu conceitos quase idênticos para ambas as situações. A única diferença é que, no caso da situação de emergência, os danos e prejuízos acarretam comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido e, no caso da calamidade pública, esse comprometimento é total.

Assim, é possível deduzir que a referida norma estabeleceu uma espécie de gradação, colocando a emergência como um caso menos grave que a situação de calamidade pública, o que será auferido de acordo com o comprometimento da capacidade de resposta do Estado.

Ocorre que essa gradação é despida de importância prática para o procedimento licitatório, pois tanto a emergência quanto a calamidade pública podem ensejar a contratação direta, nos termos da Lei de Licitações. Ademais, os conceitos fornecidos pelo legislador também não afastam a subjetividade que cerca o tema, de modo que, ao fim e ao cabo, quem vai definir qual situação pode ser enquadrada como geradora de emergência ou de calamidade pública é o administrador público, que o fará com base no caso concreto e com certa margem de discricionariedade.

Por fim, ainda que não seja possível estabelecer um conceito objetivo e fechado, é possível registrar que tanto a emergência quanto a calamidade possuem um requisito legal comum de configuração, consubstanciado no comprometimento da capacidade de resposta do poder público.

Por certo, é possível aferir essa capacidade de resposta utilizando-se de dados objetivos e com amparo no princípio da razoabilidade, sendo esse um pressuposto interessante para se definir se o eventual acontecimento se caracteriza como emergência ou calamidade pública.

Quanto à caracterização da emergência ou calamidade pública, Fernanda Marinela (2016) assinala que a licitação é dispensável, desde que atendidas algumas condições, como a caracterização da urgência de atendimento de situação que possa prejudicar a segurança de pessoas, obras equipamentos e outros bens, tanto públicos quanto privados, nos casos em que o decurso do tempo necessário ao procedimento licitatório padrão impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis.

O Tribunal de Contas da União entende que está caracterizada a emergência ou a calamidade pública, sempre que o caso requerer urgência no atendimento de situações que poderiam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços,

equipamentos e outros bens públicos ou particulares.

Nesse sentido, o acórdão abaixo colacionado:

[...] A caracterização de situação emergencial, que autoriza o procedimento de dispensa de licitação, deve estar demonstrada no respectivo processo administrativo, evidenciando que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Não se presta a esse fim a presença de pronunciamento técnico apontando a existência de graves problemas estruturais, se a interdição do local, por si só, suspenderia eventual risco à segurança dos frequentadores, e descaracterizaria a situação de urgência, possibilitando a realização do devido procedimento licitatório. (Processo TCE 004.063/2008-4. Ata 15/2014. Acórdão nº 1.162/2014. Plenário. Relator: Ministro José Jorge)

Assim sendo, é possível apontar a própria caracterização do estado de emergência ou calamidade pública como pressuposto para a contratação direta nesses casos. Tal caracterização, segundo a doutrina e o TCU, estará assente sempre que o caso requerer urgência no atendimento de situações que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares.

Segundo Justen Filho (2012), outro pressuposto para a contratação direta nessas situações é a demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano, pois não se trata de urgência simplesmente teórica, razão pela qual deve-se evidenciar a situação, apontando dados.

De fato, nesse já decidiu o Tribunal de Contas da União, conforme demonstram os julgados abaixo:

[...] 7. No caso em tela, a situação emergencial legitimaria a contratação direta com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, desde que constasse nos autos do processo administrativo demonstração, com base em fatos, de que a situação que justifica a contratação direta qualifica-se como emergência ou calamidade pública, estando caracterizada urgência de atendimento de situação que poderia ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares (Processo TCE 023.581/2009-0. Ata 22/2011. Acórdão nº 4.458/2011. Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF, Sessão de 28/6/2011).

[...] 12. Não se admite o pressuposto fático teórico como argumento para contratação urgente por dispensa, pois a emergência tem que ser concreta e imediata, a exemplo do desabamento de parte do muro de um presídio, possibilitando a fuga de presos. Nessa hipótese estaria autorizada a contratação por dispensa, apenas para as obras e serviços necessários à contenção da situação emergencial, sem prejuízo de realizar processo licitatório para reformar todo o muro do presídio à posteriori (Processo TCE 005.457/2003-2. Ata 09/2004. Acórdão nº 300/2004. Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, DF, Sessão de 24/3/2004).

Portanto, pode-se apontar como pressuposto da contratação direta para atender estado de emergência ou calamidade pública, a cabal comprovação de que a situação apontada como urgente, possui, de fato, o condão de causar sérios danos sociais.

Também nas lições de Justen Filho (2012), encontra-se outro importante pressuposto, qual seja, a demonstração de que a contratação direta é a providência adequada e eficaz para eliminar o risco. Com efeito, trata-se de pressuposto que se coaduna com os princípios que regem a administração pública, mormente os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência. Nessa linha, a referida contratação deve ser instrumento satisfatório de erradicação do risco de sacrifício dos interesses por ventura afetados.

Dentro dessa perspectiva, surge a questão da chamada “emergência fabricada”. Nesse caso específico, uma questão substancial é saber se é possível utilizar a contratação direta ante a um estado de emergência ou calamidade pública decorrente de má gestão da coisa pública ou mesmo de desídia do administrador público.

Sem dúvida, toda e qualquer boa gestão se faz com organização e planejamento, visando antecipar-se aos infortúnios. Ainda mais, impende iluminar que na administração da coisa pública, o planejamento cinge-se de maior importância. Tanto é assim que o próprio legislador constitucional fez constar no art. 174, da CF/ 88 que o planejamento é determinante para o setor público e apenas indicativo para o setor privado, sem prejuízo dos princípios norteadores da atividade administrativa insertos no artigo 37 da Lei Maior, dentre os quais se destacam o da legalidade, da eficiência e da moralidade.

Ocorre que a existência da situação emergencial, devidamente comprovada e capaz de afetar os valores sociais protegidos pelo direito é, por si só, capaz de autorizar a contratação direta, independente do motivo que possa ter desencadeado os fatos geradores. Isso porque, a inação poderia causar danos ainda maiores.

Oportunamente, frise-se que o agente público que porventura tiver dado causa ao infortúnio, será devidamente responsabilizado, pois, caso haja isco de lesão a interesses sociais relevantes, o contrato deve ser ultimado, punindo-se em momento oportuno o agente que deixou de adotar as cautelas devidas (JUSTEN FILHO, 2012).

Desse modo, ainda que a emergência tenha sido de alguma forma “fabricada”, há que se atender ao conteúdo finalístico da norma, qual seja, tutelar interesses coletivos e transindividuais sob risco. Nesses casos, necessário se faz verificar se o estado de emergência existe e se a contratação direta é a melhor solução para o caso.

Registre-se que há entendimento do Tribunal de Contas da União no sentido de afastar o estado de emergência causado por desídia do gestor, conforme se observa na decisão abaixo transcrita, exarada em consulta sobre a caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública e dispensa de licitação na aquisição de material destinado à restauração de

estradas rodoviárias, com base no disposto na Lei nº 8.666/ 93, art. 24, inciso IV, *verbis*:

[...] 2. responder ao ilustre Consulente, quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese:
 que, além da adoção das formalidades previstas no art.26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei;
 que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;
 que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;
 que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;
 que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado; [...] (Processo TCE 009.248/1994-3. Ata 22/1994. Acórdão nº 347/1994. Plenário. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Brasília, DF, Sessão de 1º/6/1994)

Todavia, o próprio Tribunal de Contas da União vem mitigando esse entendimento, de modo a privilegiar o atendimento das necessidades advindas do estado de emergência, sem afastar a responsabilidade de quem deu causa, conforme abaixo se verifica:

[...] o fato do transcurso de mais de um ano não inviabiliza a dispensa de licitação, se ainda permanece a situação emergencial. No entanto, permanecendo a situação emergencial, ainda que em razão da desídia da administração, é possível a contratação por dispensa de licitação, o que não afasta a obrigatoriedade de se apurar a culpa dos gestores omissos de modo a promover as responsabilizações e apenações. (Processo RL 006.183/2005-7. Ata 10/2009. Acórdão nº 454/2009. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cerdráz. Brasília, DF, Sessão de 18/3/2009)
 [...] cumpre destacar a evolução jurisprudencial deste Tribunal acerca da matéria, mediante o Acórdão n. 46/2002 - Plenário, no sentido de se atribuir o mesmo tratamento, quanto à possibilidade de contratação direta amparada no artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93, tanto à emergência “real”, resultante de fatos novos e imprevisíveis, quanto àquela resultante da incúria ou inércia administrativa. Não obstante, nesta segunda hipótese, deve-se analisar a conduta do agente público que não adotou tempestivamente as providências para fins de responsabilização.
 5. Assim, de acordo com o novo entendimento desta Corte, a contratação direta também seria possível quando a situação de emergência decorresse da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, "a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração" (Acórdão n. 46/2002 - Plenário) (Processo RA 009.653/2002-4. Ata 41/2009. Acórdão nº 2369/2009. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler)

Assim sendo, ainda que a situação emergencial tenha sido fruto de decisões administrativas erradas, ou de ausência de cautela, as medidas necessárias à mitigação dos danos decorrentes dessa urgência devem ser levadas a efeito. Por certo, o agente desidioso

responderá pelas obrigações porventura não cumpridas ou pela omissão ilegal, mas isso não impede a adoção de providências para mitigar os danos, inclusive a contratação direta.

Por fim, resta refletir sobre os limites da contratação direta nas situações em comento e sobre a instrução do processo de dispensa.

Registre-se novamente que a contratação com fulcro no inciso IV do art. 24 da Lei de Licitações deve ter como norte limitador apenas a eliminação do risco de dano ou prejuízo decorrente do estado emergencial, diante do princípio da proporcionalidade, de modo que a providência a ser verificada deve ser somente a necessária para afastar o risco.

Convergindo com o entendimento acima, tem decidido o Tribunal de Contas da União:

[...] em atendimento ao inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, a contratação direta deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal, [...] (TC – 007.965/2008-1. Acórdão nº 943/2011. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, DF, Sessão de 13/4/2011)

Além disso, a existência de processos de dispensa de licitação faz surgir dúvidas se tais processos têm caráter autônomo ou se são elementos integrantes de outros processos e quais os seus ritos e requisitos.

Analisando o conjunto de disposições da Lei nº 8.666/93 é correto concluir que a redação do parágrafo único do art. 26 não indica a existência de processos autônomos de dispensa, mas que na sua redação foi utilizada a forma elíptica para expressar que os processos de compras, obras, serviços e alienações da Administração que concluírem pela dispensa de licitação serão instruídos com os elementos ali indicados, sem prejuízo da previsão constante no inciso VI do art. 38 do mesmo diploma legal.

A Lei Geral de Licitações, versando sobre a instrução dos procedimentos de dispensa, assim determina:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)
Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

As justificativas que a Lei nº 8.666/93, no art. 26, caput, e respectivos incisos, e art. 38, inciso VI, se refere, é a documentação em que a Administração explicita as razões da contratação direta, demonstrando a ocorrência de todos os requisitos exigidos pela lei para que o órgão possa contratar diretamente, além de evidenciar os motivos da escolha do fornecedor ou executante e explicitar a justificativa do preço contratado.

BIELSA (1955) esclarece que “por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos-determinantes da lei)”.

A transparência que a sociedade reclama do processo decisório administrativo é traduzida juridicamente como o dever de fundamentar as decisões, demonstrando o elo que une a prática do ato ao interesse público mediato ou imediato, de tal modo que, quando a finalidade do ato não se encontra nos parâmetros precitados, impõe-se a sua anulação por desvio de finalidade, que é a outra face da motivação.

Desse modo, mesmo numa situação emergencial, deve o administrador evidenciar os motivos do seu convencimento pela necessidade da contratação direta, não podendo limitar-se à declaração de que há uma emergência ou calamidade, devendo caracterizá-la.

No inciso II do parágrafo único do art. 26, estabeleceu o legislador que o processo de dispensa deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante, ou seja, ainda que evidenciada a situação que autoriza a contratação direta, ainda se mostrará imperioso que sejam explicitadas as razões que levaram a contratar determinado profissional ou empresa, pois a dispensa concede margem discricionária maior para a escolha da parte contratada, sem prejuízo do fato de que a licitação busca a proposta mais vantajosa, sendo o procedimento o meio para se alcançar tal fim, enquanto que na dispensa o procedimento é reduzido e simplificado.

É importante destacar que todas as contratações devem apresentar a justificativa de preço do contrato, razão pela qual tal exigência também impera na instrução das dispensas,

conforme inciso III do art. 26 da LGL.

A lei refere-se ainda à necessidade de ratificação do ato que declara inexigível ou dispensável a licitação, mas é evidente que a autoridade superior pode também não ratificá-lo, ou requerer novos esclarecimentos, ou seja, a lei não obriga a ratificação, ficando essa condicionada ao exame do processo.

A publicação se impõe apenas se o ato for ratificado pela autoridade superior e o prazo é conjunto para a decisão de ratificar e para a publicação, sendo este, cinco dias. Como estabelecido no caput do art. 26, a publicação deverá ocorrer na imprensa oficial do órgão, que poderá ser o Diário Oficial do Município, do Estado, do Distrito Federal ou da União, de acordo com a esfera de governo ao qual estiver vinculado o órgão

Portanto, considerando a excepcionalidade da contratação direta nos casos emergência ou calamidade pública, há que se observar rígidos limites, os quais dependerão do caso concreto e suas peculiaridades, além do procedimento que, embora simplificado, é exigido, pois, conforme já dito, dispensa de licitação não importa em ausência de procedimento.

Ao buscar a satisfação do interesse público através de um procedimento mais célere e simplificado, o gestor deve ter em mente que o controle interno é ainda mais necessário e que o controle externo ocorrerá, ainda que em momento posterior, de modo que a devida instrução do procedimento e a vinculação fática de seus pressupostos, além de requisitos da contratação direta, são verdadeiros instrumentos de defesa e de garantia da probidade do gestor na contratação.

O certo é que toda e qualquer contratação deve ser limitada ao atendimento da situação emergencial e na exata medida do afastamento do risco existente. Inclusive, é nesse sentido a previsão do texto normativo que regulamenta essa possibilidade, estabelecida no art. 24, inciso IV da Lei de Licitações, o qual fixa que as providências devem circunscrever-se aos bens e serviços necessários ao atendimento emergencial ou calamitoso e para parcelas de obras que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, vedada a prorrogação dos contratos.

5. A PANDEMIA DE COVID-19 COMO SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA E CALAMIDADE PÚBLICA

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia viral na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China (OPAS, 2020).

De acordo com dados colhidos da *World Health Organizations*(WHO, 2020a), em 09 de janeiro de 2020, a OMS relatou que as autoridades chinesas determinaram que o surto tinha sido causado por um novo Coronavírus, dois dias após a mídia chinesa relatou a primeira morte ocasionada pela nova cepa, desde então o vírus se alastrou pelo globo, de modo que: em 21 janeiro de 2020 os Estados Unidos confirmaram o primeiro caso fora do continente asiático; em 24 de janeiro a França informou sobre três novos casos de Coronavírus, todos vindos de Wuhan, sendo os primeiros registros na região europeia da OMS; em 29 de janeiro os Emirados Árabes Unidos relataram os primeiros casos na região do Mediterrâneo Oriente da OMS.

Ainda de acordo com a WHO (2020a), em 30 de janeiro de 2020, o Diretor-Geral declarou o surto do novo Coronavírus uma emergência de saúde pública de interesse internacional (PHEIC), o mais alto nível de alarme da OMS. Naquela época, havia 98 casos e nenhuma morte em 18 países fora da China. Quatro países apresentaram evidências (8 casos) de transmissão de pessoa para pessoa fora da China (Alemanha, Japão, Estados Unidos da América e Vietnã).

Em 11 de fevereiro, A OMS anunciou que a doença causada pelo novo Coronavírus se chamaria COVID-19, e o vírus denominado de SARS-CoV-2 (*Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2*), o qual, em 7 de março de 2020 já era responsável por mais de 100.000 casos confirmados em todos os continentes, exceto à Antártida.

Profundamente preocupada com os níveis alarmantes de propagação, gravidade e com os níveis de inação frente à tragédia anunciada, a OMS, em 11 de março de 2020, avaliou que a COVID-19 caracterizava-se como uma pandemia.

Até o dia 20 de maio de 2022 houve 521.920.560 casos confirmados de Covid-19 e lamentáveis 6.274.323 mortes decorrentes de infecção pelo SARS-Cov-2 no planeta, conforme consta no Painel do Coronavírus da OMS, criado em 2020 e atualizado constantemente (WHO, 2020b).

O Ministério da Saúde (UNA-SUS, 2020) registrou o primeiro caso de Covid-19 no Brasil em 26 de fevereiro de 2020, tornando-se o primeiro país da América Latina a confirmar a doença. Desde então, o vírus atingiu todas as cidades do país, com 30.762.413 casos confirmados e 665.493 óbitos até o dia 20 de maio de 2022, conforme informações do

Painel Coronavírus expostas pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2020).

O Estado do Ceará, até 20 de maio de 2022, contava 1.228.823 casos confirmados e 26.983 mortes, enquanto a capital do Estado, o Município de Fortaleza, no mesmo período registrava 392.935 casos confirmados e 11.466 mortes, de acordo com o Painel CONASS Covid-19 do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS, 2020).

A pandemia do Coronavírus gerou impactos significativos em todo o globo, com repercussão nas mais diversas searas, dentre as quais, sanitária, econômica, social, comportamental, ambiental, trabalhista, tributária, orçamentária, financeira, dentre várias outras.

Diante do elevado grau de transmissibilidade do novo Coronavírus e da agressividade da Covid-19 para a saúde das pessoas, bem como para a preservação da ordem econômica, a Administração Pública Brasileira adotou medidas preventivas contra a disseminação da doença, tais como: a restrição de circulação de pessoas a fim de evitar aglomerações, a paralisação de serviços não essenciais, a determinação do regime de teletrabalho em ramos específicos que admitem tal modalidade laboral, o fechamento de fronteiras, a adoção de protocolos sanitários para estabelecimentos autorizados a funcionar, etc.

As medidas acima são provenientes de estudos científicos e são aconselhadas por técnicos e cientistas, pois demonstram eficiência frente a propagação comunitária que tem o condão de colapsar os sistemas de saúde, diante da elevada e imprevisível demanda por tratamentos que decorre da infecção. A OMS (2020a) faz constar a linha temporal das medidas aconselhadas pela instituição, dentre as quais constam inúmeras orientações para que a comunidade internacional adote as referidas ações.

Além dos riscos à saúde humana, o novo Coronavírus também trouxe fortes impactos a economia. Segundo a OMS (2020) a crise ocasionada pelo COVID-19 gera efeitos negativos imediatos colocando em risco as cadeias globais de produção e consumo, e gera no cenário microeconômico disfunções assimétricas conforme o nível de vulnerabilidade da região, e quanto maior for o tempo necessário para se conter a difusão do novo Coronavírus, maiores serão os impactos na desaceleração econômica.

A pandemia tem como resultado gerar uma crise econômica de forma exógena ao sistema, pois o sistema financeiro atual, por meio do mecanismo de reserva fracionária e do Banco Central, causa ciclos sucessivos de crises econômicas que são endógenas ao próprio sistema financeiro, de modo que a própria maneira que atua os bancos é responsável por

causar invariavelmente sua bancarrota., o que não significa que não possa haver outras formas de crise econômica, uma vez que a mesma se dá devido a um problema de descoordenação dentre produção e consumo (HUERTA DE SOTO, 2009).

Nesse contexto, além da crise sanitária, uma das consequências da pandemia é o aumento do desemprego e, portanto, a elevação da informalização do trabalho, dos terceirizados, dos subcontratados, dos flexibilizados, dos trabalhadores em tempo parcial e do subproletariado.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho – OIT (2020), o impacto nas atividades geradoras de renda é especialmente severo para os trabalhadores desprotegidos e para os grupos mais vulneráveis e que estão na economia informal, além de que as medidas de bloqueio total ou parcial, realizadas por vários países para retardar a disseminação da doença, afetaram quase 2,7 bilhões de trabalhadores, representando cerca de 81% da força de trabalho mundial apenas até abril de 2020. Nos Estados Unidos, por exemplo, no início de abril de 2020, 6,6 milhões de trabalhadores solicitaram o pedido de auxílio-desemprego. A velocidade e a escala das perdas de empregos não têm precedentes, pois em apenas duas semanas a pandemia deixou quase 10 milhões de americanos desempregados (Casselman & Cohen, 2020).

No Brasil, a realidade social é marcada pela pobreza e pela alta desigualdade social, isso mesmo antes da pandemia advinda do Covid-19 e que tende a piorar nessa conjuntura. De acordo com a Síntese dos Indicadores Sociais (IBGE, 2019), 25,3% da população tinha rendimentos inferiores a R\$ 420,00 (44% do salário-mínimo) em 2018, patamar correspondente à linha de pobreza do Banco Mundial para países do porte do Brasil, que considera como pobres os indivíduos que recebem até US\$ 5,5 por dia.

A crise revelou as fragilidades da economia brasileira, que se baseia na austeridade, na desindustrialização, no trabalho informal, na especialização da produção de bens primários para exportação, e que tem como principal comprador de commodities a China, onde se iniciou a calamidade.

Além dessa dependência econômica externa, o governo brasileiro tem uma forte barreira para melhorar o sistema de saúde: a promulgação da Emenda Constitucional nº 95, de 2016, que “impõe radical teto de gastos públicos e com as políticas econômicas implantadas pelo atual governo, há um crescente e intenso estrangulamento dos investimentos em saúde e pesquisa no Brasil” (WERNECK e CARVALHO, 2020).

Com o orçamento congelado por 20 anos, o prejuízo ao Sistema Único de Saúde

(SUS) pode ultrapassar os R\$ 400 bilhões, afirma o presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS), Fernando Pigatto, com base num estudo elaborado pela Comissão Intersetorial de Orçamento e Financiamento (Cofin) do CNS. O SUS, que sempre foi subfinanciado, agora enfrenta um quadro ainda pior, o de desfinanciamento, algo que poderá causar grave impacto à vida e à saúde da população brasileira (CNS, 2020).

Dessa forma, os custos com saúde não têm sido capazes de manter a rede de serviços nem permitir investimentos para sua melhoria. Além disso, foi feita a desmontagem de programas como Mais Médicos, Farmácia Popular, distribuição de medicamentos para pacientes crônicos, entre outros.

Assim, além do impacto inevitável que uma pandemia ocasiona na economia de um Estado, no Brasil o problema foi potencializado pela política econômica pautada na austeridade fiscal, adotada a partir do golpe parlamentar praticado contra a então Presidenta da República Dilma Rousseff, no ano de 2016,

Soma-se a isso a postura negacionista e anticientífica empreitada pela cúpula do Governo Federal, a qual diuturnamente intenta sabotar a vacinação da população e promover métodos sabidamente ineficazes contra o contágio e os efeitos decorrentes deste. Não à toa, a “política de morte” executada pelo Governo Federal foi objeto de investigação da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instaurada no Senado Federal no ano de 2021, denominada de “CPI da Pandemia”.

O Relatório Final da CPI⁵, aprovado em 26/10/2021, apontou, dentre outras coisas, a existência de um gabinete paralelo formado por políticos, empresários e profissionais da saúde levados pelo negacionismo, devidamente denominado pelos membros da Comissão de “gabinete das sombras”, que funcionava paralelamente ao Ministério da Saúde e aconselhava o Presidente na elaboração de estratégia de enfrentamento da pandemia, endossando a tese de imunidade de rebanho e a promoção institucional do dito “tratamento precoce” e medicamentos ineficazes, a recusa e o atraso na aquisição de vacinas, a falta de coordenação do Governo Federal na crise do Estado do Amazonas, além do caso Covaxin, onde se identificou esquemas de corrupção envolvendo a cobrança de propinas por dose de vacina, onde a operação fraudulenta já contava com empenho para a despesa consubstanciada na aquisição dos imunizantes, além da estrutura de produção e disseminação de fake news através do uso da administração pública para tal fim.

⁵<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>

Após seis meses a CPI da Pandemia foi encerrada⁶, as investigações e apontamentos deram causa à recomendação de indiciamento do presidente Jair Bolsonaro pela prática de nove infrações, além de três filhos do presidente que foram acusados da prática de incitação ao crime: o senador Flávio Bolsonaro (Patriota-RJ), o deputado federal Eduardo Bolsonaro (PSL-SP) e o vereador Carlos Bolsonaro (Republicanos-RJ). Além deles, o relator Senador Renan Calheiros identificou infrações penais cometidas por duas empresas, a Precisa Medicamentos e a VTCLog, e por outras 74 pessoas, dentre elas, deputados, empresários, jornalistas, médicos, servidores públicos, ministros e ex-ministros de Estado.

Certo é que a recuperação desse cenário é um desafio colossal, tendo em vista que uma das marcas do capitalismo globalizado e liberal – e que vem sendo seguida pela equipe econômica do governo Bolsonaro – é a crescente informalização do trabalho, conforme nos explica Antunes (2009).

Não há margem de discricionariedade para atestar que a pandemia de Covid-19 configura situação de emergência e de calamidade pública que demanda enfrentamento específico, ágil, eficiente e urgente, posto que os bens a serem tutelados justificam plenamente a dispensa do procedimento de licitação.

Destaque-se que, por si só, a pandemia justificaria o afastamento da obrigatoriedade de licitar e autorizaria a dispensa de licitação para enfrentamento dos efeitos da crise, ocorre que, a gestão federal das políticas sanitárias e econômicas foi catalisadora do desastre anunciado, o que, por vontade política, alastrou ainda mais a calamidade pública, dificultando tanto o combate a pandemia quanto a retomada econômica.

Desse modo, além das medidas supracitadas, a pandemia impactou também o ordenamento jurídico, diante da necessidade de apoiar e regulamentar as ações em todas as áreas, com vistas ao enfrentamento dos desafios impostos pela calamidade de ordem internacional foram promovidas inovações legislativas, as quais serão abordadas a seguir.

5.1 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19 PELO PODER PÚBLICO.

5.1.1 LEGISLAÇÃO FEDERAL

O enfrentamento da pandemia de Covid-19 pelo poder público foi causa para

⁶<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/26/apos-seis-meses-cpi-da-pandemia-e-encerrada-com-80-pedidos-de-indiciamento>

inúmeras inovações legislativas, tanto para reconhecer o estado anormal decorrente da moléstia quanto para operacionalizar e legitimar as medidas de combate ao contágio desenfreado e seus efeitos ocasionados em todas as esferas de governo.

Em 03 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 188/2020, a qual reconheceu a Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) advinda da infecção humana pelo novo coronavírus, considerando, para tanto, a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial da Saúde de 30 de janeiro de 2020 e a complexidade do evento, que demanda esforço conjunto de todo o Sistema Único de Saúde para identificação da etiologia dessas ocorrências e adoção de medidas proporcionais e restritas aos riscos.

Com o agravamento da situação epidemiológica, o Senado Federal publicou o Decreto-Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, reconhecendo, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública. Contudo, tal ato esteve vigente até o dia 31 de 2020 e não foi renovado, o que não importa dizer que a calamidade cessou.

Constatada a anormalidade a qual estava – e ainda se encontra – submetida a Administração Pública, a Presidência da República promulgou a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com o objetivo de estabelecer medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Nesse ínterim, vale citar o art. 1º da Lei e seu §1º, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

§ 1º As medidas estabelecidas nesta Lei objetivam a proteção da coletividade.

Depreende-se da norma acima transcrita que o fim máximo da inovação legislativa é garantir a proteção da coletividade, de modo que a Lei seja instrumento de proteção social ao passo em que seja guarita para as medidas necessárias ao enfrentamento da pandemia.

A pesquisa indicou que a Lei acima, inédita e providencial, fora profundamente modificada e aperfeiçoada pela Lei nº 14.035, de 11 de agosto de 2020, que resultou da conversão da Medida Provisória nº 926/2020, o que será notado de acordo com a transcrição de comandos normativos do diploma legal.

A Lei nº 14.035/2020, dentre vários pontos que merecem destaque, se acentuam,

para os fins desta pesquisa, as modificações e adições feitas no conjunto do art. 4º da Lei nº 13.979/2020, pois verificou-se que dispensar a obrigatoriedade de licitar para aquisição de bens, serviços e insumos apenas de saúde não era suficiente para viabilizar o combate a pandemia e a proteção da coletividade, bem como a necessidade de se estabelecer procedimentos e critérios na lei, diante de seu caráter geral.

Nesse sentido, é salutar comparar o texto modificado e o atualizado:

ARTIGO MODIFICADO:

Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

ARTIGO ATUALIZADO:

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. (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

Percebe-se o alargamento na faixa de objetos possíveis de contratação por dispensa, que se tornou necessário diante do avanço dos efeitos da pandemia em outras áreas além da saúde. Ademais, preservou-se a íntegra do §1º do aludido artigo, onde consta que “dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.”

Contudo, em que pese o aspecto temporário da regulação estabelecida na Lei, compreende-se que a intenção não é limitar, mas condicionar as previsões normativas aos fatos ocasionados pela pandemia, o que não poderia ser diferente, porquanto o objetivo da lei é justamente proteger a coletividade dos efeitos da pandemia.

A Lei ainda estende a dispensa para aquisição ou contratação de bens e serviços usados, inclusive de engenharia, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e de funcionamento do objeto (art. 4º-A).

Soma-se a isso o que dispõe o art. 4º-B, que versando sobre as dispensas de licitações com base na Lei nº 13.979/2020 assim dispõe:

Art. 4º-B. Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se comprovadas as condições de: (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

I – ocorrência de situação de emergência; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

II – necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

III – existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

IV – limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

Percebe-se que a finalidade de proceder nas contratações com urgência e celeridade restou assegurada na legislação, pois, uma vez realizadas com fundamento na norma em questão, tanto a emergência quanto a necessidade de pronto atendimento são presumidas, bem como a existência de risco à coletividade.

A gestão de riscos da contratação será exigível apenas durante a execução do contrato (art. 4º-D), assim como nas contratações com base na Lei serão admitidas a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado (art. 4º-E), o qual deverá conter, dentre outras coisas, a fundamentação simplificada da contratação, descrição resumida da solução apresentada e os critérios de medição e de pagamento.

Todavia, merece aparte a seguinte previsão:

Art. 4º-E. Nas aquisições ou contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado referidos no caput deste artigo conterá: (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) [...]

VI – estimativa de preços obtida por meio de, no mínimo, 1 (um) dos seguintes parâmetros: (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

a) Portal de Compras do Governo Federal; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

b) pesquisa publicada em mídia especializada; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

c) sites especializados ou de domínio amplo; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

d) contratações similares de outros entes públicos; ou (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

A estimativa de preço nos moldes acima poderá ser dispensada, excepcionalmente e mediante justificativa da autoridade competente, assim como a estimativa obtida com base nos parâmetros não impede a contratação pelo poder público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, desde que haja negociação prévia com os demais fornecedores para obtenção de condições mais vantajosas e efetiva fundamentação da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente.

Nessa perspectiva, considerando a temporariedade condicionada à emergência de saúde pública internacional ensejada pela Covid-19 e tendo em vista, também, as previsões da Portaria nº 188/2020, do Ministério da Saúde, e do Decreto-Legislativo nº 6/2020 oriundo do Senado Federal, emerge a problemática sobre a competência para a adoção das medidas previstas na Lei nº 13.979/2020.

Sobre tal ponto, é importante destacar a redação do caput do art. 3º, o qual incluiu na Lei regulamentação sobre a competência para adoção das medidas previstas no artigo, a qual estabelece o seguinte:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020) (...)

Vislumbra-se o aspecto genérico dos termos “autoridades” e “entre outras”, que conferem à norma caráter geral. Dentre as medidas indicadas, destaque-se:

- I - isolamento;
- II - quarentena;
- III - determinação de realização compulsória de:
 - a) exames médicos;
 - b) testes laboratoriais;
 - c) coleta de amostras clínicas;
 - d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
 - e) tratamentos médicos específicos;
- III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020)
- [...]
- VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos,
- VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; (...)

Entretanto, a questão da competência para adoção das medidas listadas, que são exemplificativas, visto que o caput afasta a taxatividade, foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341⁷.

O Partido Democrático Trabalhista (PDT), autor da ação, sustentou que a sistemática da redistribuição de poderes de polícia sanitária introduzida pela MP 926/2020 na Lei Federal 13.979/2020 violou o regime de cooperação entre os entes federativos, pois destinou à União as prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção, de serviços públicos e atividades essenciais e de circulação.

Para a agremiação partidária, alguns trechos da MP 926/2020 estariam eivados de vício de inconstitucionalidade material por ofensa à autonomia federativa (CF, art. 18) por subtração de competência administrativa comum dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 23, II; 198, I, e 200, II).

Nos termos da inicial, dispondo sobre as causas de pedir, assim asseverou o Partido:

⁷<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>

Sob a ótica material, a grave inconstitucionalidade parcial da MP nº 926/2020 – e, por arrastamento, do Decreto nº 10.282/2020 –, consiste na subtração total de parcela da competência administrativa comum dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, máxime para adotarem, sponte propria, medidas de isolamento, quarentena, restrição de locomoção por rodovias, portos e aeroportos e interdição de atividades e serviços essenciais.

Essa centralização de competência na “Presidência da República” e no “órgão regulador ou ao Poder concedente ou autorizador” (Lei Federal nº 13.979/2020, art. 3º, §§ 8º a 11, com redação da MP nº 926/2020) esvazia uma dimensão vital da responsabilidade constitucional dos demais entes federativos para cuidar da saúde (CF, art. 23, II), dirigir o sistema único (CF, art. 198, I) e executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica (CF, art. 200, II).

Aquelas medidas excepcionais de controle epidemiológico acabam, sem dúvida, tangenciando competências restritas à União, como, por exemplo, legislar privativamente sobre trânsito, transportes e portos (CF, art. 22, IX, X e XI) e normas gerais sobre defesa da saúde (CF, art. 24, XII), sem contar que, em última análise, podem encerrar constrangimento a direitos fundamentais guardados pelo escudo da legalidade ampla (CF, art. 5º, II), como o de livre circulação no território nacional (CF, art. 5º, XV).

Sem embargo, esses aspectos não autorizam o exaurimento das competências administrativas comuns dos entes federativos, como tentado na MP nº 926/2020. O poder compartilhado pela Constituição para cuidar da saúde (CF, art. 23, II) não pode ser assenhorado pela legislação ordinária, sob pena de se operar uma subversão da supremacia constitucional, com odiosa interpretação conforme à lei.

[...]

A transposição do poder de polícia sanitária, no que se inclui o de instituir cordões epidemiológicos ou sanitários, canalizando-o apenas para órgãos centrais – “Presidência da República” ou “órgão regulador ou ao Poder concedente ou autorizador” (Lei Federal nº 13.979/2020, art. 3º, §§ 8º a 11, com redação da MP nº 926/2020) – não se coaduna com o modelo constitucional vigente.

[...]

Portanto, sem prejuízo da cooperação esperada, de direito, pela Constituição (art. 23, parágrafo único, e 198, caput), no cenário singular de calamidade pública, é um imperativo constitucional que ações draconianas de controle epidemiológico sejam implementadas, com autonomia (CF, art. 18), por esferas de governo regionais (Estados) e locais (Municípios).

[...]

Grosso modo, a imposição de restrições de locomoção pode ser estabelecida pelo Presidente da República em padrões menos rigorosos a nível nacional, ainda assim exigindo ações mais austeras em determinados Estados ou Municípios. A sabedoria da Constituição em incumbir a saúde como encargo comum dos entes federativos (CF, art. 23, II) exprime o múnus também de autoridades regionais e locais para agir em situações limítrofes como a ilustrada.

Entretanto, a compreensão literal da MP nº 926/2020 afasta essa nota de sensibilidade da Constituição. É o que justifica a declaração de inconstitucionalidade incidindo sobre uma interpretação em particular – um sentido (Sinn) –, mediante técnica que afiance mais clareza e segurança jurídica no pronunciamento da Corte (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 355).

A Advocacia Geral da União (AGU), advogando pela constitucionalidade dos dispositivos atacados, em suma, sustentou o seguinte:

[...] 3. A função das normas gerais constantes na Lei nº 13.979/2020 é, justamente, impedir que, em razão de decisões isoladas e locais, seja obstado o funcionamento de atividades essenciais, como, por exemplo, o transporte aéreo ou o tráfego interestadual, meios indispensáveis à circulação física das pessoas e dos instrumentos necessários à garantia de prestações essenciais à subsistência humana.

4. A definição do conceito de atividades essenciais é típica norma geral, que não comporta variações para menos no âmbito dos Estados e Municípios. Com efeito, são atividades sem as quais seria impossível manter a concretização dos direitos e garantias mais básicos. Veja-se, nesse sentido, a definição de serviços públicos e atividades essenciais presente no artigo 3º do Decreto nº 10.282/2020, como sendo aqueles “indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

5. O que não se pode admitir – como pretendem os autores nas ações – é a pulverização absoluta da autoridade normativa para tratar de saúde pública. É absolutamente inviável que cada Estado defina o que são serviços essenciais e, portanto, conforme sua conveniência e oportunidade, interfira gravemente no abastecimento nacional, no fornecimento de medicamentos e na circulação necessária de pessoas e bens.

6. Sob essa perspectiva é que se verifica a validade das normas impugnadas. (...)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

O entendimento adotado foi o proposto pelo ministro Edson Fachin, no sentido de que o art. 3º da Lei 13.979/2020 seja interpretado de acordo com a Constituição, com o fito de evidenciar que a União pode legislar sobre o tema, mas que o exercício desta competência deve observar a autonomia dos demais entes. Nos fundamentos do ministro, a possibilidade do chefe do Executivo Federal definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, sem observância da autonomia dos entes locais, afrontaria o princípio do federalismo.

Assim consta no Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em referendar a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979/2020, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux.

Assumindo posição crítica quanto ao tema, compreende-se o entendimento acima como o adequado, pois a Constituição é clara ao dispor no inciso I do art. 98, que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado de acordo com a descentralização, com direção única em cada esfera de governo. Além disso, o inciso II do art. 200 ainda prevê que é competência do

sistema único executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador.

Veja-se, a diretriz constitucional da hierarquização, estipulada no caput do art. 198, não importa hierarquização entre os entes federados, mas comando único dentro de cada um deles. Ou seja, o exercício da competência da União não diminui a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços de saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, nos termos do inciso II do art. 23 da CF, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde, assegurada a independência das esferas de governo para agirem de acordo com a realidade local.

No tocante aos serviços caracterizados como essenciais, ver-se que esta discussão está condicionada aos índices epidemiológicos que são usados como bases para adoção de medidas restritivas, como isolamento, quarentena e restrição à locomoção, logo, sua caracterização deve ser descentralizada para melhor execução das medidas de saúde pública, respeitando tanto a competência da União quanto dos demais entes federados.

Diga-se, o Brasil é um país de dimensão continental, de tal modo que estados e municípios podem apresentar índices epidemiológicos bastante distintos e demandarem atuações específicas, de sorte que concentrar as ações sob a batuta da União poderia representar ingerência sobre as medidas de controle locais, principalmente ao definir serviços essenciais que seriam os mesmos em Chuí e em Fortaleza/CE, por exemplo, ignorando a complexidade socioeconômica do país.

Além disso, o entendimento adotado pela Corte assegura ainda que, nos casos de omissão da União, os demais entes possam agir para proteger a coletividade, ainda que local, com base em dados científicos sobre a realidade pandêmica, sem que isso importe em violação ao princípio da separação dos poderes e ao pacto federativo, pelo contrário, tal ação fortalece o Estado Democrático de Direito insculpido na Constituição Federal.

Desse modo, para os fins da pesquisa, é de sumo interesse a jurisprudência do STF discutida acima, pois, ao reconhecer a competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para adoção de medidas sanitárias de controle da pandemia, a Suprema Corte viabilizou a adoção de medidas contextualizadas com a realidade de cada ente,

o que se alia a competência da União para legislar sobre normas gerais sobre Licitação e a dos Estados para legislar suplementarmente.

Nesse sentido, assim determina o texto constitucional:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Portanto, pormenorizadas as inovações legislativas federais fundamentais ao enfrentamento da pandemia de Covid-19, primordialmente aquelas que concernem ao objeto desta pesquisa, a dispensa de licitação por situação de emergência ou calamidade pública em contexto de pandemia de Covid-19, oportuno se faz adentrar as inovações legislativas empreitadas no estado do Ceará e no município de Fortaleza.

5.1.2 LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ

Os achados indicaram que em 26 de março de 2020 foi promulgada a Lei Estadual nº 17.194/2020, com dezenove artigos, regulamentando o procedimento excepcional de contratação pública no período de emergência estadual em saúde, posteriormente alterada e acrescida em parte pela Lei nº 17.255, de 31 de julho de 2020.

Para os objetivos da investigação, a modificação operada na redação do artigo 1º demonstra relevância, pois indica que, em aproximadamente 04 (quatro) meses, o núcleo de aplicação da dispensa expandiu de “demandas da área da saúde pública de todo Estado” para “as aquisições destinadas ao atendimento de demandas para enfrentamento à emergência de saúde pública de todo o Estado”.

A tendência de utilização das previsões da norma para qualquer demanda que vise enfrentar os efeitos da emergência em saúde pública é reforçada pelo que autoriza o artigo 12, abaixo transcrito:

Art. 12. Durante o período de emergência em saúde decretado pelo Poder Executivo, os órgãos e as entidades estaduais poderão, por dispensa de licitação, na forma do inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, adquirir bens ou contratar serviços que, embora não destinados a setores da saúde, se prestem ao atendimento de necessidades coletivas inadiáveis decorrentes da pandemia provocada pelo novo coronavírus.

Desse modo, a aquisição de bens e contratação de serviços para atender necessidade coletiva inadiável provocada pela pandemia pode ser realizada por dispensa de licitação, ainda que não sejam destinados a setores da saúde.

Além disso, a aplicação dos ditames da Lei está condicionada ao período de emergência decretado em ato específico do Poder Executivo, em sentido convergente à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal e discutida nesta pesquisa, de modo que o Estado pode adotar políticas dentro de sua competência com base na realidade local e nas orientações científicas da rede pública de saúde regionalizada.

O art. 3º, por sua vez, destaca a citação à Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, tomando-a como referência, conforme se observa:

Art. 3º As contratações de que trata esta Lei serão precedidas da elaboração de termo de referência simplificado, atendo-se em sua forma e conteúdo ao disposto no art. 4º-E, da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

[...]

§ 2º Em situações excepcionais, devidamente motivadas, poderá a autoridade competente dispensar a estimativa de preços para a contratação. (...)

Convém rememorar que em matéria de licitação a competência legislativa se divide entre a União, que tem competência privativa para legislar normas gerais aplicáveis em todas as esferas da federação, enquanto aos demais Entes é assegurada a competência legislativa suplementar, com base na realidade local e em observância às normas gerais.

Os comandos abaixo indicam para a simplificação do processo, aspecto que a norma estadual dá protagonismo ao lado da celeridade, pois como se extrai da análise conjunta dos artigos, percebe-se que há um conjunto de comandos que tratam diretamente d/a celeridade, evidenciando-a como ferramenta para viabilizar o enfrentamento da emergência, como se observa:

Art. 4º A emissão da ordem de compra ou de serviços e/ou a assinatura do termo de contrato, na forma desta Lei, independem da existência de prévio empenho, desde que haja declaração de disponibilidade financeira exarada pela autoridade competente.

Art. 7º As contratações de que trata esta Lei não se sujeitarão a rigores procedimentais ou ao emprego de sistemas que possam prejudicar o atendimento dos fins a que se propõem, devendo a autoridade pública adotar todas as medidas e fazer uso dos meios que confirmam a celeridade necessária para suprir a necessidade administrativa na saúde.

Art. 14. Os processos de dispensa de licitação para a contratação de que trata esta Lei serão ultimados em prazo razoável, observados o princípio da celeridade processual e as circunstâncias excepcionais do momento emergencial.

Parágrafo único. Os atos praticados nos processos de dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo poderão ser assinados digitalmente e tramitados por via eletrônica durante o período emergencial, ficando para o final a consolidação dos respectivos autos em meio físico.

Para privilegiar a celeridade e a simplificação da contratação por dispensa, a Lei prevê a possibilidade de se proceder com assinatura digital dos atos praticados durante o período emergencial, adiando a assinatura da via física. Nesses moldes, o envio e a análise dos documentos evitam o trânsito de pessoas e, conseqüentemente, contribui para a mitigação do contágio.

Em última análise, o grande objetivo de todas as ações adotadas pelo poder público no contexto de combate à pandemia é a proteção da coletividade, o que se faz considerando a urgência que os direitos a serem tutelados demandam.

Para viabilizar a proteção da coletividade, o texto da lei traz relativizações incisivas, as quais, dentro do procedimento licitatório ordinário, jamais seriam possíveis.

Nesse sentido, o art. 5º prevê, dentre outras coisas, as seguintes

Art. 5º Nas contratações a que se refere esta Lei:
I - poderão excepcionalmente ser contratados bens e serviços de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido;

[...]

IV - os contratos terão prazo de duração de até 6 (seis) meses, prorrogável por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública;

[...]

VI - presume-se atendida, para fins de motivação no processo de dispensa de licitação:

- a) a ocorrência de situação de emergência;
- b) a necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;
- c) a existência de risco à segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e
- d) a limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência;

Nos casos de única empresa fornecedora de bem ou serviço a ser adquirido, esta poderá ser contratada ainda que esteja com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o poder público suspenso. Ou seja, para alcançar os seus objetivos, a legislação autoriza até a contratação de empresa penalizada, desde que seja a única fornecedora.

Ademais, vê-se que os contratos poderão ser sucessivamente prorrogados enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da emergência em saúde pública, pois a descontinuidade do fornecimento de produtos e serviços pode ocasionar prejuízos irreversíveis, razão pela qual ao invés de proceder com novas contratações é mais eficiente prorrogar os instrumentos pactuados.

Novamente a legislação estadual replica à federal ao declarar presumidas a ocorrência da situação de emergência, a necessidade de pronto atendimento, o risco amplo e generalizado e a limitação da contratação ao atendimento da situação de emergência dentro do mínimo necessário.

Os ditames acima têm o condão de imprimir celeridade nas contratações e, conseqüentemente, nas medidas de enfrentamento e mitigação dos efeitos da pandemia, afastando a necessidade de comprovação de fatos incontroversos.

Por fim, cabe ainda mencionar a previsão do art. 18-A, incluído posteriormente pela Lei nº 17.255/2020, o qual dispõe que a Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado – CGE terá papel central em oferecer maior segurança aos gestores públicos nas aquisições efetuadas com base na Lei, devendo acompanhar os procedimentos para permitir a sua realização com celeridade e eficiência, bem como prevenir desvios e garantir a transparência.

Acima se tem exemplo de medida de controle externo da administração pública, onde o órgão fiscalizador fica incumbido de acompanhar as ações para equilibrar tanto as necessidades de celeridade e eficiência quanto às de segurança e publicidade, razão pela a CGE é colocada em posição de relevante interesse público.

Assevere-se que as decisões sobre a regularidade das condutas e a validade dos atos administrativos e negócios jurídicos realizados para enfrentamento da situação de emergência decorrente do coronavírus deverão considerar a excepcionalidade da situação e as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, pois não há como julgar autoridades submetidas a um contexto ímpar como se estivessem diligenciando sob condições administrativas normais.

Pois bem, visto que o Estado do Ceará também inovou em matéria legislativa para balizar as medidas de enfrentamento à pandemia adotadas a nível estadual, cumpre adentrar as inovações relacionadas a dispensa de licitação em âmbito municipal antes de discutir o caso concreto e apresentar as conclusões da pesquisa.

5.1.3 LEGISLAÇÃO DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

O Município de Fortaleza, Ente autor do procedimento de dispensa que será averiguado no tópico a seguir, considerando a realidade local e a necessidade de legitimar suas ações, promulgou a Lei nº 10.995, de 31 de março de 2020, que “dispõe sobre o procedimento excepcional de contratação pública no período de emergência municipal em

saúde, e dá outras providências.”

Muitos ditames da legislação municipal são similares aos das leis discutidas anteriormente e indicam para a observância aos preceitos constitucionais, a flexibilização do pagamento e da qualificação econômico-financeira das empresas, bem como a necessidade de se proceder nas contratações com celeridade e considerar a excepcionalidade da situação e as circunstâncias práticas para fins de decisões sobre a regularidade dos atos praticados.

A observância constitucional está expressa no parágrafo único do art. 1º, que também indica a matriz principiológica da Lei quando determina que:

Art. 1º [...]

Parágrafo Único. As contratações de que trata este artigo pautar-se-ão pela estrita observância aos preceitos constitucionais da supremacia e indisponibilidade do interesse público, da eficiência, da moralidade, publicidade, da isonomia e da transparência.

Pois bem, conforme se percebe, para atender aos interesses da coletividade em contexto de pandemia, é necessário que as contratações observem cumulativamente todos os preceitos constitucionais listados, com destaque para a publicidade e transparência, que são formas de assegurar o controle público diante da simplificação dos procedimentos.

A flexibilização no pagamento consiste tanto no pagamento em si quanto na aferição dos preços, o que aponta para a incidência prevalente da celeridade e simplificação do procedimento, autorizando, em certos casos, a própria dispensa da estimativa ou a contratação em valores distintos daqueles auferidos.

O *caput* do art. 2º autoriza a Administração a realizar a contratação assinando uma minuta de contrato elaborado pela contratada, nos casos que esta condicione a entrega dos bens, insumos e prestação de serviços para a rede de saúde.

Os pagamentos, por sua vez, podem ser feitos antecipadamente, ou seja, antes mesmo da finalização do procedimento de dispensa. Nesse sentido, assim determina o art. 2º:

Art. 2º - Em contratos para aquisição de bens, insumos e prestação de serviços para a rede pública de saúde, durante a situação de emergência em saúde por COVID-19, a dispensa de licitação para a respectiva contratação poderá ser precedida da assinatura pela autoridade competente de instrumento minutado pelo contratado, cuja chancela seja por ele considerada condição para continuidade da compra e entrega dos bens.

§ 1º - Na situação de que trata o *caput* deste artigo, o pagamento dos bens adquiridos para atender a demanda urgente do Município de Fortaleza poderá acontecer de forma antecipada, dispensada a espera do encerramento do procedimento de dispensa de licitação e contratação, o qual será finalizado no seu devido tempo, observadas as normas legais pertinentes.

§ 2º - A assinatura do documento a que se refere o *caput*, deste artigo, não dispensa a posterior assinatura pelas partes, após findo o procedimento de dispensa, de termo contratual nos termos da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não sendo a

celebração desse último instrumento condição para pagamento e entrega dos bens adquiridos.

Percebe-se que o parágrafo segundo impõe a necessidade de assinatura posterior do termo contratual com base na Lei nº 8.666.1993, contudo, ressalva que “*a celebração desse último instrumento condição para pagamento e entrega dos bens adquiridos.*”

Aqui vemos exemplos de instrumentos para se garantir a celeridade necessária das ações públicas frente a urgência que a pandemia exige. Autorizar a contratação com a assinatura de minuta de contrato elaborado pela contratada e com o pagamento antecipado viabiliza que as formalidades não se sobreponham às circunstâncias práticas, tampouco obstem a realização das medidas de enfrentamento da calamidade sanitária.

A Lei determina que a estimativa dos preços pode ser dispensada em casos justificados e que as contratações sejam efetivadas com base em preços díspares daqueles estimados, vejamos o que dispõe alguns parágrafos do art. 3º:

Art. 3º[...]

§ 2º - Em situações excepcionais, devidamente motivadas, poderá a autoridade competente dispensar a estimativa de preços para a contratação.

§ 3º - Os preços obtidos a partir da estimativa de preços não impedem a contratação por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.

Considerando a velocidade de propagação e a letalidade do vírus ocasionador da Covid-19, não há como o mercado da saúde passar imune, diga-se, em um cenário de altíssima procura e oferta limitada os preços dos equipamentos e dos serviços procurados oscilam e disparam, sendo contraproducente vincular todas as contratações aos preços estimados, visto que os preços praticados em um dia não serão praticados no outro.

Além disso, com a dificuldade de fornecimento e limitação de fornecedores, estimar o preço pode levar muito tempo, tanto tempo que muitas mortes se sucederão enquanto se faz o levantamento.

Nesses casos, a urgência justifica a contratação direta sem estimativa de preço ou em preço distinto daquele levantado, pois o que serviria para garantir o interesse público o inviabilizaria, ao impor inúmeras mortes e comprometer ainda mais a capacidade de resposta do poder público.

Em qualquer dos casos, seja pela dispensa da estimativa de preços ou contratação por preço diverso, o ato deve ser devidamente motivado, e a motivação deve ser idônea e concatenada com a realidade sanitária, tudo isso para que os pressupostos das contratações diretas sejam satisfeitos e a probidade administrativa assegurada.

Seguindo, a emissão da ordem compra ou de serviços e a assinatura do termo de contrato, não exige empenho prévio, “*desde que haja declaração de disponibilidade financeira exarada pela autoridade competente*”, conforme art. 4º.

Há na Lei previsão que flexibiliza a qualificação econômico-financeira da contratada de tal modo que, em situações hodiernas, a empresa sequer seria habilitada no procedimento, relativizando a moralidade para garantir a indisponibilidade do interesse público e a eficiência. Assim, observa-se o inciso I do art. 5º:

Art. 5º [...]

I — poderão excepcionalmente ser contratados bens e serviços de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido; § 2º - A assinatura do documento a que se refere o caput, deste artigo, não dispensa a posterior assinatura pelas partes, após findo o procedimento de dispensa, de termo contratual nos termos da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não sendo a celebração desse último instrumento condição para pagamento e entrega dos bens adquiridos.

A previsão acima demonstra que a tutela dos interesses coletivos é o fim máximo disposto pelo legislador e que não devemos perder de vista que a proteção da coletividade é o fim máximo das contratações diretas em contexto de pandêmico, de tal modo que até uma empresa inidônea ou suspensa de contratar com o poder público poderá ser contratada. Nesse caso, deve-se observar apenas o fato de ser a única fornecedora, situação que deverá ser demonstrada.

O inciso VI do referido artigo, para fins de realização e interpretação das contratações, bem como para efetivar o princípio da celeridade, prevê da seguinte forma:

VI — presume-se atendida, para fins de motivação no processo de dispensa de licitação: a) a ocorrência de situação de emergência; b) a necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; c) a existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e d) a limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Nesse aspecto, vê-se uma reprodução do artigo 4º-B da norma federal, onde ambos tornam presumidas as exigências do art. 26 da Lei nº 8.666/1993. A presunção é essencial para a celeridade nas contratações, sobretudo em um cenário sociopolítico onde as políticas sanitárias empreendidas pelo Governo Federal guiam-se, geralmente, pelo negacionismo.

Diga-se, é provável que, sem a presunção de atendimento a tais requisitos determinada pelas leis em comento, alguns gestores encontrariam óbices para concretizar a situação de emergência ou calamidade pública, tais como: pressão política, medidas judiciais,

eventuais manifestações, dentre outros.

Aqui vale resgatar a discussão travada na ADI 6341, onde o Governo Federal buscou concentrar sob sua competência tanto as medidas de controle sanitário quanto as definições dos ditos serviços essenciais, esvaziando o âmbito de competência e a margem de atuação dos gestores locais, com destaque para Governadores e Prefeitos. Felizmente, o STF seguiu o entendimento que preservou as competências locais, decisão que, além de possibilitar amplo combate à pandemia, ainda serviu para fortalecer o pacto federativo ao distribuir competências e responsabilidades para os gestores das diferentes esferas de governo.

Em que pese à redação dos artigos 1º e 2º apontarem para a restrição das contratações para a área da saúde, o artigo 11 cuida em deixar expresso que os termos da Lei incidem para outros casos de necessidades coletivas inadiáveis decorrentes da pandemia provocada pelo novo coronavírus, nos seguintes termos:

Art. 11 - Durante o período de emergência em saúde decretado pelo Poder Executivo, os órgãos e entidades do município poderão, por dispensa de licitação, na forma do inciso II, do art. 24, da Lei nº 8.666, de 1993, adquirir bens ou contratar serviços que, embora não destinados a setores da saúde, se prestem ao atendimento de necessidades coletivas inadiáveis decorrentes da pandemia provocada pelo novo coronavírus.

Percebe-se a preocupação do legislador não apenas com a área da saúde, mas também com as demais dimensões de um governo, as quais também foram afetadas pelos efeitos da pandemia.

É certo que centenas de mortes diárias, restrição de locomoção, fechamento do comércio e o medo de uma terrível doença desconhecida afetam o planejamento da administração, bem como impactam na prestação de serviços públicos, ainda que não específicos de saúde, razão pela qual é razoável estender a dispensa para o atendimento de necessidades coletivas inadiáveis decorrentes da pandemia.

Por fim, outros artigos ainda trazem contribuições relevantes para explicitar os objetivos da edição da Lei e o contexto que foi concebida, o que deve ser considerado até nos casos de decisões sobre a regularidade e validade dos atos administrativos para enfrentamento da pandemia.

Destacam-se os seguintes:

Art. 7º - As contratações de que trata esta Lei não se sujeitarão a rigores procedimentais ou ao emprego de sistemas que possam prejudicar o atendimento dos fins a que se propõem, devendo a autoridade pública adotar todas as medidas e fazer uso dos meios que confirmam a celeridade necessária para suprir a necessidade

administrativa na saúde.

Art. 8º - As decisões sobre a regularidade das condutas e a validade dos atos administrativos para enfrentamento da pandemia do novo coronavírus no âmbito do Município de Fortaleza deverão considerar a excepcionalidade da situação, as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor vividos na prática e a relevância dos direitos que ditaram seu comportamento.

Além das previsões específicas de como tornar o processo de dispensa célere e simplificado, a Lei ainda deixa expresso que as contratações não serão submetidas a procedimentos e sistemas que possam prejudicar o atendimento dos fins a que se propõem, bem como a autoridade pública deverá fazer uso dos meios que confirmam a celeridade necessária para suprir a necessidade pública.

Entende-se que a celeridade é fundamental para que a lei possa cumprir seus objetivos, contudo, a celeridade pode trazer também insegurança à autoridade pública, pois praticar os atos administrativos com velocidade incomum pode ensejar alguma inobservância legal ou procedimental, que poderá, por sua vez, ser posteriormente investigada com o fito de responsabilizar quem a praticou.

Para esse gargalo, a legislação foi crucial ao dispor no artigo 8º que a regularidade e a validade dos atos administrativos devem ser avaliadas levando-se em conta a excepcionalidade da situação e as circunstâncias práticas que tenham influído na ação do agente, pois não basta que sejam mostrados os caminhos da celeridade e da simplificação do procedimento, é imperioso também que a autoridade pública possa agir com a segurança jurídica necessária para efetivar os objetivos da lei e sem que isso importe na sua responsabilização.

Não é que o gestor não será responsabilizado, é que não será por atos praticados em condições em que não seria exigido dele conduta diversa ou que seja justificável, pelo contexto, aquela conduta praticada, pois o fim máximo das contratações emergenciais é a proteção da coletividade.

Portanto, uma vez exauridas as investigações fáticas e teóricas necessárias aos objetivos da pesquisa, notadamente sobre a caracterização do cenário pandêmico como situação de calamidade pública para fins de contratações públicas e do arcabouço legal instituído para o enfrentamento da pandemia, passa-se ao estudo de caso.

6. ANÁLISE DE CASO CONCRETO: PROCESSO DE DISPENSA DISP/SMS/29/2020 DA SECRETARIA DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA/CE.

Considerando a decretação de Emergência em Saúde Pública no âmbito do Município de Fortaleza em decorrência da COVID-19, nos termos do Decreto nº 14.611, de 17 de março de 2020, o Decreto Legislativo nº 544, de 3 de abril de 2020, o qual reconheceu a ocorrência do estado de calamidade pública no Município de Fortaleza, bem como as previsões da Lei Federal nº 13.979/2020 e Lei Municipal nº 10.995/2020, a Sra. Elizabeth Oliveira da Costa Lino, da Coordenadoria de Redes Pré-hospitalar e Hospitalar – COREPH, em 29 de abril de 2020, solicitou abertura de processo de dispensa de licitação para aquisição de VENTILADOR MECÂNICO/ELETRÔNICO, MICROPROCESSADO, na quantidade de 100 (cem) unidades, para suprir a necessidade do enfrentamento à pandemia de COVID-19, seguindo o plano de contingência para situações de emergências da Secretaria Municipal de Saúde de Fortaleza (SMS).

A solicitação inaugurou o Processo Administrativo SPU P137590/2020 e foi acompanhada de Termo de Referência, onde constam as razões da contratação por dispensa, os objetivos e os termos da contratação, como obrigações de eventual contratada, exigências quanto ao produto, bem como prazo e local de entrega.

Analisando o documento inaugural do procedimento de dispensa, já se visualiza que a contratação pretendida está pautada na urgência de aparelhar o sistema público de saúde para combater a pandemia, destacando-se a celeridade e simplificação do procedimento para a proteção da coletividade.

A Procuradoria Geral do Município (PGM) apresentou o Parecer Referencial nº 30/2020 - PA, tendo como assunto a dispensa emergencial para contratação de produtos e/ou serviços para o combate ao Novo Coronavírus (Covid-19) e fundamentação no art. 24, inciso VI da Lei nº 8.666/1993. Posteriormente, exarou o Parecer Referencial nº 01/2020 - PA, posto que, entre aquele e este, entrou em vigência a Lei nº 13.979/2020, que foi alterada pela MP nº 926/2020, de tal modo que a elaboração de novo parecer referencial se tornou necessária.

Inicialmente, cumpre registrar que a autorização para emissão de parecer referencial dispensando o envio de processos individuais à Procuradoria para análise de casos concretos de contratação direta, por dispensa de licitação, para o atendimento das necessidades públicas de combate e enfrentamento a Pandemia do COVID-19, encontra-se expressamente prevista no §3º do art. 2º do Decreto Municipal 14.611, de 17 de março de 2020, com redação incluída pelo Decreto nº 14.620, de 20 de março de 2020, que assim estabeleceu:

Art. 2º [...]

§ 3º Nos processos referentes às contratações a que se refere o § 2º deste artigo, poderá ser juntado aos respectivos autos o Parecer Referencial exarado pela Procuradoria Geral do Município, desde que a área técnica do órgão ou entidade contratante ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos daquela peça opinativa, observando-se as demais condições elencadas art. 1º do Decreto nº 13.659, de 21 de setembro de 2015 e aplicando-se o disposto no art. 2º, caput, do mesmo Decreto nº 13.659, de 2015.

Vale destacar que o próprio Tribunal de Contas da União já referendou no âmbito da União a possibilidade jurídica da adoção de manifestações referenciais, desde que “envolva matéria comprovadamente idêntica e sejam completos, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes”, senão, vejamos a seguir o enunciado do Acórdão 2674/2014-Plenário:

É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes.

Visualiza-se a adequação dos pareceres referenciais para os casos em que a matéria é idêntica, ainda que os procedimentos licitatórios sejam diversos. Nesses casos, o parecer deve abranger todas as questões jurídicas envolvidas à matéria, com elevado grau de amplitude.

Entende-se que, para as contratações emergenciais na pandemia, é de grande valia a utilização de pareceres referenciais, posto que garantem celeridade ao processo, além de assegurar a eficiência e a legalidade da contratação.

Veja-se, independente da quantidade de procedimentos licitatórios ou de processos de dispensa de licitação, a fundamentação da contratação em contexto pandêmico é a mesma: garantir a proteção da coletividade frente à pandemia de Covid-19. Sendo assim, todas as contratações bebem nas mesmas fontes fáticas e jurídicas, razão pela qual a matéria é idêntica.

Desse modo, não seria razoável exigir a análise individualizada de cada caso para apresentação do respectivo parecer, pois, caso já não fosse suficiente o fato de a própria matéria ser idêntica, a demora nesses casos se demonstra ainda mais prejudicial para o interesse público, vez que as contratações aconteceriam com menos celeridade e, conseqüentemente, a rede pública de saúde não seria equipada da forma e no tempo adequado, o que, por sua vez, ensejaria ainda mais mortes pela Covid-19 e potencializaria a crise sanitária.

Pelo critério da especialidade, as digressões sobre a manifestação da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza sobre as contratações emergenciais para enfrentamento da pandemia se darão com base no parecer mais recente, o de nº 01/2020, pois este, além de contemplar as razões expostas no parecer anterior, ainda abrange as previsões normativas da

Lei nº 13.979/2020 e suas alterações.

Tendo como base a legislação referida, a PGM asseverou que a previsão de contratação direta por dispensa de licitação foi criada única e exclusivamente para o atendimento de uma situação excepcional, de forma temporária e com a finalidade específica de combater a situação de emergência em saúde pública causada pela COVID-19.

Dentre os requisitos excepcionais abordados no parecer, é importante mencionar, para fins da pesquisa, os seguintes:

1. Necessidade de pertinência ou vinculação do objeto da contratação com o atendimento da emergência;
2. Temporariedade da contratação;
3. Ampla divulgação e publicidade;
4. Presunção da caracterização de situação de emergência atendida;
5. Desobrigação de estudos preliminares em objetos comuns;
6. Simplificação do Termo de Referência ou Projeto Básico;

Desta feita, uma vez comprovado e demonstrados nos autos o atendimento aos requisitos elencados no parecer, tem-se por possível e viável juridicamente a realização de contratação direta, por dispensa de licitação, para aquisição de bens, serviços e insumos para o enfrentamento e combate a situação de emergência em saúde com fundamento na Lei 13.979/2020.

Mesmo diante de flexibilizações contundentes, a PGM assevera o que já foi sustentado anteriormente neste trabalho, no sentido de que a dispensa de licitação não importa em ausência de procedimento, tampouco em “carta branca” para ações que violem os preceitos constitucionais, conforme transcrito abaixo:

Vale destacar que a despeito da MP n. 926/2020 ter incluído inovações e regramentos específicos às contratações públicas, sejam estas por dispensa de licitação ou por pregão, com objetivo de conferir maior agilidade para as contratações públicas destinadas ao enfrentamento da Pandemia do COVID-19, tal medida não autoriza o gestor público o afastamento por completo das formalidades legais aplicáveis e da observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, bem como os demais preceitos que lhe sejam aplicáveis.

Dessa forma, a agilidade e rapidez almejada pelo legislador, na medida em que relativiza e flexibiliza algumas das exigências previstas na sistemática da Lei nº 8.666/93, também impõe ao agente público o dever de agir com proporcionalidade, parcimônia e cautela na tomada de decisão acerca da melhor solução a ser adotada, bem como das medidas e ações necessárias adotadas frente a realidade e aos desafios que as atuais circunstâncias fáticas exigem deste.

Antes de concluir, a Procuradoria exara o entendimento de que para as hipóteses de dispensa emergencial com base na Lei nº 13.979/2020 aplica-se no que couber as disposições contidas no art. 26, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, assim como as especificidades da Lei Municipal nº 19.995/2020.

Desse modo, assim conclui a PGM:

Ante o exposto, dada a grande alteração implementada pela Medida Provisória nº 926/2020 na Lei nº 13.979/2020, opinamos pela complementação do Parecer Referencial nº 30/2020 –PA, no que com este não conflitar de modo que uma vez demonstrados o preenchimento dos requisitos acima mencionados para adoção da presente manifestação jurídica referencial (parecer referencial) -a ser atestado expressamente pelo órgão ou entidade contratante, e atendidos todos os requisitos elencados ao longo deste parecer, entende-se possível o prosseguimento da contratação direta, sem submetê-la à apreciação desta Procuradoria, por entender restar configurada a hipótese de dispensa de licitação, fundamentada nos artigos 4º e seguintes da Lei nº 13.979/2020, ficando a decisão de mérito acerca da conveniência, oportunidade, necessidade e viabilidade orçamentária a cargo da autoridade consulente.

A dispensa de licitação foi aprovada e ratificada pela Secretária Municipal de Saúde à época, Sra. Joana Angélica Paiva Maciel, nos termos do Termo de Referência e da proposta comercial apresentada nos autos do processo administrativo nº P137590/2020, a serem fornecidos pela empresa BUYERBR SERVICOS E COMERCIO EXTERIOR LTDA-ME, inscrita no CNPJ sob o nº 21.533.430/0001-49, cujo valor do contrato importa na quantia total de R\$23.073.650,00 (vinte e três milhões, setenta e três mil e seiscentos e cinquenta reais), conforme Termo de Ratificação nº 029/2020.

A Secretária destacou, ainda, que a medida se impõe como necessária e indispensável sob pena de ocorrência de graves prejuízos à saúde pública, os quais poderão resultar em expressivo número de mortes, manifestação esta que se coaduna com o posicionamento disposto acima sobre a apresentação de pareceres referenciais para as contratações em contexto de pandemia de Covid-19.

Conforme justificativa da vantajosidade e escolha do fornecedor, foi necessário realizar pesquisa de mercado para promover a aquisição objeto da dispensa. A Administração usou como método de pesquisa a consulta a banco de dados com preços da administração pública e cotação com fornecedores que atuam no ramo do objeto a ser adquirido, para verificar a compatibilidade do preço ofertado com o mercado.

Diante do prazo exíguo para a contratação em virtude do cenário de casos de contaminação e mortes, foi solicitada brevidade máxima nas cotações, de modo que a Secretaria Municipal de Saúde obteve as propostas de preço das seguintes empresas: EGC IMAGENS, HEMPCARE, KALMED (representando a BUYERBR), QGR, MERCCOSUL, F3 IMPORTAÇÃO, ANDARE, DRAGER e COMPRA CERTA.

De início, as propostas das empresas F3 IMPORTAÇÃO e COMPRA CERTA não atenderam às especificações descritas no Termo de Referência, assim como foi identificado na consulta ao Banco de Preços que o mesmo produto vinha sendo comercializado nos meses

que antecederam a pandemia do novo Coronavírus com valor unitário de R\$ 72.035,17 (setenta e dois mil trinta e cinco reais e dezessete centavos).

De acordo com o mapa de preços, as propostas consideradas foram as seguintes:

EGC IMAGENS: R\$ 36.432.000,00 (trinta e seis milhões e quatrocentos e trinta e dois mil reais) com pagamento integral à vista e pronta entrega, arcando a contratante com os custos do frete;

HEMPCARE: R\$ 16.200.000,00 (dezesseis milhões e duzentos mil reais), com pagamento de 50% à vista e o restante com o pedido, a entrega em até quinze dias;

KALMED: R\$ 23.073.650,00 (vinte e três milhões setenta e três mil seiscentos e cinquenta reais), sendo 50% no ato de fechamento da compra e o restante com a entrega, que tem o prazo de três a cinco dias;

QGR: U\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil dólares), mediante carta de crédito e prazo de entrega estimado entre cinco e dez dias;

MERCOSUL: U\$ 4.365.000,00 (quatro milhões e trezentos e sessenta e cinco mil dólares), sendo 50% no ato de fechamento da compra e o restante com a entrega, que tem o prazo de três a cinco dias;

ALCHEMY: U\$ 6.400.000,00 (seis milhões e quatrocentos mil dólares), com pagamento integral à vista e prazo de entrega estimado entre cinco e sete dias a partir do pagamento;

DRAGER: R\$ 8.321.371,00 (oito milhões trezentos e vinte um mil e trezentos e setenta e um reais), sendo cinquenta unidades fornecidas em 31/01/2021 e cinquenta unidades em 28/02/2021.

Acerca das propostas, a primeira observação a ser feita trata da margem de escolha da autoridade pública, que, em juízo de conveniência e oportunidade, pode escolher a que julgar mais adequada para os objetivos da contratação. Todavia, a escolha não pode ser feita sem critérios e a bel prazer da autoridade, porquanto, em que pese a discricionariedade da escolha, esta deve ser feita considerando os objetivos os limites das legislações que fundamentam a contratação.

Nesse aspecto, muito para além do preço, deve ser avaliada com esmero a confiabilidade do fornecedor, as características dos equipamentos apresentados e o prazo de entrega, posto que, para além da legalidade, a contratação deve ser célere e eficiente, pois a urgência é inerente à contratação.

A proposta apresentada pela empresa KALMED em nome da empresa BuyerBR Serviços e Comércio Exterior LTDA trata da venda de 100 (cem) unidades de ventiladores mecânicos modelo Drager Evita V 300, a serem entregues no prazo de três a cinco dias, com dois anos de garantia e cinco empresas brasileiras habilitadas a fazer manutenção, impondo à Contratante os custos de serviços de troca de peças. A empresa cobrou o valor unitário do equipamento na importância de U\$ 43.650,00 (quarenta e três mil seiscentos e cinquenta dólares), totalizando U\$ 4.365.000,00 (quatro milhões e trezentos e sessenta e cinco mil dólares), considerando a cotação do dólar no dia 30/04/2020, de modo que a compra totaliza R\$ 23.073.650,00 (vinte e três milhões setenta e três mil seiscentos e cinquenta reais).

A proposta acima foi tida como a mais vantajosa nos seguintes termos:

Outrossim, indispensável se faz justificar as razões que nos leva a adquirir o item nas condições relatadas. Para tanto fora anexado aos autos Justificativa Técnica emitida pela Secretária Adjunta para justificar sobreposição de ações emergenciais e garantias de entregas rápidas das aquisições, que possam garantir assistência adequada, para uma enfermidade de muitas incertezas.

Logo, haja vista os fatos acima narrados, temos a informar que, com respaldo no artigo 4º-E, §1º, inciso VI, alínea "e", presente na Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância interacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, a proposta apresentada pela empresa KALMED, em nome da BUYERBR SERVIÇOS E COMÉRCIO EXTERIOR LTDA, apresentou-se como mais vantajosa, considerando o menor prazo de entrega, para a contratação solicitada nas quantidades e especificações definidas pela administração para conter o avanço da doença, no valor total de US\$ 4.365.000,00 (quatro milhões trezentos e sessenta e cinco mil dólares), no câmbio atual, R\$23.073.650,00 (vinte e três milhões setenta e três mil seiscentos e cinquenta reais), conforme se pode verificar na proposta anexada aos autos.

Visualiza-se que o valor unitário do equipamento corresponde a R\$ 230.736,50 (duzentos e trinta mil setecentos e trinta e seis reais e cinquenta centavos), valor este maior que o triplo daquele comercializado antes da pandemia, no patamar de R\$ 72.035,17 (setenta e dois mil trinta e cinco reais e dezessete centavos), o que demonstra a expressiva oscilação no valor de mercado dos produtos diante do aumento da procura.

Desse modo, deve ser mencionado que a aquisição realizada no procedimento de dispensa tem guarita no art. 4º-E, §3º da Lei nº 13.979/2020 e art. 3º da Lei nº 10.995/2020, que autoriza a contratação por preços superiores aos obtidos a partir da estimativa e cotações realizadas, desde que decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preço e mediante justificativa nos autos, pois é lógico o aumento expressivo no preço do bem, porquanto a procura aumentou sem precedentes enquanto a oferta demonstrou-se limitada.

No caso, a aquisição dos bens se deu com base em valor de mercado superior ao praticado antes da pandemia, mas o valor pago pela Prefeitura de Fortaleza é aquele que a contratada indicou em sua proposta e na estimativa dos preços, motivo pelo qual o entendimento é de que o preço, por si só, não impõe qualquer ilegalidade à operação.

Com a ratificação da dispensa e seleção da proposta mais vantajosa, foi apresentada a dotação orçamentária e emitida nota de autorização de despesa no valor de R\$ 23.073.650,00 (vinte e três milhões setenta e três mil seiscentos e cinquenta reais).

Concomitantemente a isso, fora formalizado o contrato nº 270/2020 - SMS, no qual constam as cláusulas de regência da contratação, sobre as quais passaremos a abordar o teor.

Merece destaque um fato que destoa das contratações hodiernas mediante o

procedimento padrão, é que o valor do contrato corresponde ao valor da proposta de preço apresentada pela empresa selecionada, visto que, nas condições sanitárias e econômicas anormais experimentadas seria bastante gravoso para a Administração limitar o valor do contrato ou do bem, o que poderia, inclusive, atrasar a contratação ou mesmo inviabilizá-la.

Várias cláusulas do instrumento apontam para o termo de referência e proposta, tomando-os como norte da execução do contrato. Aqui, vemos que o instrumento contratual, em grande parte, serve principalmente para formalizar a contratação, sem inovar tanto no aspecto da regulação.

Portanto, as contratações emergenciais para enfrentamento da pandemia se dão com base na celeridade e simplificação do procedimento, de tal modo que os documentos anteriores ao contrato já estruturam os termos da contratação, os quais são também dispostos no contrato.

A cláusula segunda cuida em deixar expressa a vinculação ao termo de referência e a proposta da contratada, dispondo que a proposta, os documentos acostados ao processo administrativo SPU nº P137590/20 e seus anexos, bem como os termos, de referência e ratificação, constituem parte do contrato, ainda que não sejam transcritos neste.

Nesse sentido, sem intenção de exaurir todas, são as cláusulas 3.1, que trata do objeto, 4.1, que determina o valor do contrato com base na proposta, 5.1, que versa sobre a forma de fornecimento dos equipamentos e 6.1, que dispõe sobre a forma de pagamento a ser realizada nos termos da proposta.

Ocorre que outras cláusulas não coincidem com os documentos mencionados, mas são imprescindíveis para a investigação do procedimento de dispensa em análise, posto que tratam diretamente da regulação de obrigações que estão relacionadas às problemáticas experimentadas pela Administração na execução do contrato, que serão abordadas oportunamente neste tópico.

O primeiro aspecto a se destacar corresponde ao pagamento, que deverá ser realizado na forma da proposta da contratada, ou seja, mediante transferência bancária de cinquenta por cento do valor da compra no ato de fechamento do negócio e o restante com a entrega dos bens. Todavia, nenhum pagamento deverá ser realizado em caso de descumprimento das obrigações pactuadas no contrato.

Assim indicam as cláusulas contratuais:

6.1. O pagamento advindo do objeto do Contrato será proveniente dos recursos da Secretaria Municipal da Saúde de Fortaleza, e será efetuado, nos termos da proposta apresentada pela Contratada e aprovada pela Contratante, nos termos dos

documentos acostados nos autos do processo em epígrafe, mediante transferência bancária, com crédito em conta-corrente em nome da contratada.

6.2. Não será efetuado qualquer pagamento à CONTRATADA, em caso de descumprimento das condições, aqui pactuadas.

6.4. Se o objeto não for entregue conforme condições deste termo, o pagamento ficará suspenso até seu recebimento regular.

Percebe-se que, embora a execução do contrato tenha forte vinculação a proposta da contratada, isso não significa que o pagamento se dará a seu bel prazer, pois não será efetuado em caso de qualquer descumprimento do contrato, bem como ficará suspenso por prazo indeterminado se o objeto não for entregue nas condições do contrato e da proposta.

Esses pontos sobre os pagamentos são relevantes diante das obrigações da contratada, dispostas nos itens da cláusula décima, dentre os quais se destacam os seguintes:

10.1. Entregar o objeto em conformidade com as condições deste instrumento.

10.6. Prestar imediatamente as informações e os esclarecimentos que venham a ser solicitados pela contratante, salvo quando implicarem em indagações de caráter técnico, hipótese em que serão respondidas no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

10.9. Os produtos deverão obedecer às prescrições e exigências contidas nas especificações do Termo de Referência, bem como todas e quaisquer normas ou regulamentações intrínsecas ao tipo de fornecimento.

10.12. Assumir inteira responsabilidade por qualquer dano ou extravio causado durante o transporte e demais serviços pertinentes ao fornecimento, devendo comunicar ao Gestor do contrato tempestivamente, a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis.

10.15. Transportar os produtos desde o local de distribuição, fabricação e embalagem até o local de destino, ou no setor onde serão instalados ou disponibilizados para uso, ou nas condições de recebimento e aceitação deste termo de referência.

Aqui vemos claramente as previsões do contrato que visam atender ao objetivo de proteção da coletividade, fim máximo das contratações emergenciais para enfrentamento da pandemia com fundamento na Lei Federal nº 13.979/2020 e Lei Municipal nº 10.995/2020.

Salvo algumas cláusulas que tratam de requisitos de habilitação, a obrigação fundamental da contratada é basicamente fornecer os equipamentos no tempo e local acordado, para que a rede de saúde esteja equipada com ferramentas essenciais para assistência dos enfermos.

Veja-se, o objeto da dispensa é aquisição dos ditos ventiladores mecânicos, os quais são vitais para o tratamento da Covid-19, que afeta terrivelmente o sistema respiratório, razão pela qual seu fornecimento adequado é a matriz das obrigações da contratada e o preço secundário.

Tanto é verdade que as obrigações da contratante circundam ao fornecimento de condições adequadas para a execução do contrato pela contratada, sem prejuízo das medidas de controle, tais como: a fiscalização por unidade competente da Secretaria (11.3), notificação

em caso de irregularidade na execução do contrato (11.4) e aplicação de sanções (11.6).

Assim, vejamos as obrigações da Administração:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE

11.1. Solicitar a execução do objeto à CONTRATADA através da emissão de Ordem de Fornecimento após emissão de empenho

11.2. Proporcionar a CONTRATADA todas as condições necessárias ao pleno cumprimento das obrigações decorrentes do objeto contratual, consoante estabelece a legislação aplicável.

11.3. Fiscalizar a execução do objeto contratual através de sua unidade competente, podendo decorrer, solicitar providências da CONTRATADA, que atenderá ou justificará de imediato.

11.4. Notificar a CONTRATADA, de qualquer irregularidade decorrente da execução do objeto contratual.

11.5. Efetuar os pagamentos devidos à CONTRATADA nas condições estabelecidas neste contrato.

11.6. Aplicar as penalidades previstas em lei e neste instrumento

No tocante a extinção do contrato e as possibilidades de rescisão, a cláusula décima quarta dispõe que as hipóteses de rescisão serão aquelas listadas no artigo 78 da Lei nº 8.666/1993, podendo ser imediata ou com aviso prévio, conforme prevê o instrumento:

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA - DA RESCISÃO CONTRATUAL

14.1. A inexecução total ou parcial deste contrato e a ocorrência de quaisquer dos motivos constantes no art. 78. da Lei Federal nº 8.666/1993 será causa para sua rescisão, na forma do art. 79 com consequências previstas no art. 80. do mesmo diploma legal.

14.2. Este contrato poderá ser rescindido a qualquer tempo pela CONTRATANTE, mediante aviso prévio de no mínimo 30 (trinta) dias, nos casos das rescisões decorrentes do previsto no inciso XII. do art 78 da Lei Federal nº 8.666/1993, sem que caiba à CONTRATADA, direito à indenização de qualquer espécie.

Antes de finalizar a análise formal do procedimento, é necessário realçar o atendimento ao princípio da celeridade e da máxima publicidade dos atos praticados no procedimento em análise, pois apenas a comunicação interna solicitando abertura de procedimento e a apresentação do termo de referência está datada do dia 29 de abril de 2020, enquanto todos os demais foram praticados e publicados no Diário Oficial do Município no dia seguinte, qual seja, dia 30 de abril.

Desse modo, além da celeridade, a simplificação do procedimento estabelecido pelas legislações comentadas no capítulo anterior possibilitou que toda a contratação fosse formalizada em dois dias, inclusive a indicação da dotação orçamentária e a nota de autorização de despesa, ou seja, o pagamento.

Aqui vale destacar o empenho da Administração Municipal em realizar a contratação com o máximo de celeridade possível, com vistas à urgência de atendimento da população, além da disponibilização pública quase instantânea dos documentos do processo

de dispensa.

Contudo, o caso concreto objeto de reflexões não foi escolhido à toa, pois como nem tudo são flores, notadamente em uma pandemia mortal, a contratação, embora formalizada legalmente, não logrou êxito diante do descumprimento contratual praticado pela empresa BuyerBR, pois os equipamentos nunca foram entregues.

A contratada não forneceu os equipamentos na forma em que propôs e que foi convencionado em contrato após o recebimento da quantia de R\$ 10.383.142,50 (dez milhões, trezentos e oitenta e três mil, cento e quarenta e dois reais e cinquenta centavos).

Em 25 de maio de 2020, a compra dos respiradores foi alvo da Operação Dispneia, deflagrada pela Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público Federal (MPF) e a Controladoria-Geral da União (CGU), que executaram oito mandados de busca e apreensão em domicílios, empresas e órgãos públicos, em Fortaleza e São Paulo⁸.

A investigação identificou indícios de que, além da ausência de capacidade técnica e financeira da empresa contratada pela Prefeitura de Fortaleza, houve superfaturamento dos valores pagos pelos equipamentos, que atingiram o montante de R\$ 34,7 milhões em dois procedimentos de dispensa de licitação, incluindo o que ora se analisa, pois, comparando-se com outras aquisições de equipamentos com a mesma especificação durante o período de pandemia, chegou-se a indícios de um potencial prejuízo financeiro de até R\$ 25,4 milhões aos cofres públicos⁹.

De acordo com a Nota Técnica nº 1021/2020/NAE-CE/CEARÁ¹⁰, emitida pela Controladoria Regional da União no Estado do Ceará e que serviu de base para a operação, a contratação dos equipamentos pelo valor unitário de R\$ 230.736,50 (duzentos e trinta mil setecentos e trinta e seis reais e cinquenta centavos) superou de forma significativa os preços praticados em outros contratos formalizados em condições emergenciais decorrentes do combate à Covid-19.

O Órgão efetuou pesquisa no site Comprasnet, do Governo Federal, e, 11/05/2020, onde constatou que ventiladores artificiais eletrônicos similares foram comercializados em 2020 com preço mínimo de R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais) e máximo de R\$ 61.900,00 (sessenta e um mil e novecentos reais). Na análise do Órgão,

⁸<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-05/pf-investiga-superfaturamento-de-respiradores-em-fortaleza>

⁹<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/pf-investiga-prejuizo-de-r-25-4-mi-de-recursos-destinados-a-compra-de-respiradores-em-fortaleza-1.2249208>

¹⁰ A nota técnica pode ser consultada às fls. 96-106 nos autos do processo de nº 0229796-12.2020.8.06.0001, que tramita na 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE.

considerando o valor máximo constante no sítio eletrônico e o valor unitário praticado no processo de dispensa, há uma diferença de R\$ 16.883.650,00 no montante final da contratação.

Além disso, a CGU ressalta que o preço de R\$ 61.945,37 foi contratado por órgão do Comando da Aeronáutica já em período de emergência por conta da pandemia de Covid-19, além de que a aquisição promovida pela Prefeitura Municipal de Fortaleza é, inclusive, bem superior ao valor unitário de R\$ 117.323,00, por unidade de ventiladores pulmonares, contratados em aquisição contemporânea promovida pelo Governo do Estado do Ceará, a qual já evidenciava valor, também, significativamente superior ao maior valor cadastrado no Painel de Compras do Governo Federal.

Sobre a ausência de capacidade técnica e financeira da empresa contratada, a Nota aponta que a incompatibilidade das instalações físicas da empresa com a expressividade do objeto do contrato, isso porque, no registro do CNPJ consta o endereço Rua Safira nº 346-B, Bairro Jardim dos Camargos, Município de Barueri/SP, onde tem um imóvel visivelmente incompatível "com a especificidade, materialidade e caráter emergencial do contrato. Ademais, no site da empresa consta outro endereço, a saber, Rua M.M.D.C, nº 450, Sala 307, Butantã, São Paulo/SP, sendo que este apresenta características de prédio comercial.

A CGU, através da Superintendência Regional do Ceará, ainda põe em xeque a capacidade operacional da empresa BuyerBR, posto que, conforme consultas realizadas aos sistemas CAGED – Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais e RAIS - Relação Anual de Informações Sociais, a empresa conta com apenas três empregados, assim como constam notícias públicas sobre pendências contratuais da contratada, a exemplo do prejuízo superior a três milhões de reais causado ao Governo do Estado de Rondônia, que pagou a quantia antecipadamente e não recebeu os testes rápidos na forma acordada.

Por fim, a nota concluiu pelo registro dos riscos do processo de aquisição dos equipamentos, ressaltando que:

“a presente Nota Técnica não possui a finalidade de sugerir, de pronto, suspensão de termos contratuais por parte da Prefeitura Municipal de Fortaleza, mas sim oferecer um conjunto de informações que indicam elevado risco do processo de aquisição de que se trata, podendo gerar não apenas prejuízos financeiros, mas sobretudo comprometer a eficácia e efetividade das ações de combate ao Covid-19, diante dos quais é de responsabilidade exclusiva da Prefeitura Municipal a avaliação e adoção das medidas consideradas cabíveis.”

A Prefeitura de Fortaleza, através da Secretaria de Saúde, em conjunto com a

direção do Instituto Dr. José Frota (IJF), órgãos responsáveis pelas contratações, emitiram a seguinte nota comentando a operação¹¹:

A Secretaria da Saúde de Fortaleza e a direção do Instituto Doutor José Frota (IJF) dizem estar totalmente surpresas e indignadas com tal operação e que não existe possibilidade da mesma encontrar qualquer desvio de recurso público, visto que todos os procedimentos foram adotados em completa obediência à legislação vigente e que todos os atos da gestão estavam sendo acompanhados por um comitê de governança que atualizava com informações, periodicamente, os órgãos de controle externo. Também destacou que desde a última sexta-feira (dia 22.05), esses órgãos de controle externo já estavam informados sobre a rescisão unilateral do contrato por parte da Prefeitura, com a devida devolução dos recursos, visto que a empresa contratada não entregou os equipamentos no prazo estipulado.

A nota refere-se a três pontos fulcrais, a inexistência de desvio de recursos, a obediência a legislação vigente e a ciência prévia dos órgãos de controle externo, incluindo a CGU, quanto a rescisão unilateral dos contratos e o reembolso dos valores pagos, o que demonstraria a inconsistência da investigação e ausência de motivos para a realização da “Operação Dispneia”.

A rescisão unilateral do contrato foi efetivada em 20 de maio de 2020, mesma data em que fora publicada no Diário Oficial do Município de Fortaleza, fato que demonstra celeridade da Administração em extinguir a avença e a veracidade das informações da nota emitida pela SESA e IJF no tocante ao distrato, que já estava sendo encaminhado.

Os achados indicam manifestação pública do Prefeito de Fortaleza à época, Roberto Cláudio, que, além de convergir com as razões da nota, ainda acrescenta outras críticas à investigação e as operações¹².

Para o ex-gestor a ação teria sido promovida por razões políticas, principalmente pelo envolvimento indevido da Controladoria Geral da União e da Polícia Federal, que só deveriam atuar caso houvesse utilização de recursos oriundos da União, sendo que no caso todos os valores envolvidos foram provenientes do Tesouro Municipal.

Aliás, nesse sentido foi o entendimento do Tribunal de Contas da União expresso no ACÓRDÃO Nº 8842/2020 - TCU - 2ª Câmara, relatado pela Ministra Ana Arraes, que não tomou conhecimento de representação acerca de possíveis irregularidades no contrato em análise¹³.

Roberto Cláudio ainda acrescentou que a base comparativa dos preços utilizada na

¹¹<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2020/05/25/pf-investiga-prejuizo-de-r-254-milhoes-de-recursos-destinados-a-compra-de-respiradores-em-fortaleza.ghtml>

¹²<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2020/05/25/prefeito-de-fortaleza-rebate-denuncias-sobre-respiradores-e-diz-que-entrara-na-justica.ghtml>

¹³<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F73726BE901746E2123F90596&inline=1>

investigação considerou épocas diferentes e equipamentos com funcionalidades diferentes, comparando preços praticados no mercado antes e durante a pandemia e sobre equipamentos que, embora da mesma natureza, possuem funcionalidades e complexidades distintas.

Ainda, reforçou a comunicação realizada para a CGU no sentido de que o Município iria fazer o distrato com a empresa e exigir o reembolso do dinheiro, o que foi efetivado, mas ignorado pelos órgãos de controle externo que mesmo assim executaram a operação.

Vale salientar que a Medida Provisória nº 961, no seu art. 1º, II, autorizou o pagamento antecipado nos contratos voltados ao combate ao estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2), o que foi realizado pelo Município de Fortaleza na avença em questão, que adimpliu uma parcela de forma antecipada sem que incorresse em ilegalidade. Destaque-se, de logo, que a citada MP, no inciso II do § 1º do art. 1º, também assegura o óbvio direito da Administração Pública de “exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto”.

É certo que, conforme os achados, a Prefeitura de Fortaleza agiu rápido para buscar o reembolso dos valores, tendo recebido R\$ 5.191.571,25 (cinco milhões cento e noventa e um mil e quinhentos e setenta e um reais e vinte e cinco centavos) ainda em maio de 2020¹⁴.

A Procuradoria Geral do Município ajuizou ação visando a restituição do valor restante, que foi autuada sob o nº 0229796-12.2020.8.06.0001 e tramita na 3ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Fortaleza, onde obteve decisão judicial que determinou o reembolso dos R\$ 5.191.571,25 restantes, a título da metade do valor adiantado, valor este que foi creditado em favor da Prefeitura no mês de junho de 2021.

Em que pese o ajuizamento do feito e os pedidos que nele constam, que exasperam o mero reembolso, mas buscam também a responsabilização da contratada e de suas sócias, o Município também tratou de aplicar sanções previstas no contrato.

A Portaria nº 365/2020-SMS, publicada no diário oficial do município em 14 de setembro de 2020, impôs as sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Além disso, o mesmo ato normativo determinou também o pagamento de multa contratual, no patamar máximo permitido, representado pelo percentual de 100% (cem por cento) do valor total do instrumento de Contrato nº 270/2020-SMS nos termos previstos no

¹⁴<https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2021/07/01/fortaleza-recupera-r--5-1-milhoes-pagos-por-respiradores-nao-entregues-na-pandemia.html>

item 13.1.2 de sua Cláusula Décima Terceira, no total de R\$ 23.073.650,00 (vinte e três milhões, setenta e três mil e seiscentos e cinquenta reais).

Sobre esse último aspecto, ressalta-se que o município ajuizou ação de execução fiscal de nº 0609439-43.2020.8.06.0001 para buscar a liquidação da multa aplicada, a qual ainda não teve ato decisório tanto precário quanto definitivo e encontra-se parado. O processo foi autuado em 23/11/2020 e tramita na 6ª Vara de Execuções Fiscais da Comarca de Fortaleza/CE.

Por fim, as investigações empreitadas pela Controladoria Geral da União e Polícia Federal não resultaram em indiciamentos e tampouco em processos judiciais de responsabilização dos gestores, seja na esfera administrativa, cível ou criminal.

Avaliando a atuação da Prefeitura de Fortaleza, vê-se que esta empreitou as diligências necessárias para efetivar a contratação e sanar os problemas oriundos do descumprimento contratual da contratada, pois, além de realizar a contratação em dois dias, não se omitiu em buscar o reembolso dos valores pagos e a responsabilização da empresa.

Nesse aspecto, a Administração ajuizou ação de cobrança para obter a devolução da segunda metade do valor pago e ação de execução fiscal para buscar a liquidação da multa contratual aplicada. A primeira logrou êxito, enquanto a segunda ainda não teve qualquer ato judicial praticado desde o dia 30 de novembro de 2021.

Ademais, a empresa encontra-se cumprindo a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, pelo prazo de 05 (cinco) anos.

A aquisição acima investigada foi realizada através de contratação emergencial formalizada por dispensa de licitação (SPU nº P137590/2020) e os documentos da contratação podem ser consultados através do Portal da Transparência do Tribunal de Contas do Estado do Ceará¹⁵, e nos autos dos processos judiciais nº 0229796-12.2020.8.06.0001 e nº 0609439-43.2020.8.06.0001, conforme feito nesta pesquisa.

7. CONCLUSÕES

Da análise da dispensa de licitação como instrumento de contratações públicas emergenciais, percebe-se que se trata de um tema relevante, pois foi possível constatar a pertinência deste sob o ponto de vista do interesse público, especificamente a proteção da

¹⁵https://licitacoes.tce.ce.gov.br/index.php/dispensa_inexibilidade/detalhes/proc/158410/licit/25148

coletividade frente à calamidade pública.

Quanto ao objetivo geral desta pesquisa, pode-se afirmar que foi alcançado de forma satisfatória, uma vez que a análise do procedimento de dispensa foi realizada de modo a verificar suas peculiaridades, contextualizando-o com o cenário pandêmico e as fontes utilizadas, especialmente a bibliográfica, normativa, documental e estudo de caso.

A dispensa de licitação por situação de emergência ou calamidade pública ocorre nos casos de imprevisibilidade e urgência no atendimento pela capacidade de afetação da sociedade de forma mais agravada e generalizada, meio pelo qual foi possível concluir que a pandemia de Covid-19 configura calamidade pública para os fins de dispensa do procedimento padrão de contratação, diante da transmissibilidade do vírus causador, da agressividade dos sintomas da doença e do expressivo número de mortes no Brasil e no mundo.

A realidade imposta pela pandemia fez surgir a necessidade de edição de legislações específicas para amparar as ações públicas de combate a calamidade sanitária. Desse modo, à nível federal fora promulgada a Lei nº 13.979/2020, alterada pela Medida Provisória nº 926/2020, dispondo sobre as medidas a serem adotadas para enfrentamento da emergência internacional decorrente da Covid-19, estabelecendo, expressamente que todas as medidas constantes na legislação têm como fim máximo a proteção da coletividade.

Ainda sobre as legislações específicas para as contratações emergenciais de enfrentamento da pandemia, nota-se a edição da Lei nº 17.194/2020, pelo Governo do Estado do Ceará, e a Lei nº 10.995/2020 pela Prefeitura Municipal de Fortaleza, ambas refletindo diversos comandos da legislação federal e com outras previsões próprias.

A análise do caso concreto demonstrou a atuação pública com base nas leis nº 8.666/1993, nº 13.979/2020 e nº 10.995/2020, assim como em atenção a situação inegável de emergência sanitária, tanto no que corresponde a contratação quanto as diligências para sanar os prejuízos da operação.

Nesse sentido, conclui-se que a celeridade e simplificação do procedimento objetivadas pelo legislador foram alcançadas na medida em que se vê a contratação investigada ser aberta e finalizada em apenas dois dias, interregno no qual houve o pedido de autorização da contratação direta, a autorização, a estimativa de preços, a escolha da proposta, a assinatura do contrato e o pagamento de aproximadamente dez milhões de reais a título de entrada, com a respectiva autorização de despesa e nota de empenho.

Considerando a necessidade de celeridade na contratação, alguns pontos merecem

destaque, são eles: a presunção de ocorrência dos requisitos exigidos pela Lei de Licitações, a possibilidade de utilização de pareceres referenciais e a possibilidade de pagamento antecipado.

De início, vê-se que o artigo 4º-B da Lei Federal nº 13.979/2020 bem como as alíneas do inciso VI do artigo 5º da Lei Estadual nº 17.194/2020 e Lei Municipal nº 10.995/2020 determinam expressamente que aqueles requisitos exigidos no artigo 26 da Lei nº 8.666/1993 tornam-se presumidos para fins de contratações emergenciais em contexto de pandemia, sendo eles os seguintes: a ocorrência da situação de emergência, a necessidade de pronto atendimento da situação, a existência de risco generalizado e a limitação da contratação da parcela necessária ao atendimento da emergência.

Sem tais previsões, a Administração necessitaria de mais tempo para reforçar o que a realidade fática já deixa óbvio, que a pandemia de Covid-19 configura situação de emergência, a qual demanda pronto atendimento e importa em risco generalizado para a coletividade, além de que as operações devem ser adstritas ao atendimento da emergência. Dispensando a necessidade de comprovação dessas situações, a legislação desburocratizou ainda mais o processo de dispensa para contratações emergenciais.

O segundo ponto de destaque, que se mostrou pertinente no estudo de caso, foi a utilização de pareceres referenciais, ou seja, parecer que não trata especificamente de uma contratação, mas que abrange todas as matérias jurídicas envolvidas a um conjunto de operações idênticas ou similares. Tal ferramenta, além de garantir a celeridade, visto que o órgão jurídico não precisa analisar cada caso para apresentação de parecer individualizado, ainda assegura a legalidade das contratações, porquanto a análise de legalidade jurídica da operação resta satisfeita, além de ser um meio de promover a eficiência da atividade administrativa, ao passo em que otimiza o uso do tempo.

Visando a celeridade, foi autorizado também o pagamento adiantado do valor do contrato, nos casos em que a proposta da empresa contratada assim dispuser e condicionar. Nesse caso, entende-se que o risco é altíssimo, pois a necessidade de contratação célere e a flexibilização da qualificação econômico-financeira podem acarretar pagamentos realizados para empresas incapazes de fornecerem os equipamentos nos termos em que se propuseram. Todavia, o risco é justificável frente aos prejuízos impostos pela pandemia e a dimensão dos direitos tutelados.

No caso, tendo que adquirir ventiladores mecânicos para evitar a perda incalculáveis de vidas, é aceitável realizar pagamento adiantado e suportar o risco de não

receber os equipamentos, pois o inevitável risco de não recebimento não pode inviabilizar a estruturação de equipamentos de saúde para tratamento dos infectados, além de que, inadimplementos contratuais podem ser sanados e punidos, enquanto uma vida não pode ser realocada em um corpo.

Na prática, viu-se que a Prefeitura de Fortaleza, através da Secretaria Municipal de Saúde, contratou a Empresa BuyerBR Serviços e Comercio Exterior LTDA-ME para o fornecimento de cem ventiladores mecânicos, compra esta que totalizou o valor de R\$ 23.073.650,00 (vinte e três milhões, setenta e três mil e seiscentos e cinquenta reais), dos quais R\$ 10.383.142,50 (dez milhões, trezentos e oitenta e três mil, cento e quarenta e dois reais e cinquenta centavos) foram pagos adiantados no momento da formalização do contrato.

A escolha de tal proposta teve como norte as condições de entrega e as características do equipamento apresentado pela contratada, ainda que o valor da proposta, tanto unitário quanto global, fosse superior às demais. Aqui, se destaca a discricionariedade da autoridade pública em escolher a proposta mais vantajosa para a Administração, considerando a conveniência e a oportunidade, tendo em vista que o fim máximo das contratações emergenciais na pandemia é a proteção da coletividade, sendo este o principal critério de escolha da proposta.

Não há como apontar qualquer ilegalidade na escolha da proposta apresentada pela Empresa BuyerBR, pois a autoridade escolheu aquela com maior potencial de ser satisfeita nos termos pretendidos pela Administração, a qual, além da celeridade, necessitava de equipamentos especializados e de qualidade, visto que seriam utilizados na prestação de serviços de saúde de alta complexidade e urgência.

Constata-se, de outro modo, o inadimplemento contratual da contratada ao receber a quantia de R\$ 10.383.142,50 e não entregar os equipamentos na forma apresentada na proposta e acordada pelas partes, ocasionando, além do prejuízo financeiro, o prejuízo sanitário, vez que prejudicou a estruturação da rede pública de saúde do Município de Fortaleza e obstou o alcance do objetivo da contratação de proteger a coletividade, o que contribuiu para uma quantidade incerta de mortes.

A contratação foi alvo de investigações e operação conjunta da Polícia Federal e da Controladoria Geral da União, as quais apontaram indícios de superfaturamento no preço dos equipamentos e contratação de empresa sem qualificação técnica e operacional para a execução do contrato. A dita operação, denominada de Dispneia, foi realizada em 25 de maio de 2020.

Os indícios de superfaturamento não prosperam, pois a diferença entre o valor pago por cada equipamento na operação e aqueles previstos no portal Comprasnet se justifica pelas oscilações de mercado, vez que com o aumento da procura por equipamentos refinados de saúde e a limitação da oferta, é natural que os preços disparem, não sendo razoável conceber que tal aumento significativo do valor do equipamento, por si só, seja considerado como indício de superfaturamento.

Vale destacar que, a própria Nota Técnica destaca a limitação do Painel de Compras Governamentais do Governo Federal, tanto é que opta por tomar como referência o maior valor, a saber, R\$ 61.900,00.

Todavia, em que pese a afirmação de que esse preço foi contratado por órgão do Comando da Aeronáutica já em período de emergência por conta da pandemia de Covid-19, tal valor constante no Comprasnet é compatível com o valor praticado no mercado antes do período pandêmico, inclusive, o valor é bem próximo daquele indicado na justificativa de escolha e vantajosidade do fornecedor, qual seja, R\$ 72.035,17, razão pela qual a margem de diferença entre os preços do portal e o do caso não importa em superfaturamento.

Acerca da diferença de quase 100% entre o preço contratado pelo Governo do Estado do Ceará no começo de abril de 2020 e pela Prefeitura de Fortaleza no fim de tal mês, também se entende pela ausência de superfaturamento, isso porque, considerando o contexto pandêmico e o crescente número de internações e óbitos à época, é justificável a variação dos preços no patamar aludido sem que isso importe em superfaturamento.

Veja-se, conforme consta na própria Nota da CGU, o empenho do Governo do Estado foi feito dia 06 de abril de 2020, enquanto o da Prefeitura de Fortaleza foi feito em 30 de abril, ou seja, 24 dias após, tempo em que a pandemia se aprofundou e o cenário sanitário piorou, com aumento diário no número de doentes e mortos.

Outro ponto relevante é a possibilidade de preços distintos para produtos similares quando os fornecedores são distintos. Nesses casos, ainda que os produtos tenham características em comum, o fato de serem fornecidos por empresas diferentes, que por sua vez possuem fornecedores, localização e cadeias produtivas diferentes, já impacta nos preços, de modo que oscilações podem ocorrer.

É válido ressaltar que a configuração do superfaturamento exige, além da contratação por preço acima daquele de mercado, a vontade dos envolvidos de se locupletarem ilicitamente da contratação, ou seja, não basta que o preço seja elevado, ele deve ser maliciosamente elevado com o fim de corromper aquela operação em benefício de alguns,

o que definitivamente não ocorreu no caso em estudo.

Nesse cenário, não é razoável atribuir o aumento significativo dos preços às condutas dos envolvidos, notadamente da autoridade pública responsável pelo contrato, pois o cenário de mercado à época era adverso e excepcional, onde o mundo experimentava os primeiros meses da maior crise de saúde pública dos últimos cem anos, que afligiu indivíduos, família, sociedade, governo e mercado.

Acerca das questões atinentes a capacidade técnica e financeira da empresa para a devida execução do contrato, entende-se pela pertinência, em partes, da Nota Técnica da CGU, porquanto os pontos levantados indicam que a empresa dificilmente cumpriria as vultosas obrigações assumidas.

De início, os endereços constantes tanto no CNPJ quanto no site da empresa apontam para locais onde os equipamentos sequer poderiam ficar guardados, sem prejuízo da descaracterização dos imóveis, nos quais é impossível auferir o regular funcionamento de qualquer empresa, sobretudo uma fornecedora de equipamentos de saúde de alta complexidade e valor.

A CGU põe em xeque a capacidade da empresa de executar o contrato em virtude do fato de esta contar apenas com três empregados, além de que constam notícias de descumprimento contratual da empresa BuyerBR em outros estados da Federação no contexto de contratações emergenciais, como no caso de Rondônia, onde recebeu mais de três milhões de reais de entrada para fornecer kits de testagem de Covid-19 e não entregou os equipamentos.

A ressalva feita sobre a pertinência da Nota Técnica é justamente sobre o que consta acima, visto que a limitação de pessoal é contornável e descumprimentos contratuais relacionados a produtos diferentes não são motivos suficientes para indicar uma falta de cautela da contratante.

Vejamos, nada impede que uma empresa com três empregados possa participar de grandes contratos, prestar serviços e fornecer produtos complexos e especiais, basta que terceirize as atividades que não faz diretamente ou que aja em conjunto com outras empresas na modalidade de consórcio, por exemplo. Logo, a limitação de pessoal, por si só, não comprova a impossibilidade de execução do contrato.

De igual modo, entende-se que descumprimentos contratuais cometidos em outros estados e sobre equipamentos diferentes não são parâmetros para impedir a contratação, porque as razões dos descumprimentos podem ser variadas. Seria de outro modo caso as

notícias fossem reiteradas e a empresa já tivesse sofrido alguma punição, o que não era a realidade no momento da contratação.

Desse modo, conclui-se que a Administração poderia ter diligenciado para garantir critérios mínimos da qualificação da empresa antes da formalização do contato, de modo que a contratação não ficasse à mercê das informações prestadas de forma unilateral pelas concorrentes.

Para tanto, poderiam ter sido feitas consultas e verificações rápidas na certidão do CNPJ, no site da empresa e em ferramentas digitais como Google Maps e BuscaCEP dos Correios, oportunidade em que se levantariam dúvidas que poderiam ser sanadas antes da contratação.

Todavia, as considerações acima são feitas do conforto de uma cadeira, frente uma tela de computador e visando aquilo que se entende como ideal, ou seja, aquilo que seria exigido abstratamente da autoridade pública. É certo que a atividade de contratar emergencialmente para combater uma doença nova é tudo, menos fácil, de tal modo que eventuais falhas não importam em omissão de cautela ou improbidade, razão pela qual as legislações específicas proporcionaram ampla margem de discricionariedade na procedência das dispensas emergenciais em contexto de pandemia de Covid-19.

Assim, entende-se que a operação foi indevida, pois os órgãos de controle estavam cientes de que o contrato ia ser rescindido pela Prefeitura e que seria buscado o reembolso dos valores pagos, além de que o Município já estava diligenciando para punir a empresa. Ou seja, o ente contratante além de observar a legislação quando da contratação ainda empreitou os esforços necessários para sanar os prejuízos oriundos do descumprimento contratual praticado pela contratada.

Verificou-se que a Prefeitura de Fortaleza reembolsou o valor pago pelos equipamentos que nunca foram entregues, que consistia em 45% (quarenta e cinco por cento) do valor do contrato.

O Município efetuou pagamento inicial como condição da proposta, antes da entrega dos bens, no patamar de R\$ 10.383.142,50, tendo recebido R\$ 5.191.571,25 extrajudicialmente ainda em maio de 2020, no mesmo mês da contratação, e a outra metade de R\$ 5.191.571,25 com decisão judicial em junho de 2021, nos autos do processo nº 0229796-12.2020.8.06.0001, que determinou o depósito em conta da Prefeitura de Fortaleza de crédito que a empresa tinha junto ao Estado de Rondônia.

Além da busca pelo reembolso dos valores, o Município de Fortaleza, em 20 de

maio de 2020, formalizou e publicou no Diário Oficial a rescisão unilateral do contrato, antes até da operação, que ocorreu em 25 de maio do mesmo ano.

Ademais, aplicou sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, pelo prazo de 05 (cinco) anos, e multa contratual no patamar máximo de 100% (cem por cento) do valor total do Contrato nº 270/2020-SMS, com fundamento no item 13.1.2 de sua Cláusula Décima Terceira, no total de R\$ 23.073.650,00 (vinte e três milhões, setenta e três mil e seiscentos e cinquenta reais), conforme Portaria nº 365/2020-SMS.

Constata-se que a multa ainda não fora adimplida e dificilmente será, tanto pelas dificuldades que a empresa enfrenta quanto pelo insucesso da execução fiscal ajuizada pela Procuradoria Geral do Município de Fortaleza sob o nº 0609439-43.2020.8.06.0001, que se encontra paralisada desde 23/11/2020.

Aqui, observa-se que as previsões do artigo 8º da Lei Municipal nº 10.995/2020 e artigo 6º da Lei Estadual nº 17.194/2020, que tratam da necessidade de consideração da excepcionalidade da situação e as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente quando do julgamento dos atos praticados com base em tais legislações, convergem com o fato de que a investigação e operação empreendidas pela Controladoria Geral da União e pela Polícia Federal não concluíram pelo indiciamento de qualquer envolvido, sem prejuízo da ausência de responsabilização administrativa, cível e criminal da Administração e de seus agentes.

Essa pesquisa firma entendimento no sentido de que não é cabível qualquer responsabilização das autoridades públicas responsáveis pela contratação, diante da excepcionalidade do contexto e as circunstâncias fáticas impostas aos gestores. Aplicar qualquer sanção, no caso em estudo, seria punir quem não pôde e nem faltou ao serviço, cumprindo com suas obrigações em um momento tão difícil para todos.

Não podemos perder de vista que, atrás do cargo há uma pessoa, visto que, ao cumprir com suas funções públicas, a autoridade se expõe aos riscos de uma infecção e eventual morte para garantir que, através do seu trabalho e de sua equipe, a proteção da coletividade possa ser garantida na medida do possível.

Contudo, a atuação da autoridade deve ser sempre no sentido de fazer cumprir o contrato, seja com sua execução satisfatória ou com a responsabilização da parte inadimplente que der causa a sua extinção, com a aplicação das sanções administrativas e ajuizamento das medidas judiciais cabíveis, pois, uma vez prejudicada a Administração na sua missão de

proteger a coletividade, esta acaba sendo a mais afetada.

Entende-se que os sítios eletrônicos e as ferramentas digitais são meios tanto de assegurar a publicidade e a transparência das ações públicas, quanto podem servir de defesa e de registro para bons gestores, que, diante do contexto experimentado, podem ter maior ou menor grau de risco em sua atuação, mas sempre terão toda a responsabilidade.

Destaca-se que as problemáticas identificadas na contratação estão amparadas pelas previsões das legislações específicas, as quais se mostraram essenciais para o combate da crise sanitária, pois, além de oferecer os meios necessários para que as contratações fossem feitas de forma céleres, eficiente e razoavelmente seguras, ainda ampararam as ações dos agentes que praticaram os atos administrativos necessários à operação.

Vê-se que função de administrar não consiste em atividade fácil, ainda que assessorada pelos melhores profissionais disponíveis, sobretudo em um contexto pandêmico inédito em cem anos. Desse modo, os julgamentos sobre os atos administrativos praticados neste contexto e com o fim de combater a calamidade devem levar em consideração toda a excepcionalidade envolta, o que não importa em impunidade.

Em suma, os resultados da pesquisa indicam a pertinência da temática, sobretudo em um cenário de profundas e preocupantes mudanças climáticas, que possibilitam o surgimento de novas doenças com potenciais desconhecidos e que podem obrigar a Administração a romper com os padrões de atuação ordinários.

Desse modo, recomenda-se que novos estudos sobre as contratações emergenciais sejam realizados, abordando principalmente pontos que possam trazer mais segurança para a Administração e controle para a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Alex Cavalcante. **A profissionalização do serviço público na vigência da Constituição Federal de 1988**. BDA – Boletim de Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, ano 33, n. 6, p. 530-546, junho de 2017.
- CITADINI, A.R. **Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 24 ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTOS, Oliveira. **Direito administrativo e ciência da administração**. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. Ed. Rev. Atul. e Ampl. Salvador: Editora JusPodiv, 2017.
- HAYEK, Frederich .A. **O caminho para a servidão**. Tradução: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.
- ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, 1970. t. 1.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 2 v.
- SWEDBERG, R. **Max Weber e a ideia de sociologia econômica**. Rio de Janeiro: Editora URFJ, 2005.
- WEBER. Max. **Economia e sociedade**. Brasília: Editora da UNB, 1991.
- WEBER. Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. Volume 2.

PEREIRA, José Matias. **Administração Pública Comparada: Uma Avaliação das Reformas Administrativas do Brasil, EUA e União Européia**. RAP. Revista Brasileira de Administração Pública, v. 42. 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Licitações e Contratos Administrativos**. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.

ABRUCIO, Fernando Luiz. **A Coordenação federativa no Brasil : a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula**. Ver. Sociologia Política, Curitiba: 2005.

KETTL, Donald F. **A revolução global: reforma da administração do setor público**. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser s SPINK. Peter K. (orgs). Reforma do Estado e administração pública gerencial. Tradução de Carolina Andrade. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005

COELHO, Daniela Mello. **Administração pública gerencial e direito administrativo**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.

GASPARINI. Diogenis. **Crimes na licitação**. São Paulo. Editora NDJ, 2011.

COUTINHO, Marcos Pereira Anjo. **Dimensões normativas da governança e do planejamento administrativo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

WERNECK, Guilherme Loureiro; CARVALHO, Marília Sá. **A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada**. Cafajeste. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v.36, n.5, e00068820, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000500101&lng=en&nrm=isso>. Acesso em 10 de nov. de 2020.

DOURADO, Maria Almeida. **Licitações no Brasil**. In: Via Jus. Nov.2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1196>>. Acesso em: 02 de março de 2021.

J.P, Lopez-Eliás. **Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México**. Mexico D.F: UNAM. 1999.

BIELSA, Rafael. **Ciencia de la Administración**. Buenos Aires, 1955.

RIBEIRO, Geraldo Luiz Viera. **A Evolução Da Licitação**. Mar. 2011. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-da-licita%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2021.

FORTES JUNIOR. **Breve história das licitações no Brasil**. Pulicado em: 21 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.fortesjr.com.br/breve-historia-das-licitacoes-nobrasil/>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. **Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente**. In: Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, p. 27-75, abr./jun. 1974.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SUNDFELD, C. A. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo**. 6ªed. Buenos Aires: La ley, 1964.

LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de derecho administrativo**. 1ª ed. Montevideo: M.B. Altuna, 1953.

RIGOLIN, Ivan Barbosa Marco; BOTTINO, Tullio. **Manual prático das licitações: lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO – CGU. **Cartilha Licitações e Contratos Administrativos**. Brasília. 2011. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/licitacoescontratos.pdf>>. Acesso em: 30 de setembro de 2021.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE FLUMINENSE DARCY RIBEIRO – UENF. **Licitação**. 2014. Disponível em: <<http://uenf.br/reitoria/licitacao/>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2020.

DROMI, José Roberto. **La licitación pública**. Buenos Aires: Astrea, 1975.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

BATISTA, Henrique Gomes; PRESTES, Cristine. **Guia do Valor Econômico de Licitações**. São Paulo: Globo, 2004. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=2bL7rsat254C&pg=PA132&dq=licita%C3%A7%C3%B5es+origem&hl=pt-BR&sa=X&ei=TW5xU5O8LpKoyASTp4KwCA&ved=0CDkQ6AEwAA#v=onepage&q=licita%C3%A7%C3%B5es%20origem&f=false>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

HUERTA DE SOTO, Jesús. **Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Economicos**. Madrid: Unión Editorial, 2009.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. **OPAS: Histórico da pandemia de Covid-19**, c2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>>. Acesso em: 31 de mar. de 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Timeline: WHO's COVID-19 response Coronavirus**, c2020a. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/interactive-timeline#event-64>>. Acesso em: 31 de mar. de 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO: Coronavirus (COVID-19) Dashboard**, c2020b. Disponível em: <<https://covid19.who.int/>>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

OMS. **Coronavirusdisease (COVID-19) Pandemic**. Portal OMS, 20/04/2020 Disponível em: < <https://www.who.int/emergencies/diseases/novelcoronavirus-2019>>. Acesso em 24/04/2022

UNIVERSIDADE ABERTA DO SUS. UNA-SUS. **Coronavírus: Brasil confirma primeiro caso da doença**. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>>. Acesso em: 31 de março 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Coronavírus: Painel Coronavírus**, c2020. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

Casselmann, B., & Cohen, P. (2020, 02 de abril). **A widening toll on jobs: this thing is going to come for us all**. The New York Times. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2020/04/02/business/economy/coronavirus-unemployment-claims.html>

International Labour Organization. (2020, 07 de abril). **ILO Monitor: Covid-19 and the world of work**. Second Edition. Updated estimates and analysis. Geneva, Switzerland: Autor. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_740877.pdf

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira. Brasília, D.F.: IBGE, 2019.

Conselho Nacional de Saúde. (2020, 28 de fevereiro). **Saúde perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016**. Brasília, DF: Ministério da Saúde. Recuperado de <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016>

Antunes, R. (2009). **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a formação e a negação do trabalho**. São Paulo, SP: Boitempo.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **CONASS: Painel CONASS Covid-19**, c2020. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/painelconasscovid19/>>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

LEGISLAÇÕES

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Lei que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

BRASIL. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Decreto nº 2.926 de 14 de maio de 1862. Rio de Janeiro, 1862. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html#:~:text=Approva%20o%20Regulamento%20para%20as,Agricultura%2C%20Commercio%20e%20Obras%20Publicas.&text=Palacio%20do%20Rio%20de%20Janeiro,da%20Independencia%20e%20do%20Imperio>.

BRASIL. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18248.htm

BRASIL. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112232.htm

BRASIL. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm

BRASIL. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm

BRASIL. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm

BRASIL. Cria o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura - REIDI; reduz para 24 (vinte e quatro) meses o prazo mínimo para utilização dos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS decorrentes da aquisição de edificações; amplia o prazo para pagamento de impostos e contribuições; altera a Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e as Leis nos 9.779, de 19 de janeiro de 1999, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.666, de 8 de maio de 2003, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 4.502, de 30 de novembro de 1964, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.426, de 24 de abril de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.892, de 13 de julho de 2004, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.848, de 15 de março de 2004, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 11.196,

de 21 de novembro de 2005; revoga dispositivos das Leis nos 4.502, de 30 de novembro de 1964, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e do Decreto-Lei no 1.593, de 21 de dezembro de 1977; e dá outras providências. Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007. Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11488.htm

BRASIL. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm

BRASIL. Dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968. Brasília, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5456impresao.htm

BRASIL. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Decreto Lei nº 2.300/1986, de 21 de novembro de 1986. Brasília, 1986.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988.

BRASIL. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016. Brasília, 2016.

BRASIL. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. Brasília, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm#art78

BRASIL. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil e do Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil e sobre o Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil e o Sistema Nacional de Informações sobre Desastres. Decreto nº 19.593, de 24 de dezembro de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10593.htm#art44

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Diário Oficial da União. Brasília, DF, v. Edição: 24-A | Seção: 1 - Extra | Página: 1 Órgão: Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Legislativo n.º 06, de 20 de março de 2020. **Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n.º 93, de 18 de março de 2020.** Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 10 jan, 2022;

BRASIL. Lei n.º 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.** Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/113979.htm . Acesso em: 10 jan, 2022;

BRASIL. Lei n.º 14.035, de 11 de agosto de 2020. **Altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.** Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/114035.htm. Acesso em: 10 jan, 2022;

CEARÁ. Lei n.º 17.194, de 27 de março de 2020. **DISPÕE SOBRE O PROCEDIMENTO EXCEPCIONAL DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO PERÍODO DE EMERGÊNCIA ESTADUAL EM SAÚDE.** Fortaleza, CE: Governo do Estado do Ceará, 2020. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/ce/lei-ordinaria-n-17194-2020-ceara-altera-a-lei-n-17194-de-26-de-marco-de-2020>. Acesso em: 10 jan, 2022;

FORTALEZA. Lei n.º 10.995, de 31 de março de 2020. **Dispõe sobre o procedimento excepcional de contratação pública no período de emergência municipal em saúde, e dá outras providências.** Fortaleza, CE: Prefeitura Municipal de Fortaleza, 2020. Disponível em: https://www.sindsaudeceara.org.br/arquivos/files/leis/diario-oficial_16721.pdf. Acesso em: 10 jan, 2022;