

CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS: LIMITES E RESPONSABILIDADES NA DISPENSA DE LICITAÇÃO

EMERGENCY CONTRACTS: LIMITS AND RESPONSIBILITIES IN BIDDING WAIVERS

Fernanda de Brito Muniz **1**
Roberto Mauro Guarda **2**

Resumo: Este artigo analisa os aspectos jurídicos e práticos da dispensa de licitação em situações emergenciais, com destaque para o contexto da pandemia de COVID-19 e as mudanças trazidas pela Nova Lei de Licitações. O estudo aborda os limites legais, os princípios constitucionais e as formalidades necessárias para a contratação direta, ressaltando que a flexibilização do processo licitatório não exime o gestor público da responsabilidade, transparência e fundamentação adequada. A dispensa de licitação, quando devidamente justificada, revela-se um instrumento legítimo para atender ao interesse coletivo, mas exige rigor na observância dos requisitos legais e na prevenção de irregularidades, sob pena de responsabilização administrativa, civil e criminal.

Palavras-chave: Dispensa de licitação; Contratação emergencial; Responsabilidade.

Abstract: This article analyzes the legal and practical aspects of bidding waivers in emergency situations, with emphasis on the context of the COVID-19 pandemic and the changes brought by the New Bidding Law. The study addresses legal limits, constitutional principles, and the necessary formalities for direct contracting, highlighting that the flexibilization of the bidding process does not exempt public managers from responsibility, transparency, and proper justification. When duly justified, the bidding waiver is a legitimate instrument to serve the public interest, but it requires strict compliance with legal requirements and the prevention of irregularities, under penalty of administrative, civil, and criminal liability.

Keywords: Bidding waiver; Emergency contracting; Responsibility.

1

2 Professor do curso de Administração. Centro Universitário ITOP - UNITOP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9629813384421017>.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2588-6114>. E-mail: robertomaurog@gmail.com.

Introdução

O regime jurídico das contratações públicas no Brasil é estruturado sobre princípios constitucionais e normas infralegais que visam assegurar a lisura, a eficiência e a supremacia do interesse público nas aquisições realizadas pela Administração. Em contextos de emergência ou calamidade, a legislação autoriza a dispensa do procedimento licitatório, conferindo celeridade à resposta estatal diante de demandas urgentes. Todavia, essa flexibilização não implica a supressão dos controles normativos e dos requisitos formais, nem exime o gestor público da observância rigorosa dos limites legais e da responsabilidade administrativa, civil e penal. O cenário da pandemia de COVID-19 evidenciou a complexidade e os desafios inerentes à contratação emergencial, ao mesmo tempo em que intensificou o debate sobre transparência, planejamento e prevenção de irregularidades. Este artigo propõe uma análise crítica e fundamentada dos pressupostos, limites e consequências da dispensa de licitação em situações emergenciais, à luz das recentes alterações normativas introduzidas pela Nova Lei de Licitações, buscando contribuir para o aprimoramento da gestão pública e para a consolidação de práticas responsáveis e éticas no âmbito das contratações diretas.

Dispensa de licitação em contratação emergencial

A Lei 8.666/93 consagrou em seu artigo 24, inciso IV, a faculdade de dispensar o processo licitatório em emergências ou calamidade pública:

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.

Da leitura do dispositivo legal, é conspícuo que um cenário emergente ou calamitoso impõe a adoção de medidas rápidas e eficazes para suprir as necessidades coletivas.

Nesse diapasão, Di Pietro (2017, p. 372):

Em razão de situações excepcionais, a dispensa é possível em certas situações 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. Nessa categoria incluem-se as seguintes hipóteses: Os 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 ou outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa.

Justen Filho (2014, p. 404-405) disserta a respeito do conceito de situação emergencial:

No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores.

Carvalho Filho (2019, p. 397) explica:

A lei previu, também, a dispensa nos casos de emergência. Em ambos os casos, as situações devem caracterizar-se pela urgência no atendimento, de modo que não causem prejuízo ou comprometam a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares.

Considerando a morosidade dos trâmites regulares de um processo licitatório, o legislador entendeu que ao aplicá-lo, o interesse público poderia ser lesado ou prejudicado, ao passo que emergência pressupõe maior agilidade nas aquisições públicas.

A contratação emergencial feita pelo poder público

A Administração Pública sempre deverá atuar obedecendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressos no texto constitucional (artigo 37, caput, Constituição Federal). A expressão grifada “sempre” revela que a Administração, em nenhuma circunstância, poderá operar como um 22 particular para materializar as suas compras e necessidades. Portanto, ainda que autorizada a dispensar o processo licitatório em decorrência de eventual situação emergencial, não poderá procedê-las livremente. Pelo contrário, deve obedecer a todas as formalidades impostas pela lei.

A Lei de Licitações 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. 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.

O processo administrativo de dispensa de licitação deve ser instruído com provas que o justifique, como pondera Carvalho Filho (2019, p. 755): “O processo relativo à dispensa e à inexigibilidade deverá ser corretamente instruído, acostandose os dados de eventual situação emergencial”.

Amorim (2018, p. 179-180) acrescenta:

Instruído o procedimento com tais elementos e havendo manifestação favorável à contratação direta pelo órgão ou pela unidade responsável, os autos devem ser submetidos à autoridade hierarquicamente superior no prazo máximo de três dias, devendo esta se pronunciar no prazo de cinco dias a contar do recebimento do processo. Havendo a ratificação da manifestação pelo afastamento da licitação, o processo deve seguir para a publicação na imprensa oficial, como condição de eficácia dos atos.

Além disso, ao tecer os comentários pertinentes, Justen Filho (2014, p. 405 e 407) ressalta:

Para dispensa da licitação em situação emergencial ou de calamidade pública, incumbe à Administração avaliar a presença de dois requisitos: a) Demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano: a urgência deve ser concreta e efetiva. Não se trata de urgência simplesmente teórica. Deve ser evidenciada a situação concreta existente, indicando-se os dados que evidenciam a urgência. b) Demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco: a contratação imediata apenas será admissível se restar evidenciado que será instrumento adequado e eficiente de eliminar o risco. Se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexistente cabimento da dispensa de licitação.

A dispensa de licitação é um processo administrativo e, por essa razão, não pode ser interpretada como livre atuação administrativa, pois prevalece à sua submissão aos princípios constitucionais e administrativos. Ainda, a demonstração de requisitos necessários para subsidiar o processo, tais como urgência no atendimento, a contratação como via adequada, estudo de viabilidade econômica, previsão orçamentária, entre outros.

Deve ser bem explanado: o que de fato existe é uma substituição de formalidades. Suprimem-se algumas por outras, tendo em vista que a Administração está dispensada de realizar as fases de um processo licitatório válido, mas não se exime de observar as disposições aplicáveis a um processo de dispensa de licitação.

A imprevisibilidade da emergência e consequências jurídicas

Para efetivar a contratação direta nos casos de emergência, é evidente que a situação emergencial ou calamitosa não pode ser instaurada pela inércia da Administração Pública, que tem o dever de controlar suas demandas.

Partindo dessa premissa, ensina a doutrina de Spitzcovsky (2019, p. 556):

[...] Está claro que a imprevisibilidade da situação emergencial é aspecto fundamental para que se possa cogitar uma contratação direta, não sendo, como consequência, possível a caracterização de uma situação dessa natureza por incúria da Administração Pública.

É preciso que a situação seja imprevisível, pois, se é possível prever, a Administração Pública tem o poder-dever de agir. Se não o faz, remete-se a invocação da chamada “emergência fabricada”. Justen Filho (2014, p. 408) conceitua: “A Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível.”

No que se discute ao assunto, Oliveira (2018, p. 73) enuncia:

A contratação emergencial é possível mesmo na hipótese em que a situação de emergência seja atribuída ao agente público (emergência “fabricada” ou “provocada”), sob pena de não se atender o interesse da coletividade. Nesse caso, todavia, a Administração, após a contratação, deverá apurar a responsabilidade do agente.

Identifica-se que, nesses casos, a responsabilização do agente é de rigor, conforme a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU (2010, p. 598):

Por sua vez, o art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos, prevê a dispensa de certame licitatório nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que

possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Com efeito, esta Corte de Contas firmou entendimento, por meio da Decisão nº 347/1994 - Plenário, proferida em sede de Consulta, de que as dispensas de licitação, por motivo de emergência ou de calamidade pública, somente são admissíveis quando, cumpridas outras exigências, não se tenham originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis ou, em outras palavras, desde que não possam, em alguma medida, ser atribuídas à culpa ou dolo do gestor público, que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação. Acórdão 798/2008 Primeira Câmara (Voto do Ministro Relator).

O entendimento é pacificado (TCU, 2010, p. 599): “Deve ser responsabilizado o gestor pela contratação emergencial indevida quando a situação adversa decorreu de sua omissão ou falta do planejamento. Acórdão 627/2009 Segunda Câmara (Sumário)”.

Além desse fator, a Lei de Licitações, tipificou como crime algumas condutas atinentes ao assunto, atribuindo sanções penais ao agente público quando:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Incontestavelmente, deve ocorrer a responsabilização do agente administrativo diante de condutas ilícitas, imorais e oportunistas. Vislumbra-se cabível e, perfeitamente proporcional a imposição de consequências administrativas, civis e penais.

Exemplo atual e relevante das contratações emergenciais: pandemia de Covid-19

O mundo enfrenta uma pandemia inesperada de efeitos catastróficos, que vem trazendo danos a mais ampla gama dos segmentos, sobretudo, à saúde pública.

Reconhecida a situação de emergência, o Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 6/2020, decretou a ocorrência de estado de calamidade pública no Brasil, enquanto a maioria dos estados-membros adotou a mesma postura. É significativo ponderar que essa situação se amolda ao previsto no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93 por ser hipótese de contratação emergencial.

Obviamente que as ações para enfrentamento da pandemia de Covid-19 gerarão a necessidade de providências imediatas nas contratações de bens, serviços e insumos. Nessa esteira, foram adotadas medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do surto do coronavírus, entre elas, a dispensa de licitação, nos termos do artigo 4º, da Lei Federal nº 13.979/2020:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei. §1º A 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.

A autorização para contratação direta através da dispensa de licitação mostra-se uma medida necessária para lidar com os impactos trazidos pelo vírus, e, vigorará enquanto perdurarem os efeitos da crise, sendo, portanto, específica e temporária e simplificada, haja vista a flexibilização do procedimento administrativo.

Justen Filho (2020, p. 2) explora:

A pandemia pode gerar situações de atendimento imediato, insuscetível de aguardar dias ou horas. Basta considerar hipóteses em que instalações ou serviços de terceiros sejam indispensáveis para tentar evitar o óbito de um sujeito ou para impedir a disseminação do vírus. É evidente que as regras constitucionais, que privilegiam o atendimento às necessidades coletivas e a realização do interesse público, impõem a adoção de medidas práticas e efetivas por parte da Administração Pública, independentemente, de formalização num procedimento administrativo burocrático.

Como exemplo: pacientes internados necessitam de determinada medicação para tratar a Covid-19. A Administração deve agir rapidamente para que o indivíduo seja medicado e, para isso, precisa comprar o medicamento. Não obstante, a regra de instaurar processo licitatório dificilmente seria adequada, dado o tempo razoável para sua realização.

No entanto, os órgãos públicos devem recorrer à modalidade de dispensa de licitação autorizada apenas para suprir o que, de fato, for imprescindível ao enfrentamento da pandemia. Ainda na emergência, prevalece o dever de planejamento, adotar medidas adequadas, fazer cotação de preços para garantir a maior preservação do erário, quantidades certas, proporcionalidade nas aquisições.

Justen Filho (2020, p. 8) consigna:

Observe-se que não é adequada a dispensa de licitação para contratações que, embora úteis, não sejam fundamentais ao combate à pandemia. Cabe identificar se a ausência de execução da prestação comprometerá o combate à pandemia. Isso não significa vedação à contratação de prestações úteis ao combate da pandemia. Apenas implica que tais contratações subordinar-se-ão ao regime licitatório comum.

Variados são os noticiários que versam acerca de administradores se apropriarem dessa ferramenta para facilitar a corrupção, superfaturar produtos, praticar irregularidades e desvios diante da imperícia ou má gestão dos recursos públicos. Nesses casos, diga-se Justen Filho (2020, p.4): “eventuais desvios, se vierem a ocorrer, precisam ser sancionados com rigor exemplar”.

A pandemia trouxe inúmeras investigações, apurações, e denúncias acerca da prática de irregularidades no que tange à inobservância da real finalidade de contratação através da dispensa de licitação em função da situação excepcional.

Práticas ilícitas, infelizmente, se tornaram corriqueiras. Mas, o adequado é que o agente estatal deve gerir suas decisões com o discernimento necessário, de modo a não permitir a prática de condutas que atentem aos princípios que regem a Administração Pública. É preciso fixar o entendimento que a situação, embora urgente, não caracteriza uma livre atuação administrativa.

Nova Lei de Licitações: vantagens e principais mudanças

A Nova Lei de Licitações 14.133/21 chegou para implementar diversas mudanças no processo licitatório e tornar a compra ou contratação de bens e serviços mais rápida e eficiente.

Dentre as principais mudanças, podemos destacar a queda de algumas modalidades de licitação, como a Carta Convite e a Tomada de Preços, e a adição de uma nova modalidade de licitação, o Diálogo Competitivo.

A Nova Lei de Licitações também estabelece que os processos licitatórios serão feitos por meios eletrônicos, num processo online. Essa passa a ser a regra, e licitações presenciais viram exceção.

São dispositivos que buscam agilizar todo o processo de compra ou contratação de bens e serviços e fornecer mais transparência para a sociedade.

A nova Lei de Licitações veio para substituir a Lei de Licitações, a Lei do Pregão e o Regime Diferenciado de Contratação, pois ela revoga, ou seja, tira de vigor, as Leis 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11.

Em outras palavras, os mecanismos regidos pelas leis citadas acima passarão a ser todos regidos por uma só lei, a nova Lei de Licitações.

A nova Lei de Licitações foi criada para regulamentar todos esses mecanismos de forma otimizada, além de trazer inovações como a regulamentação sobre o Sistema de Registro de Preços.

A Nova Lei de Licitações a quem se aplica

A Nova Lei de Licitações vale para a Administração Pública federal, estadual, distrital, municipal e todos da administração direta.

Contudo, ficam de fora empresas públicas, sociedades de economia mista e estatais regidas pela Lei 13.303/16.

Além disso, as regras de transição instituem novos modos de disputa, como o Diálogo Competitivo.

Também haverá a possibilidade de concorrência para obras de engenharia e até formatos 100% técnicos, como a publicidade, poderão ser feitos eletronicamente.

O que esperar da nova Lei de Licitações

A Nova Lei de Licitações veio para otimizar os processos licitatórios do país, garantindo mais agilidade para a compra ou contratação de bens e serviços, bem como mais transparência para todo o processo licitatório.

Além disso, ela deve diminuir os custos operacionais de todo o processo licitatório, já que a Nova Lei estabelece que as licitações devem acontecer por meios eletrônicos como regra, sendo a licitação presencial a exceção.

As vantagens da nova Lei de Licitações

Como vimos anteriormente, a Nova Lei de Licitações chegou para tentar otimizar os processos envolvidos na compra ou contratação de bens e serviços.

Para isso, a Nova Lei fez uma série de alterações e revogou leis antigas, como a antiga Lei de Licitações e a Lei do Pregão.

Por isso, uma das principais vantagens é que as regras licitatórias estarão todas descritas em um só documento, a Nova Lei de Licitações.

Além disso, a Nova Lei altera alguns dispositivos, como as fases de licitações que, como veremos mais à frente, busca agilizar o processo licitatório.

Outra vantagem da nova Lei de Licitações é o fato de ter mudado a regra para os processos licitatórios que, a partir de sua aprovação, acontecerão, como regra, de forma online, sendo as licitações presenciais a exceção, necessitando justificativa.

Essa é uma forma de poupar recursos, já que nenhum dos envolvidos vai gastar dinheiro com locomoção, e de preservar a vida, já que em tempos de pandemia de COVID-19, licitações feitas através de modos eletrônicos são mais seguros para todos os envolvidos.

As Principais mudanças da Nova Lei de Licitações

1 – Abrangência

Uma das mudanças da Nova Lei de Licitações acontece com a abrangência de envolvidos. Ela vale para a Administração Pública, federal, estadual, distrital e municipal em todos os órgãos.

Por outro lado, ficam de fora as empresas públicas, sociedades de economia mista e estatais regidas pela Lei 13.303/16.

2 – Fases da licitação

Segundo a Nova Lei de Licitações, primeiro deve acontecer a etapa de propostas e julgamento, para que só depois seja feita a análise dos documentos de habilitação apenas da empresa vencedora. É uma forma de agilizar o processo.

Outra questão importante abordada também no art. 17, em seu §1º, é a autorização da realização da etapa de habilitação antes das propostas, quando for devidamente justificada a vantagem e desde que esteja previsto de forma clara no edital.

O §2º do mesmo artigo, entretanto, trata como obrigatória a realização das licitações por meio eletrônico. Ou seja, independente da modalidade de licitação, a licitação eletrônica é a regra, enquanto a licitação presencial se torna uma exceção que depende de justificativa.

3 – Modalidades de licitação

A Nova Lei de Licitações também trouxe algumas mudanças muito importantes no que diz respeito à definição das modalidades de licitação.

A nova lei deixa de definir a modalidade em razão do valor do objeto. Por essa razão, as modalidades de tomada de preços e convite deixam de existir.

Por outro lado, as modalidades concorrência e pregão permanecem, e serão definidos em razão da complexidade do objeto.

Só não será aplicado quando se tratar de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e em obras e serviços de engenharia que não sejam considerados comuns.

Todos esses pontos são definidos pelo art. 28, que diz que, a partir da Nova Lei de Licitações, são modalidades de licitação:

- Pregão;
- Concorrência;
- Concurso;
- Leilão;
- Diálogo competitivo.

Ou seja, o pregão será a modalidade utilizada para a contratação de bens ou serviços comuns. Já a concorrência é aplicável às contratações de bens, serviços especiais e obras de engenharia.

4 – O diálogo competitivo

De acordo com o art. 32 da Nova Lei de Licitações, o diálogo competitivo é uma nova modalidade de licitação que pode ser utilizado para contratações:

- Para inovação tecnológica ou técnica;
- Quando houver impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado;
- Quando houver impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração.

Dessa forma, o diálogo competitivo deve ser utilizado para licitações que envolvam inovações tecnológicas ou técnicas, para soluções que dependam de adaptações das opções disponíveis no mercado e que envolvam especificações que a Administração não conseguir definir objetivamente.

Os procedimentos previstos na lei também deverão ser respeitados de forma a permitir a ampla competitividade nessa nova modalidade.

5 – Novos valores de dispensa de licitação

A Nova Lei de Licitações também estabelece os valores de dispensa de licitação.

Segundo a nova lei, os casos de dispensa de licitação em razão do valor do objeto foram elevados para:

- Até R\$100.000,00 (cem mil reais) para obras ou serviços de engenharia, ou serviços de manutenção de veículos automotores;
- Até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) para bens e outros serviços.

6 – Valor de referência sigiloso

Outra questão é a possibilidade de dar caráter sigiloso dos orçamentos, reforçando o já previsto com o decreto 10.024/19.

De acordo com art. 24 da Nova Lei de Licitações, o valor de referência poderá ser sigiloso aos licitantes, desde que justificado o interesse do órgão.

A exceção para o sigilo se dá somente nas licitações que adotam o maior desconto como tipo de análise da proposta, já que, nesse caso, é necessário que as empresas ofereçam desconto sobre o valor previamente proposto pela Administração.

7 - Procedimentos auxiliares

A Nova Lei de Licitações também traz disposições a respeito de alguns procedimentos auxiliares que poderão ser utilizados e adotados pelos órgãos públicos. São eles:

- Credenciamento – que pode ser muito útil quando estamos falando de mercados flutuantes;
- Pré-qualificação – para ser usado em licitações futuras;
- Manifestação de interesse – que acontecerá por meio de chamamento público;
- Registro de preços – para controle e fiscalização;
- Registro cadastral – que deverá ser unificado a todos os órgãos.

8 – Mudanças na habilitação

Outra mudança acontece com alguns dos critérios de habilitação também foram renovados, como é o caso da previsão em lei de aceitação de balanço de abertura, previsto no art. 64, § 1º.

Além disso, na qualificação econômico-financeira, passará a ser exigido balanço patrimonial dos últimos dois exercícios, com exceção das empresas com menos de dois anos de existência.

Por outro lado, na qualificação técnica, passará a ser admitida a possibilidade de comprovação de capacidade por meios alternativos, a serem definidos no edital, quando não se tratar de serviços de engenharia, como o descrito no art. 66, § 3º.

9 – Modos de Disputa

A Nova Lei de Licitações também trouxe pelo menos 4 modos de disputa para a etapa de julgamento da proposta. São eles: o modo aberto, o modo fechado, o modo aberto e fechado e o modo fechado e aberto.

No modo aberto, os licitantes deverão fazer a apresentação de suas propostas, cabendo à adoção de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes.

Todos os lances são públicos e sucessivos, com prorrogações que variam conforme o definido no edital.

No modo fechado, por outro lado, as propostas feitas ficarão em sigilo até a data e hora designadas para que sejam divulgadas.

No modo aberto e fechado, os licitantes, em um período fixo de tempo, dão os seus lances publicamente. Em seguida, há um outro período de tempo aleatório adicional sem prorrogação para que os licitantes ajustem suas propostas.

Depois disso, nos minutos seguintes, os melhores lances, isto é, os até 10% superiores ao menor lance, terão a oportunidade de ofertar um último valor ou lance de modo fechado, ou seja, sigiloso.

Nesse modo de disputa, a previsão de intervalo mínimo de diferença entre os valores ou percentuais entre os lances é facultativa no edital.

Após o fim da etapa de lances, o sistema ordena os melhores valores por ordem de vantajosidade para que apresentem seus últimos lances finais fechados.

Ao fim do processo, as propostas fechadas são conhecidas, apurando-se qual delas é mais vantajosa para a administração.

No modo fechado e aberto, por fim, acontece o contrário do modo aberto e fechado. Ou seja, há uma primeira etapa de envio de lances que é fechada, isto é, os lances não são públicos.

Essa etapa, por sua vez, é seguida por uma etapa aberta com os licitantes que ofereceram lances até 10% superiores ao menor lance tem a oportunidade de fazer ofertas de forma aberta, ou seja, publicamente.

10 – Garantia Contratual

Outro ponto importante da Nova Lei de Licitações é que ela continua a prever que a exigência de garantia contratual é uma opção do gestor público, como previsto no art. 95.

Caso o gestor decida pela exigência, caberá ao contratado escolher entre as opções de caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, como o previsto no art. 95, § 1º.

A grande novidade, porém, está no art. 101, que diz que descreve a possibilidade de o edital

exigir como garantia de contratos de obras e serviços de engenharia seguro-garantia, estabelecendo que, em casos de inadimplemento contratual, caberá à seguradora concluir o objeto contratado.

Trata-se de uma prática internacionalmente conhecida como *step in right*, que busca impor ao segurador a assunção da obrigação de entrega da obra ou serviço no caso de o contrato falhar.

É uma das inovações mais relevantes da Nova Lei, já que é difícil licitar obra e serviço de engenharia com execução incompleta.

Contudo, a ferramenta representará um custo considerável para a contratação, motivo pelo qual deve ser utilizada apenas em casos em que o risco de inadimplemento seja significativo ou represente dificuldades para a continuação do objeto contratual.

Além disso, também é importante ressaltar que a o valor da garantia contratual subirá de 5% para 30%.

Conclusão

A Administração Pública, em obediência ao princípio da legalidade, é impulsionada por meios legais que a delimitam, sendo-lhe permitido fazer apenas o que a lei autoriza.

Em que pese a Constituição Federal abordar expressamente o que se pode chamar de princípio da obrigatoriedade de licitar, a Lei específica autoriza a Administração Pública a efetuar contratações diretas diante de situações emergenciais. Infere-se, portanto, que a Administração está devidamente possibilitada de atuar quando presentes os pressupostos para tanto, não visando o seu interesse próprio, mas sim o interesse coletivo.

Contudo, a lei impõe limites à discricionariedade do administrador, uma vez que a dispensa de licitação em razão de emergência ou calamidade pública não o confere ampla liberdade para atuar ou contratar com quem quer, quando quiser, ainda que presentes situações excepcionais como a pandemia de covid-19.

Pelo contrário, consoante entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, e obedecer aos princípios constitucionais e específicos aplicáveis à matéria, bem como às formalidades impostas, sob pena de responsabilização em âmbito administrativo, civil e criminal.

Em verdade, a contratação emergencial na gestão dos serviços públicos é uma “medida cautelar” balizada no princípio da supremacia do interesse público, com escopo de evitar maiores danos, riscos ou prejuízos à coletividade, e assim cumprir com a missão da Administração Pública: satisfazer o interesse coletivo; buscar o bem comum e preservar o patrimônio público.

Não restam dúvidas de que os impactos desta grave crise mundial do coronavírus (*COVID-19*), com grandes consequências na economia e nas relações humanas, refletem, de modo significativo, nas contratações públicas.

Como vimos à Nova Lei de Licitações estabelece uma série de mudanças no processo licitatório.

Em primeiro lugar, algumas das modalidades de licitação, como a Carta Convite e a Tomada de Preços deixam de existir, dando lugar ao Diálogo Competitivo.

Além disso, a inversão de fases passa a ser a regra, e não a exceção, assim como as modalidades de licitação por meios eletrônicos.

Essas e outras mudanças vieram para agilizar o processo licitatório e trazer mais transparência para os gastos públicos de maneira geral.

Também veio como uma forma de facilitar a participação de empresas nos processos licitatórios, aumentando o alcance desses mecanismos aos empresários interessados.

Referências

AMORIM, Victor Aguiar de. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e jurisprudência. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

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.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos**: teoria e prática. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

SPITZCOVSKY, Celso **Direito administrativo esquematizado**[®] / Celso Spitzcovsky. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Ari Eduardo de; ALMEIDA, Damiana Machado de; LOPES, Luis Felipe Dias. Exceções ao princípio da obrigatoriedade das licitações. **Pensamento & Realidade**, v. 1, n. 29, p. 79-97, 2014. 30

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.412**, de 18 de junho de 2018. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9412.htm#art1. Acesso em 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. 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. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em 14 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.205.605/SP 2010/0142113-5**, Relatora: Ministra Eliana Calmon. 15. ago. 2013. T2 – Segunda Turma. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24047603/recurso-especial-resp1205605-sp-2010-0142113-5-stj/inteiro-teor-24047604?ref=serp>. Acesso em 27 ago. 2020.

BRENTANO, Alexandre. **A utilização da contratação emergencial** – dispensada – pela Administração Pública. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37432/a-utilizacao-dacontratacao-emergencial-dispensada-pela-administracao-publica>. Acesso em 09 set. 2020. 31

Contratação direta na administração pública. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/contratacao-direta-naadministracao-publica/>. Acesso em 01 set. 2020.

CASTROVIEJO, Gabriela Gomes Acioli. **Coronavírus (covid-19) e Dispensa de licitação**: análise sob a ótica da Lei 13.979/2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/coronavirus-covid-19-edispensa-de-licitacao-analise-sob-a-otica-da-lei-13-979-2020/>. Acesso em 01 set. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Efeitos Jurídicos da Crise sobre as Contratações Administrativas**, 2020. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf>. Acesso em 10 set. 2020.

OLIVEIRA, Thaís Tarquinio. **Dispensa de licitação e a “Lei do Coronavírus”**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/thais-oliveira-dispensadelicitacao-lei-coronavirus>. Acesso em 09 set. 2020.

SERPA, Julio César Lopes. **Dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56663/dispensa-de-licitacao-poremergencia-ou-calamidade-publica>. Acesso em 09 set. 2020.

CELLA, Nayara Zanella. **A dispensa de licitação**: consequências jurídicas da emergência “fabricada”. 2012. Curso de pós-graduação lato sensu em direito administrativo – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012

Recebido em 20 de Agosto 2024.
Aceito em 23 de setembro 2024.

