

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DA REGIÃO DAS HORTÊNSIAS
ÁREA DE CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
BACHARELADO EM DIREITO

CHRISTIAN FASSEL LAUTERT

**A DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA NO BRASIL A LUZ DA NOVA LEI
DE LICITAÇÕES E CONTRATOS**

CANELA
2023

CHRISTIAN FASSEL LAUTERT

**A DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA NO BRASIL A LUZ DA NOVA
LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS**

Projeto de monografia apresentado no Curso de Direito, da Universidade de Caxias do Sul, Campus Universitário da Região das Hortênsias, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR PROF. MS. LUIZ FERNANDO
CASTILHOS SILVEIRA

CANELA

2023

A DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA NO BRASIL A LUZ DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado no curso de Bacharelado em Direito da Universidade de Caxias do Sul, Campus Universitário da Região das Hortênsias, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Administrativo.

Aprovado em _____ / _____ / 2023

Banca Examinadora

Orientador Prof. Me. Luiz Fernando Castilhos Silveira
Universidade de Caxias do Sul – UCS

Professor Convidado:
Universidade de Caxias do Sul – UCS

Professor Convidado:
Universidade de Caxias do Sul – UCS

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao Criador, por toda força e proteção que me deu ao longo de minha caminhada. Aos meus pais, Volmar e Ana, que me acompanham desde sempre e me motivam com seu exemplo de vida e fé no meu sucesso, sem medir esforços por mim. Aos meus avós, tios e tias, que apesar da distância sempre se fizeram presente em minha vida, e a minha família em geral.

Aos meus professores, escolares e acadêmicos que me ensinaram, esclareceram minhas dúvidas e me encaminharam para a vida profissional que hoje tenho. Aos meus amigos que estiveram ao meu lado nas diferentes fases da vida. Aos meus instrutores do Exército Brasileiro, minha primeira experiência militar, os quais me ensinaram valores através do exemplo e da disciplina. Aos meus colegas do Corpo de Bombeiros, que ombreiam comigo na nobre missão que escolhi para minha vida.

Agradeço em especial ao Professor Luiz Fernando Castilhos Silveira, meu professor e orientador deste Trabalho de Conclusão de Curso, que me acompanhou pacientemente nesta fase crucial de minha vida acadêmica.

*“Porque fostes fiel no pouco, sobre o muito,
te colocarei.”*

Bíblia, livro de Mateus

RESUMO

Neste trabalho, o objetivo geral consistiu em explicitar o assunto "Dispensa de licitação emergencial" quanto ao seu conteúdo, seu conceito, e descrever o processo relativo ao uso da norma. Para atingir esse propósito, abordou-se desde os conceitos gerais sobre licitação, juntamente com seus princípios e fundamentos na lei, a fim de proporcionar um melhor entendimento do assunto. Ademais, foram expostas as diferenças entre as outras regras e normas que compõem a contratação direta, bem como explicou-se o seu conceito geral e demais informações pertinentes para evitar confusão entre os institutos. Realizaram-se, inclusive, comparativos entre a lei 8.666/93 e a lei 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos) com o intuito de familiarizar o leitor com as peculiaridades do tema. Entretanto, no decorrer do trabalho, concentrou-se os estudos no tema "Dispensa de Licitação por Emergência no Brasil à luz da Nova Lei de Licitações e Contratos". Para isso, utilizou-se o método bibliográfico com análise de conteúdo.

Palavras-chave: Licitação Pública. Processo Administrativo. Contrato Administrativo. Dispensa de Licitação. Contratação Emergencial.

ABSTRACT

In this work, the general objective was to explain the subject "Exemption from emergency bidding" in terms of its content, its concept, and describe the process related to the use of the standard. To achieve this purpose, the general concepts of bidding were covered, along with its principles and foundations in the law, in order to provide a better understanding of the subject. Furthermore, the differences between the other rules and standards that make up direct contracting were explained, as well as its general concept and other pertinent information were explained to avoid confusion between the institutes. Comparisons were even made between law 8,666/93 and law 14,133/21 (New Law on Tenders and Contracts) with the aim of familiarizing the reader with the peculiarities of the topic. However, during the work, studies were focused on the topic Exemption from emergency bidding in Brazil in light of the New Bidding and Contracts Law". For this, the bibliographic method with content analysis was used.

Keywords: Public Tendering. Administrative process. Administrative Contract. Bidding Exemption. Emergency Hiring.

LISTA DE SIGLAS

Art.	Artigo
PNCP	Portal Nacional de Contratações Públicas
LCP	Lei Complementar
ADI	Ação Direta De Inconstitucionalidade
NLLC	Nova Lei de Licitações e Contratos
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	9
2.	ASPECTOS GERAIS SOBRE LICITAÇÃO.....	11
2.1	CONCEITOS JURÍDICOS.....	11
2.2	PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA.....	15
2.3	FUNDAMENTOS LEGAIS DA LICITAÇÃO PÚBLICA.....	25
2.4	PROCESSO LICITATÓRIO.....	29
3.	DISPENSA DE LICITAÇÃO.....	36
3.1	A CONTRATAÇÃO DIRETA EM GERAL.....	37
3.2	O PROCEDIMENTO DA CONTRATAÇÃO DIRETA.....	41
3.3	RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E PENAL.....	46
4.	ATUAIS CONSEQUÊNCIAS DA DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA.....	53
4.1	USO DA DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS.....	53
4.2	ANÁLISE DE CASO EM ESPECÍFICO.....	57
4.3	CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS EM DISPENSA DE LICITAÇÃO EMERGENCIAL.....	60
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
	REFERÊNCIAS.....	67
	ANEXOS.....	71

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema "A Dispensa de Licitação por Emergência no Brasil à luz da Nova Lei de Licitações e Contratos" onde será feita uma análise das leis que dispõem sobre licitações no Brasil, incluindo, principalmente as leis 8.666/93 e 14.133/21(Nova Lei de Licitações e Contratos), ambas ainda em vigência, porém em transição para a revogação da lei de 1993 e vigência apenas da lei de 2021.

Demais normas também serão abordadas, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, lei 8.429/92 sobre improbidade administrativa, lei complementar 101/00 sobre responsabilidade fiscal, tanto como leis históricas relativas ao tema licitação, a exemplo do decreto ainda do Brasil Império de número 2.926, de 14 de maio de 1862. A análise das referidas leis visa complementar o estudo das licitações para melhor entendimento da aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos.

Justifica-se realizar a investigação sobre a dispensa de licitação por emergência no Brasil, à luz da Nova Lei de Licitações e Contratos, por ser crucial a atualização do conhecimento diante das recentes mudanças legislativas. Essa análise se torna relevante para compreender as implicações práticas e jurídicas dessa modalidade, considerando os princípios fundamentais que regem as contratações públicas.

Além disso, a pesquisa contribuirá para a identificação de eventuais lacunas ou melhorias no sistema, promovendo uma discussão embasada sobre a efetividade e legalidade da dispensa de licitação por emergência no cenário jurídico brasileiro contemporâneo.

A fim de entendermos o nível de especificidade da dispensa de licitação por emergência, o presente trabalho será dividido em três capítulos, onde, gradativamente, se aprofundaremos no tema especificado anteriormente.

O objetivo do primeiro capítulo, intitulado de “aspectos gerais sobre licitação”, será explicitar o conceito de licitação pública e demais conceitos importantes ao tema, os princípios licitatórios atualizados pela nova lei, bem como os fundamentos legais em que se baseia a licitação e como funciona o seu processo.

No segundo capítulo, será abordado o assunto dispensa de licitação, buscando demonstrar ao leitor as diferenças entre a inexigibilidade de licitação e a dispensa de licitação, ambos componentes da dita contratação direta, que também será estudada no capítulo. Assim, haverá a oportunidade de expor como ocorre o procedimento para realização da contratação direta e como ocorre a responsabilização em casos de irregularidades previstas em lei.

No último capítulo, será analisado um caso onde houve a necessidade de dispensa de licitação emergencial e como ocorreu o uso do instituto. Será abordado os tópicos mais específicos relativos à dispensa de licitação por emergência e também quais as consequências da atualização legislativa para o uso desta norma.

Não obstante, o atual trabalho buscará explicar o problema de pesquisa em questão, de como a dispensa de licitação por emergência é aplicada no contexto brasileiro, e de que forma essa modalidade atende aos princípios trazidos pela Nova Lei de Licitações e Contratos.

Outrossim, será debatido se houve ou não melhorias na aplicação dos princípios da eficiência e legalidade, no tocante ao uso da sistemática da nova lei, de acordo com as hipóteses previstas.

Realizar-se-ão, inclusive, comparativos entre a lei 8.666/93 e a lei 14.133/21 com o intuito de familiarizar o leitor com as peculiaridades do assunto licitações, bem como haverá embasamento em jurisprudência e doutrina de autores renomados do Direito Administrativo Brasileiro. No entanto, o trabalho será delimitado ao tema Dispensa de Licitação por Emergência à luz da Nova Lei de Licitações e Contratos. Para isso, utilizar-se-á o método bibliográfico com análise de conteúdo.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE LICITAÇÃO

No direito Brasileiro, a licitação pública se trata de procedimento administrativo formal e obrigatório que visa estabelecer previamente as contratações de serviços, aquisições de produtos, e também criar registros dos preços dos mesmos para que sejam usados em contratações futuras pela Administração Pública direta ou indireta com entidades particulares. Trata-se de um processo administrativo regulamentado principalmente pelas leis 8.666 de 21 de junho de 1993 (Brasil, 1993) e pela lei 14.133 de 1º de abril de 2021(Brasil, 2021).

É importante ressaltarmos o atual cenário que vivemos, onde há uma transição entre as leis 8.666/93 e 14.133/21. Ademais, existem normas jurídicas em outras leis, decretos e códigos que versam sobre licitações públicas, no entanto, a partir de 30 de dezembro de 2023, a lei 14.133/21 será a principal norma jurídica a regulamentar o processo licitatório no Brasil, revogando leis antigas e trazendo a compilação de normas que, anteriormente se encontravam avulsas no nosso ordenamento jurídico. Um exemplo marcante disso é a revogação da lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002(Brasil, 2002) – conhecida como Lei do Pregão Eletrônico – que dispõe somente sobre a modalidade de licitação denominada pregão eletrônico. Após a entrada em vigor da Nova Lei de Licitações tal modalidade estará sendo regulamentada na nova norma publicada em abril de 2021.

2. 1 Conceitos jurídicos

No presente capítulo, serão abordados os principais conceitos que permeiam o universo das licitações públicas no âmbito do Direito Administrativo, tanto para a norma jurídica como para a doutrina.

Irene Nohara nos fala que a licitação é um processo administrativo usado para o ente público selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública entre as oferecidas pelo setor privado, celebrando assim, um contrato administrativo. Quanto à natureza jurídica da licitação, a autora nos conta que se trata de processo administrativo formal. Sendo assim há um encadeamento de atos ordenados em

fases. São esses: atos da fase preparatória, edital, apresentação de propostas e lances (a depender do caso em específico), julgamento, homologação e, por fim, a adjudicação do objeto ao licitante vencedor. (Nohara, 2023, p.294)

Para um melhor entendimento do assunto é necessário compreendermos o que é a Administração Pública, sabendo que esta pode ser entendida de várias formas. Para o jurista Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p.59 *apud* Pietro, 2023, p.95) seus significados se aproximam da ideia de “servir e executar para outros” e também o sentido que envolve ideia de “direção ou gestão”. Ambas as hipóteses exprimem relação de subordinação e hierarquia. O autor nos mostra que o significado de Administração Pública corresponde tanto ao prestar serviço e executá-lo, como também a dirigir, governar e exercer a vontade com objetivos de obtenção de resultados, traçando programas de ação e executando-os. Sendo assim, o vocábulo abrange desde as atividades de planejamento, direção e comando, como as atividades de subordinação e de execução.

Quando se trata de administração por si só, independente da relação com o direito público, os seus atos se limitam aos de guarda, conservação e percepção dos frutos dos bens administrados, excluindo a alienação, pois há sempre por parte do administrador o objetivo de cumprir com um objetivo externo à sua vontade. No caso da Administração Pública, este objetivo é regulado por lei que dita a finalidade a ser objetivada pelo administrador.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o conceito de Administração Pública pode ser entendido de diversas formas. Se abordarmos um sentido mais subjetivo ou formal, teremos a administração pública como a designação de entes, órgãos e agentes públicos a serviço de exercer funções administrativas e do poder executivo. Teremos também o sentido objetivo ou material da expressão Administração Pública, onde a expressão trata da atividade em si que os órgãos estatais realizam (Pietro, 2023, p.95).

A doutrina segundo a autora também cita uma visão conceitual da Administração Pública que se dividiria em sentido Amplo e sentido Estrito, onde no sentido amplo a expressão faria referência ao Governo, como responsável por fazer a função política através da Administração Pública. E, no sentido estrito, a

expressão se referiria aos órgãos responsáveis pelo manejo desta política governamental.

Quanto a licitação, podemos dizer que se trata de um instituto do Direito Administrativo que enseja em um Processo Administrativo, sendo normatizada pelas leis 8.666 de 21 de junho de 1993 e 14.133 de 1º de abril de 2021, que têm a função de regulamentar o dispositivo constitucional do inciso XXI, do artigo 37 da nossa Constituição Federal (Brasil, 1988)¹. Na licitação, o ente público responsável pelo processo licitatório deverá selecionar a proposta mais vantajosa entre as demais propostas oferecidas para que o contrato entre Administração Pública e a entidade empresarial seja celebrado (Zaffari, Eduardo; Ferreira, Gabriel B.; Lima, Náthani S.; et al., 2022, p.14).

O contrato envolvendo a Administração Pública depende de um processo administrativo formal, por isso, é necessário que sejam respeitados diversos atos administrativos cronologicamente ordenados. Nesse procedimento podemos elencar alguns exemplos como os atos da fase preparatória, o edital, a apresentação de propostas e lances, o julgamento e homologação, para que o objeto seja adjudicado ao licitante vencedor e este possa ter suas garantias legais do processo.

É importante ressaltarmos que a homologação é o final do processo licitatório. Após homologada a licitação inicia-se a fase de contratação, ou seja, finaliza-se o processo licitatório e se inicia a fase do Contrato Administrativo. A licitação tem o objetivo final de se tornar um contrato administrativo, embora seja válido salientar que nem todo contrato administrativo é oriundo de uma licitação. Os contratos administrativos são outro instituto do Direito Administrativo, não podendo se confundir ao conceito de licitação e nem ao processo licitatório. Mas apesar desta diferença, pode-se admitir que a licitação busca gerar a contratação entre o ente privado e a administração pública (Nohara, 2023, p.294).

A doutrina segundo a autora Irene Nohara ainda fala que existem situações em que as obras, serviços e compras públicas ocorrerão sem um processo licitatório,

¹ Art. 37, XXI, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - 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.

mesmo sendo a licitação regra geral para estes eventos. Um exemplo onde isto acontece é nos casos da contratação direta, ou seja, a inexigibilidade de licitação e a dispensa de licitação. Da mesma forma, nem toda licitação adjudicada e homologada obrigatoriamente provoca a celebração de um futuro contrato administrativo, pois a mesma pode incorrer em revogação devido a um fato superveniente, se for este devidamente comprovado, ou até mesmo sofrer anulação, se houver vício de ilegalidade.

O contrato administrativo anteriormente citado é uma espécie de contrato que possui peculiaridades. Trata-se também de um negócio jurídico oriundo do acordo entre partes que se obrigam reciprocamente a cumprirem prestações. Caracterizam-se pela necessidade de haver consensualidade entre as partes, força obrigatória (*pacta sunt servanda*) e relatividade, ou seja, não obrigar ou causar prejuízos a terceiros não envolvidos na relação jurídica. Ou seja, nem sempre a Administração Pública atua de maneira impositiva e unilateral ao realizar seus atos administrativos, por vezes é firmado acordos com os particulares onde ambos alcançam seus interesses reciprocamente sem desrespeito às normas jurídicas (Nohara, 2023, p.402).

A doutrina segundo Irene Nohara também nos expõe que Lei 8.666/93(Brasil, 1993) trazia em seu art. 2º, parágrafo único, a descrição do que viria a ser Contrato Administrativo. No entanto, a finalidade desta definição seria evitar que qualquer uma das partes contratantes burlasse algum instituto do direito administrativo a fim de beneficiar-se de um processo indevido, como por exemplo o próprio processo licitatório, pois a norma constante em tal parágrafo vincula o procedimento lá descrito a nomenclatura de “contrato administrativo”². Tal definição ainda poderá ser válida devido sua relevância.

A autora ainda define Contrato Administrativo em sentido amplo e estrito, sendo o sentido amplo como o contrato que possui os seguintes elementos: 1. Conter a presença da Administração Pública; 2. Atender à finalidade pública; e 3. Se submeter ao regime jurídico administrativo, assegurando a indisponibilidade e supremacia do interesse público. Já o Contrato Administrativo em sentido estrito é

² Art. 2, parágrafo único, lei 8.666/93 - Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

aquele onde as vontades da Administração Pública e dos terceiros estão ajustadas e regidas por regime jurídico de direito público, submetendo-se, assim, ao Poder Público e suas modificações no contrato para que se assegurem os seus interesses (Nohara, 2023, p.406).

Aproveitando também a doutrina jurídica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, observamos demais conceitos como Contratos da Administração. Utiliza-se esta expressão em sentido amplo para abranger todos os contratos que a Administração Pública celebra, sejam estes no regime de direito público ou no regime de direito privado. Já o termo Contratos Administrativos se refere somente aos contratos que a Administração celebra com particulares no regime de direito público, podendo o particular ser pessoa pública ou privada.

Sendo assim, quando o contrato é de direito privado há uma relação horizontal entre o particular e a Administração Pública, ou seja, existe um nivelamento entre as partes, enquanto que no contrato de direito público, a relação é de verticalidade entre o ente público e o particular. (Pietro, 2023, p.284).

2. 2 Princípios da licitação pública

Tanto a lei antiga como a nova lei de licitações dispõem de artigos que trazem os princípios da licitação pública, sendo que na antiga lei os mesmos se encontram no artigo 3º³ e na NLLC no artigo 5º⁴. As maiores definições sobre os princípios e suas aplicações estão no decorrer do texto legislativo das respectivas leis. Em ambos os casos o legislador optou por não expor os princípios licitatórios em

³ Art. 3º, lei 8.666/93 - 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.

⁴ Art. 5º, lei 14.133/21 - Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

sequência com suas definições, se fazendo assim necessária a leitura de ambas as leis por completo para alcançar a correta interpretação destes princípios.

A lei 8.666/93 trazia uma seção inteira nominada de “Dos Princípios” e que se estendia do artigo 1º ao 5º-A, sendo que somente o artigo 3º da lei dispunha de fato sobre os princípios licitatórios. No entanto, a lei 14.133/21 restringe o subtítulo denominado “Dos Princípios” ao capítulo II, que possui somente o artigo 5º. Ou seja, com a atualização da legislação criou-se um espaço determinado para o rol de princípios da licitação pública. Enquanto a lei anterior dispunha de apenas oito princípios, a nova lei dispõe de vinte e dois, sendo eles, em ordem do elenco do artigo da lei: 1. Legalidade; 2. Impessoalidade; 3. Moralidade; 4. Publicidade; 5. Eficiência; 6. Interesse público; 7. Probidade Administrativa; 8. Igualdade; 9. Planejamento; 10. Transparência; 11. Eficácia; 12. Segregação de funções; 13. Motivação; 14. Vinculação ao edital; 15. Julgamento objetivo; 16. Segurança jurídica; 17. Razoabilidade; 18. Competitividade; 19. Proporcionalidade; 20. Celeridade; 21. Economicidade e; 22. Desenvolvimento nacional sustentável.

A legalidade é o princípio que impõe ao administrador que não se pode prevalecer sua vontade pessoal e sim a da Administração, e sua atuação como servidor deverá ser consoante ao que a lei impõe, garantindo assim segurança para a sociedade em relação aos abusos de conduta e desvios de objetivos. Esse último conceito deriva da doutrina segundo José dos Santos Carvalho Filho (2022, p. 245). Em suas palavras:

É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais (Carvalho Filho, 2022, p. 245).

O princípio da segurança jurídica está relacionado ao da legalidade, porém, deriva do artigo 2º, caput, parágrafo único e inciso XIII, da Lei de Processo Administrativo (Brasil, 1999)⁵, direcionando o agente público a interpretar a norma

⁵ Art. 2º, Lei 9784/99 – A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:[...] XIII - interpretação da norma

buscando o melhor atendimento do fim público, não podendo este aplicar interpretação retroativa de NLLC.

O princípio da impessoalidade está intimamente ligado à ideia da isonomia e de tratamento igualitário com os participantes concorrentes no processo licitatório. A atuação do agente público deverá ser imparcial, sem a prática de favoritismos. Nohara descreve a conduta impessoal do agente público em licitações como “aquela na qual não há intenção de beneficiar ou prejudicar pessoas ou empresas” (Nohara, 2023, p.310).

Já o princípio da moralidade estabelece que a Administração Pública atue respeitando a ética, a probidade, a lealdade e a boa-fé. No tocante a este princípio, Nohara explica que o agente público deve agir combatendo condutas como: abuso de poder por excesso ou desvio de finalidade; ações ou omissões no que diz respeito aos critérios da licitação; uso de formalismo excessivo para excluir licitante apto a participar do certame; desrespeito aos prazos, acelerando ou retardando atos do processo ou decisões de forma desonesta (Nohara, 2023, p.311).

A Probidade Administrativa constitui que os agentes públicos responsáveis pelo andamento do processo licitatório devem atuar de maneira honesta, ou seja, juridicamente falando, agir com moralidade e probidade. Ambos os princípios andam juntos, porém, o primeiro se refere primordialmente à conduta do agente como servidor público, se é honesta, moral e ética. Já o segundo conceito remete a questão econômica, pois a improbidade administrativa – oposto e/ou ausência da probidade administrativa – afeta diretamente o erário público, sendo reflexo da atuação não honesta do agente no trato das finanças públicas. É que diz Justen Filho (2023, p. 266) em suas palavras:

Tanto a moralidade como a probidade se relacionam a deveres éticos, mas probidade tem uma dimensão econômica. Por consequência, a violação à probidade produz danos ao erário. A repressão à improbidade encontra-se disciplinada na Lei 8.429/1992 (Justen Filho, 2023, p. 266).

administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

A Improbidade Administrativa também pode ser cometida pelo indivíduo que, não sendo agente público, concorra ou induza o mesmo dolosamente a praticar atos de improbidade. Ou seja, não somente o servidor público deve agir com probidade, mas também o particular interessado na licitação.

Sobre o princípio do julgamento objetivo, Justen Filho nos fala:

A objetividade do julgamento resulta da aplicação das soluções previstas na lei, em regulamentos e no edital de licitação. Isso evita inovações e modificações no decorrer da licitação. A objetividade consiste no oposto ao subjetivismo do julgador, expressão utilizada para indicar decisões fundadas em concepções pessoais da autoridade, não vinculadas a uma norma preexistente. (Justen Filho, 2023, p. 265).

Ou seja, o julgamento objetivo norteia a tomada de decisões do agente público fazendo com que este decida com base em critérios objetivos, mensuráveis e pré-estabelecidos e não use de discricionariedade subjetiva para eleger uma proposta ou licitante.

O princípio da publicidade também está no elenco constitucional dos cinco princípios da Administração Pública (LIMPE) e diz respeito a divulgação dos atos administrativos praticados e demais etapas do processo licitatório que serão de utilidade para os interessados. Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim explica, e acrescenta que o princípio tem finalidade de assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar a legalidade do processo (Pietro, 2023, p.418).

O artigo 174 da lei 14.133/21 institui o PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNCP), com o objetivo de “operacionalizar” o princípio constante no texto legal. o PNCP possui grande importância, tendo em vista que, o artigo 94 da mesma lei o torna condição obrigatória para a eficácia do contrato sob pena de nulidade. Diz sua redação:

Art. 94, lei 14.133/21 - A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura: I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação; II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta. § 1º Os contratos celebrados em caso de urgência terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser

publicados nos prazos previstos nos incisos I e II do caput deste artigo, sob pena de nulidade. (Brasil, 2021).

Temos como breve exceção o artigo 13⁶ da lei 14.133/21, disciplinando que a publicidade poderá ser diferida em situações onde houver necessidade de sigilo no processo.

Quanto ao princípio da transparência, nos fala Motta:

Os atos administrativos, impõe a conclusão, devem ser públicos e transparentes – públicos porque devem ser levados a conhecimento dos interessados por meio dos instrumentos legalmente previstos (citação, publicação, comunicação, etc.); transparentes porque devem permitir enxergar com clareza seu conteúdo e todos os elementos de sua composição, inclusive o motivo e a finalidade, para que seja possível efetivar seu controle. (Motta, 2008, p. 7).

Portanto, a transparência visa trazer clareza aos atos administrativos praticados no processo licitatório. Além de públicos, os atos devem estar disponíveis aos interessados, de forma acessível, por meio de documentos e informações relevantes.

Quanto aos princípios da eficiência, eficácia, economicidade e celeridade, pode-se dizer que estes estão intrinsecamente ligados um ao outro. Carvalho Filho escreve que, “embora incluídos separadamente no art. 5º, desafiam comentário único, eis que indiscutível o elo que os aproxima”. (2022, p. 247).

O princípio da eficiência por si só engloba os outros três anteriormente citados, pois determina que a Administração Pública aja de maneira a alcançar a maior vantagem possível. Para isso é necessário que a Administração busque soluções mais céleres, econômicas e resultados que se ajustem às necessidades administrativas. Como o processo licitatório é burocrático por natureza, requer do agente público maiores esforços para alcançar a melhor proposta.

⁶ Art. 13, lei 14.133/21 - Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.

Parágrafo único. A publicidade será diferida:

I - Quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;

II - Quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 24 desta Lei.

Segundo Marçal Justen Filho (2023, p. 265) a eficiência se trata do melhor aproveitamento dos recursos estatais para atingir seus fins, ou seja, é a potencialização da relação custo-benefício entre resultados e desembolsos, enquanto que eficácia é a simples aptidão e alcance de um resultado pretendido. Já a economicidade envolve a avaliação da vantajosidade patrimonial de uma solução, em comparação com outras alternativas possíveis.

Segundo Rafael Rezende de Oliveira:

O art. 5.º da nova Lei de Licitações indica, ainda, os princípios da eficiência, celeridade e da economicidade. Em nossa opinião, a celeridade e a economicidade encontram-se inseridas no princípio constitucional da eficiência (Oliveira, 2023, p. 393).

Por fim, entendemos que a celeridade é um dos pilares da eficiência, pois agir de forma mais célere, sem prejuízos de qualidade e de fator econômico é, em si, agir de maneira eficiente.

O processo licitatório tem como objetivo final suprir o interesse público, no tocante a compras públicas, prestação de serviços realizadas por particulares e alienação de bens públicos. O legislador, ao incluir o princípio no rol do artigo 5º da NLLC, promoveu proteção ao interesse da coletividade.

Devido a supremacia do interesse público – importante princípio do direito administrativo em geral – e sua consequente indisponibilidade, a Administração Pública não pode, por exemplo, doar bens públicos sem proceder com a licitação para aliená-los. Tal medida visa evitar o prejuízo ao erário, como podemos ver na doutrina segundo Nohara (2023, p. 312)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos escreve que a noção de supremacia do interesse público está presente no momento de elaboração da lei, assim como no momento de aplicação da lei pela Administração Pública, fazendo com que este princípio se torne a base de todos os ramos do direito público, estando presente nos quatro tipos de funções administrativas: serviço público, fomento, polícia administrativa e intervenção (Pietro, 2020, p.129).

O princípio da igualdade reforça a atuação impessoal e isonômica do agente público no trato da licitação. Carvalho Filho nos confirma isso em sua obra:

O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal. (Carvalho Filho, 2022, p. 246).

Em licitações, a Administração promove igualdade quando viabiliza as condições para que todos os participantes do certame possam competir em igualdade de condições. Porém, é permitido à Administração que ela estabeleça requisitos a serem cumpridos pelos competidores, desde que todos se submetam de igual modo a estes requisitos, não havendo vantagens ou desvantagens impostas a um e não a outro (Carvalho Filho, 2022, p. 247).

Quanto a competitividade, Carvalho Filho ainda expõe:

O princípio da competitividade requer que o processo contenha competição, ou seja, que permita que dentre vários interessados possa a Administração apontar o mais adequado para o contrato. Trata-se, na verdade, de princípio correlato ao princípio da isonomia, em que todos concorrem em igualdade de condições. (Carvalho Filho, 2022, p. 247).

Neste sentido podemos dizer que a competição assegura a abertura da licitação para um maior número de participantes interessados e que os licitantes tenham igualdade de oportunidades para apresentar suas propostas. Fazendo assim com que a administração pública alcance vantagens como preços mais vantajosos, qualidade e inovação nos produtos ou serviços que visa contratar.

O princípio do planejamento aproxima-se do princípio da eficiência, no entanto, este último versa de forma mais ampla do que o primeiro. O artigo 18⁷ da Nova Lei de Licitações traz, por meio do Plano de Contratações Anual (PCA) elencado no inciso VII do artigo 12⁸ da mesma lei e dispõe que o planejamento se

⁷ Art. 18, lei 14.133/21 - A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação[...]

⁸ Art. 12, lei 14.133/21 - No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

dará na fase preparatória do processo licitatório. Como podemos ver na análise de Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

O inciso VII do art. 12, por exemplo, demonstra a importância do planejamento para racionalização das contratações públicas, permitindo que os órgãos competentes de cada ente federado, na forma dos respectivos regulamentos, elaborem plano de contratações anual, com o objetivo de garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico, bem como subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias (Oliveira, 2023, p. 389).

Planejamento em sentido amplo, no que tange a licitações, corresponde a organização de atividades para antever as necessidades e soluções cabíveis, avaliar os riscos e escolher as soluções mais adequadas. Justen Filho (2023, p. 269) traz esta definição e se utiliza da expressão “engenharia reversa” para explicar o funcionamento da atividade de planejamento e a necessidade de a Administração Pública prever os resultados das decisões a serem tomadas.

Quanto a segregação de funções, Nohara nos explica:

A segregação de funções implica a separação de funções, sendo divididas para distintos agentes: a autorização, a execução e o controle, com a finalidade de evitar conflito de interesses. Basicamente, não é certo atribuir, ao mesmo agente, atividades incompatíveis como a execução e simultaneamente a fiscalização, para que a pessoa não oculte ou perpetre erros e fraudes no curso do desempenho da função. (Nohara, 2023, p. 317).

A segregação de funções é uma exigência legal, constante no parágrafo 1º do artigo 7º da NLLC⁹. A lei trouxe este dispositivo para evitar que a Administração cometa o equívoco de atribuir funções incompatíveis a um mesmo servidor, como

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

⁹ Art. 7, lei 14.133/21 – Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos: [...] § 1º – A autoridade referida no caput deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

também para que um servidor, investido de funções diversas, faça uso delas para corromper o processo licitatório.

A vinculação ao edital corresponde ao princípio anteriormente denominado “vinculação ao instrumento convocatório”. Esta adaptação se deve ao fato de não haver na nova lei a modalidade licitatória do convite. Até o presente momento temos dois tipos de instrumentos convocatórios: o edital e o convite. Ao findar a vigência da lei 8.666/93 não haverá mais o convite, restando apenas o edital.

Quanto a este princípio, Carvalho Filho nos fala:

Tal princípio decorre da própria natureza da licitação como procedimento vinculado e, portanto, insuscetível de mutações pela Administração. O princípio da vinculação obriga a Administração a observar suas próprias normas, o mesmo ocorrendo com os participantes. Além disso, impede que surjam surpresas para os licitantes, prejudicando o caráter competitivo do procedimento. Trata-se, assim, de elemento garantidor da lisura do certame. (Carvalho Filho, 2023, p. 246).

Sendo assim, o princípio da vinculação ao edital serve como garantia tanto ao administrador como ao administrado. As regras já acordadas para a licitação em questão serão fielmente observadas por todos, sob pena de correção por via administrativa ou judicial, ou até mesmo de invalidade do processo, se tratando de vício insanável.

O princípio da motivação remete a obrigação que o Estado tem de fundamentar suas decisões. A Administração não pode simplesmente praticar atos administrativos sem sentido ou sem um objetivo a ser alcançado. Outro aspecto do princípio é a contribuição para o bom andamento do processo, pois auxilia na ampla defesa e contraditório, havendo necessidade do uso destes por parte do particular licitante. Nesse sentido, Nohara acrescenta:

Trata-se de princípio que exige que os atos editados sejam justificados, explicitando seu fundamento de fato e de direito, sendo que, a partir da disciplina da LINDB, com base na alteração da Lei nº 13.655/2018 (art. 20, parágrafo único), também determina que haja demonstração da necessidade e adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (Nohara, 2023, p. 318).

O princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável surge para impor à Administração Pública que leve em consideração, não só as questões econômicas e de eficiência do objeto contratado, mas também o impacto ambiental causado pelas propostas que estão sendo analisadas. Sendo assim, deve haver uma equivalência de custos e benefícios entre o impacto no meio ambiente e os benefícios econômicos alcançados pelo objeto a ser contratado. Como podemos ver, nas palavras de Carvalho Filho: “vantagens econômicas não podem ser avaliadas isoladamente, mas, ao contrário, devem ser vistas em consonância com as matrizes de sustentabilidade protetoras do meio ambiente.” (Carvalho Filho, 2022, p. 250).

Ademais, é necessário salientar que o presente princípio se trata não de uma simples recomendação, mas de uma obrigação a qual o poder público está sujeito. Sendo assim, a questão da preservação ambiental incide sobre a contratação em questão podendo ser responsável por sua eleição como melhor proposta ou não. Por fim, temos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que, segundo a maior parte dos autores, devem ser elencados juntamente por complementarem um ao outro seus sentidos. Conforme o autor José dos Santos Carvalho Filho:

No terreno das licitações, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade vedam que haja excessos por parte do Poder Público, sendo certo que, mediante sua observância, o administrador deve ajustar os meios de que se socorre em sua conduta aos fins alvitados pela Administração. (Carvalho Filho, 2022, p. 248).

O autor ainda nos expõe que a razoabilidade e proporcionalidade servem como parâmetro de controle das condutas administrativas eivadas por abuso de poder, tanto aquelas que decorrem de excesso de poder como as que decorrem de desvio de finalidade. (Carvalho Filho, 2022, p. 248).

2. 3 Fundamentos legais da licitação pública

Ao estudarmos um breve histórico do processo licitatório em nosso país, voltamos à época do Brasil Império, há 161 anos atrás durante o governo do imperador Dom Pedro II, onde surge a primeira regulamentação relativa a aquisições, compras e prestação de serviços entre particulares e entidades públicas. Se trata do Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que em seu preâmbulo dispunha:

Sendo conveniente estabelecer regras e cláusulas geraes para as arrematações e execução dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Públicas, Hei por bem, na fôrma do art. 30 do Regulamento do Corpo de Engenheiros civis creado pelo Decreto nº 2.922 de 10 de Maio do corrente anno, approvar o Regulamento, que com este baixa, assignado por Manoel Felizardo de Souza e Mello, Conselheiro de Estado, e Ministro e Secretário de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Públicas, que assim o tenha entendido e faça executar.(Brasil,1862)

Tal decreto regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do antigo Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Após isto houve outros dispositivos legais que regulavam as aquisições públicas anteriores à atual lei 8.666/93. O sucessor da lei de arrematações foi o Decreto-Lei número 4.536 de 28 de janeiro de 1922(Brasil, 1922). Esse decreto organizava o Código de Contabilidade da União. Quarenta anos mais tarde é sancionado o Decreto-Lei número 200 de 25 de fevereiro de 1967(Brasil, 1967), que dispunha sobre a organização da Administração Federal, estabelecia as diretrizes para a Reforma Administrativa e dava outras providências. Logo em seguida vem a Lei número 5.456 de 20 de junho de 1968(Brasil, 1968), dispondo sobre a aplicação aos estados e municípios das normas relativas às licitações previstas no Decreto-lei número 200/67.

Por último, surge a última legislação anterior a Constituição Federal de 1988 tratando sobre o assunto, o Decreto-lei número 2300 de 21 de novembro de 1986(Brasil, 1986), que já versava sobre licitações e contratos da Administração Federal e dava outras providências. Dois anos mais tarde surgia nossa Constituição Federal, cujo artigo 22, no inciso XXVII e o artigo 37, no inciso XXI haviam dispositivos que traziam normas sobre licitação pública.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988 surgiu a lacuna jurídica no tocante ao processo licitatório, pois o texto constitucional previa o surgimento de lei que regulamentaria o processo das aquisições públicas, mas tal lei só veio a ser promulgada em 1993, que foi a lei 8666/93, utilizada atualmente.

Em 2021, com o objetivo de reformar o processo licitatório e de contratos administrativos no Brasil, foi aprovada a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. A NLLC unificou as normas legais constantes em três leis anteriores: lei 8.666/93; lei 10.520/02 – Lei do Pregão Eletrônico e lei 12.462/11 - Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Brasil, 2011).

Devido a Medida Provisória número 1.167, de 31 de março de 2023 (Brasil, 2023), as três legislações citadas no parágrafo anterior tiveram sua vigência estendida até o dia 30 de dezembro de 2023¹⁰.

A maioria das normas legais que embasam o uso da licitação pela administração pública se encontram esparsas em leis regulando os mais diversos temas do direito administrativo. Aqui uso também de exemplo normas como a lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013(Brasil, 2013), lei de responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas por prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, também a lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992(Brasil, 1992) – famosa lei de improbidade administrativa – já emendada pela Nova Lei de Licitações, lei 14.133/21.

Enquanto a primeira legislação supracitada trata primordialmente sobre as esferas civil e administrativa, a segunda já avança em um teor criminal, contendo as definições sobre improbidade administrativa e classificando os atos de improbidade quanto ao grau de prejuízo que causam ao erário público, dispendo, juntamente, de

¹⁰ Art. 1º, MPV 1.167/23 - A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, desde que:

I - A publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023; e

II -A opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta.

§ 1º Na hipótese do caput, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193, o respectivo contrato será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

§ 2º É vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no inciso II do caput do art. 193.” (NR)

normas referentes as penas para tais crimes. É importante aqui ressaltar que a lei 14.133/21 altera o teor da lei 8.429/92 modificando sua ementa e abordando a improbidade administrativa no local do enriquecimento ilícito.

Anteriormente, tal lei também já fora apelidada de lei do enriquecimento ilícito, porém, havendo a necessidade de expandir a proteção jurídica alterou-se sua ementa original, que era:

Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências (Brasil, 1992)

Após alterada, a ementa tornou-se:

Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Brasil, 1992)

Aqui podemos perceber que a norma já retira o nome agente público do texto legislativo e cita somente os atos de improbidade administrativa, trazendo assim a ideia de amplitude de agentes sujeitos ao cometimento de ações e omissões descritas na lei. Ademais, podemos entender que o conceito de improbidade administrativa já se faz mais amplo, tendo em vista que o enriquecimento ilícito compõe uma das formas de praticar o ato de improbidade administrativa. Vemos isso nos artigos 9¹¹, 10¹² e 11¹³ da lei 8.429/92 que, respectivamente, dispõem sobre: “Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito”; “Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário” e; “Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública”.

¹¹ Art. 9º, Lei 8.429/92 - Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei[...].

¹² Art. 10, Lei 8.429/92 - Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei[...].

¹³ Art. 11, Lei 8.429/92 - Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas[...].

Marçal Justen Filho nos fala que a licitação tem a função de ser um instrumento para realização das relações de aquisições de bens e serviços por parte da Administração Pública com os particulares, portanto, ela não deve ser entendida como um instituto autônomo da Administração, tendo em vista que sua natureza jurídica é meramente instrumental. Em suas palavras, o autor reitera que a Licitação em si, apesar de ser praticada com determinada formalística, não tem um enfoque formal, pois sua finalidade é cumprir com os princípios da Administração Pública no tocante às aquisições públicas. Consoante a isto, diz Justen Filho:

Não é suficiente realizar a licitação, eis que o fundamental é dar efetividade às finalidades impostas pela Constituição. Se a licitação não propicia uma contratação efetivamente vantajosa ou se viola a exigência de isonomia, configura-se um defeito na atividade administrativa. (Justen Filho, 2023, p.255)

É importante lembrarmos que há, em nossa Constituição Federal, demais dispositivos além dos que se encontram no artigo 37 que também versam sobre licitação pública. Destaco aqui os incisos XXVII, do artigo 22¹⁴ e III, do parágrafo 1º, do artigo 173¹⁵.

O artigo 22 da Constituição Federal dispõe sobre o poder-dever de legislar que compete privativamente à União. Seus incisos expõem, de maneira exemplificativa, diversos itens que devem ser regulamentados por leis federais, podendo a União delegar tal tarefa aos Estados, como diz o texto constitucional:

¹⁴ Art. 22, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - 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.

¹⁵ Art. 173, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 -. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Art. 22, parágrafo único, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo. (Brasil, 1988)

No inciso XVII do artigo supracitado surge uma importante divisão: a Administração Pública Direta, as autarquias e fundações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios passam a ser regulamentadas conforme o inciso XXI, do artigo 37, enquanto as empresas públicas e sociedades de economia mista obedecerão ao disposto no inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 173, ambos artigos da Constituição Federal.

2. 4 Processo licitatório

O processo licitatório está disposto na lei 14.133 de 1º de abril de 2021 (Brasil, 2021) a partir do artigo 11¹⁶ e tem por finalidade organizar as etapas e procedimentos bem como a formalística necessária para o cumprimento dos princípios da licitação. O referido artigo é responsável por elencar os quatro principais objetivos do processo licitatório, que são, resumidamente: assegurar a seleção da proposta apta mais vantajosa para a Administração Pública; assegurar a isonomia na competição entre os licitantes; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos e; incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Ademais, o processo licitatório se divide nas fases de que fala o artigo 17 da NLLC:

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. (Brasil, 2021)

¹⁶ Art. 11, Lei 14.133/21 - O processo licitatório tem por objetivos:

I - Assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - Assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - Incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Existe ainda uma subdivisão das fases do processo em fase interna e fase externa, sendo que a primeira consiste nos atos iniciais e preparatórios que cada órgão ou entidade administrativa pratica antes da publicação do instrumento convocatório(edital), e a segunda fase, externa, se refere aos atos que ocorrerão após a publicação do edital, onde se abre a possibilidade de participação aos interessados.

A doutrina segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2023, p. 497) ainda com base na lei vigente 8.666/93 (Brasil, 1993) elenca os seguintes atos que compõem a fase interna: Requisição do objeto; estimativa do valor; Autorização de despesa; Designação da comissão de licitação; Elaboração das minutas do instrumento convocatório e do contrato e; Análise jurídica das minutas do instrumento convocatório e do contrato.

A requisição do objeto se trata do primeiro ato administrativo, dando início ao processo. O agente competente e responsável indica a necessidade de contratação do bem ou serviço. Seguente a isso, o ente público irá verificar o preço de mercado do objeto em questão, ou seja, realiza o ato da estimativa de valor, também chamada de “cotação de preços”.

Esta cotação importa, pois, esta definirá qual será a modalidade de licitação a ser realizada dentre as constantes no artigo 28 da Nova Lei de Licitações¹⁷. Além disso, serve também para desclassificar, quando for necessário, propostas apresentadas pelos licitantes que extrapolem o valor médio de mercado.

Após a estimativa, é verificado se existem recursos orçamentários suficientes para que o objeto seja contratado, pois o próximo ato é o de autorização de despesa. Neste momento, é importante observar o artigo 16¹⁸ da lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade

¹⁷ Art. 28, Lei 14.133/21 - São modalidades de licitação: I - pregão; II - concorrência; III - concurso; IV - leilão; V - diálogo competitivo. § 1º Além das modalidades referidas no caput deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 78 desta Lei. § 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no caput deste artigo.

¹⁸ Art. 16, Lcp 101/00 - A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:(Vide ADI 6357) I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Fiscal (Brasil, 2000a). Aqui faço um adendo para o seguinte: no ano de 2020 surge a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 6357 que, devido a ocorrência da pandemia de COVID-19, afasta a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentária – prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal – para criação de programas públicos destinados ao enfrentamento da pandemia. Como constante na ementa da ADI 6357:

O excepcional afastamento da incidência dos arts. 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19, não conflita com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário intertemporal consagrados pela LRF. Realização de gastos orçamentários destinados à proteção da vida, da saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados pela gravidade da situação vivenciada[...] (Brasil, 2020)

O ato subsequente é o de designação da comissão de licitação. Esta comissão será composta por pelo menos três membros sendo dois servidores públicos, estes receberão, examinarão e julgarão os documentos e demais procedimentos relativos à licitação.

Após, é realizada a elaboração de minutas do instrumento convocatório (edital ou convite) e do contrato, os quais deverão conter as regras a serem observadas pela Administração Pública e pelos particulares licitantes.

É por fim, o último ato administrativo anterior a publicação do instrumento convocatório é análise jurídica das minutas do instrumento convocatório e do contrato. Esta deve ser realizada e aprovada pela assessoria jurídica da Administração Pública para que esta prossiga com a publicação do edital. Ao final deste ato, finda-se a fase interna do processo e inicia-se a fase externa, que contemplará, respectivamente: divulgação do edital de licitação; apresentação de propostas e lances; julgamento; habilitação; recurso e; adjudicação e homologação.

Anteriormente, com somente a antiga Lei de Licitações em vigor, era utilizada a expressão “instrumento convocatório”, pois, nesta lei está prevista uma modalidade que não se utiliza do edital: o convite. Sendo assim, neste ato da fase externa pode ser publicado o convite, para a realização da licitação por modalidade de convite, ou, pode ainda ser publicado o edital, para as demais modalidades

licitatórias. Tendo em vista que a modalidade convite foi excluída do texto da NLLC e será extinta após a revogação da lei 8.666/93, a lei nova dispõe apenas do ato de “divulgação do edital de licitação”.

O instrumento convocatório tem poder vinculante e funciona, analogamente, como uma lei que regula as normas referentes àquela licitação. Como nos fala Rafael Carvalho:

O instrumento convocatório é a “lei interna da licitação” e contém as regras que norteiam a licitação e que devem ser observadas pela Administração e pelos licitantes. Trata-se do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3.º, 41 e 55, IX, da Lei 8.666/1993). Os elementos obrigatórios que devem constar do edital estão previstos no art. 40 da Lei 8.666/1993 (Oliveira, 2023, p. 498)

Publicado o edital, este pode ser impugnado por qualquer cidadão, se nele constar irregularidades no prazo de até cinco dias úteis anteriores a habilitação nas modalidades em geral, enquanto que os licitantes possuem autonomia para impugnar até dois dias antes do ato da habilitação. Neste caso, a Administração Pública disporá de três dias úteis para julgar e dar resposta as impugnações protocoladas, de acordo com o artigo 41, § 1.º, da Lei 8.666/1993¹⁹.

Após a divulgação do edital, o procedimento a ser realizado em sequência seria o de apresentação de propostas e lances, no caso de haver necessidade, como por exemplo nas modalidades de pregão, concorrência, tomada de preços e convite. Porém, existe na lei dispositivo permitindo a inversão de fases, onde a habilitação precede a apresentação de propostas e lances e o julgamento. Como consta no parágrafo 1º do artigo 17 da lei 14.133/21(Brasil, 2021):

§ 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação. (Brasil, 2021)

¹⁹ Art. 41, Lei 8.666/93 - A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1o do art. 113.

No tocante ao modo de disputa que compõe os atos da apresentação de propostas e lances, este poderá ocorrer, de forma isolada ou conjunta, em modo aberto ou fechado. Irene Nohara explica em sua doutrina (2023, p. 431) que modo de disputa aberto é a hipótese na qual os licitantes apresentam as propostas utilizando-se de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, como ocorre no pregão, por exemplo, enquanto que o modo de disputa fechado consiste nas propostas permanecerem em sigilo até o momento designado para sua divulgação.

Na fase do julgamento, será analisada a proposta que melhor se adequou aos parâmetros do edital, podendo ser a eleição do menor preço, da melhor técnica, o melhor aproveitamento de técnica e preço, o maior lance ou oferta, entre outros. Após isso, é verificado se a proposta mais bem classificada está em conformidade, não havendo os vícios constantes no artigo 59²⁰ da nova lei. Ao definir o resultado final da fase do julgamento, o procedimento avança para a fase de habilitação, exceto se o processo adotou a inversão de fases, hipótese na qual este ato já teria ocorrido.

Na habilitação, são verificadas as informações e os documentos indispensáveis para que se demonstre a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação. Esta divide-se em jurídica; técnica; fiscal, social e trabalhista e; econômico-financeira, como preconiza o artigo 62 da NLLC²¹.

Realizada a habilitação, é aberta a fase recursal. Os recursos podem ser impetrados em diversos momentos do processo licitatório, no entanto, é na fase recursal que a administração pública irá analisá-los. Nohara (2023, p. 347) expõe que os recursos devem ser dirigidos às autoridades responsáveis pelos atos administrativos a que recorrem. Se a autoridade competente não reconsiderar o ato

²⁰ Art. 59, lei 14.133/21 – Serão desclassificadas as propostas que: I - contiverem vícios insanáveis; II - não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital; III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação; IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração; V - apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

²¹ Art. 62, lei 14.133/21 – A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em: I - jurídica; II - técnica; III - fiscal, social e trabalhista; IV - econômico-financeira.

em um prazo de até três dias úteis, a mesma deverá encaminhar o recurso à autoridade superior imediata, e esta disporá de até dez dias úteis desde o recebimento dos autos para proferir sua decisão. Ainda em sua doutrina a autora elucida:

O acolhimento do recurso implicará invalidação apenas de ato insuscetível de aproveitamento. O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso e terá início na data de intimação pessoal ou de divulgação da interposição de recurso, sendo assegurada ao licitante vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses. (Nohara, 2023, p. 347)

Com o fim da fase recursal, temos a última fase do procedimento, que compreende os atos administrativos de adjudicação e homologação. O primeiro ato consiste na Administração Pública atribuir formalmente ao licitante vencedor o direito de celebrar o contrato. Já a homologação consiste no ato administrativo realizado pela autoridade competente que reconhece que todo o processo licitatório, desde a publicação do edital até a adjudicação ocorreu em conformidade com a lei vigente e com as normas estabelecidas no edital do certame, conforme nos ensina Rezende Oliveira:

A homologação é o ato administrativo que atesta a validade do procedimento e confirma o interesse na contratação. É uma espécie de “despacho saneador” da licitação[...]. A adjudicação é o ato final do procedimento de licitação por meio do qual a Administração atribui ao licitante vencedor o objeto da licitação. (Oliveira, 2023, p. 503)

Realizada a adjudicação e homologação, encerra-se o processo licitatório, restando, ainda, a possibilidade de a Administração Pública anular ou revogar seus atos que contenham vícios insanáveis, como consta na Súmula 473 do STF²² (Brasil, 1969), ou ainda por ocorrência de fato superveniente que acarrete desinteresse no contrato por parte da Administração Pública, como disciplinado no artigo 71 e parágrafos²³ da nova lei de licitações.

²² Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal – A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

²³ Art. 71, lei 14.133/21 – Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá: [...] II - revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade; III - proceder à anulação da licitação,

de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável; [...] § 1º Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa. § 2º O motivo determinante para a revogação do processo licitatório deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado. § 3º Nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados. § 4º O disposto neste artigo será aplicado, no que couber, à contratação direta e aos procedimentos auxiliares da licitação.

3. DISPENSA DE LICITAÇÃO

Como vimos anteriormente, a licitação pública é um procedimento administrativo obrigatório para que a Administração Pública possa celebrar com particulares contratos de compra de bens, prestação de serviços e alienação de bens públicos.

No entanto, o inciso XXI do artigo 37 de nossa Constituição Federal (Brasil, 1988), já destacado anteriormente, nos traz uma exceção ao citar “ressalvados os casos especificados na legislação”, logo antes de regular o instituto da licitação. Contudo, estes casos em que a legislação específica estão regulados em ambas as leis, 8.666/93 e 14.133/21 e são chamados pela doutrina e pela própria norma jurídica de “contratação direta”.

Aqui se faz necessário destacar que esta regra cabe a todos os entes públicos, pois todos estão sujeitos à regra da licitação, que por sua vez, deriva da competência de legislar da união. Como dito por Carvalho Filho:

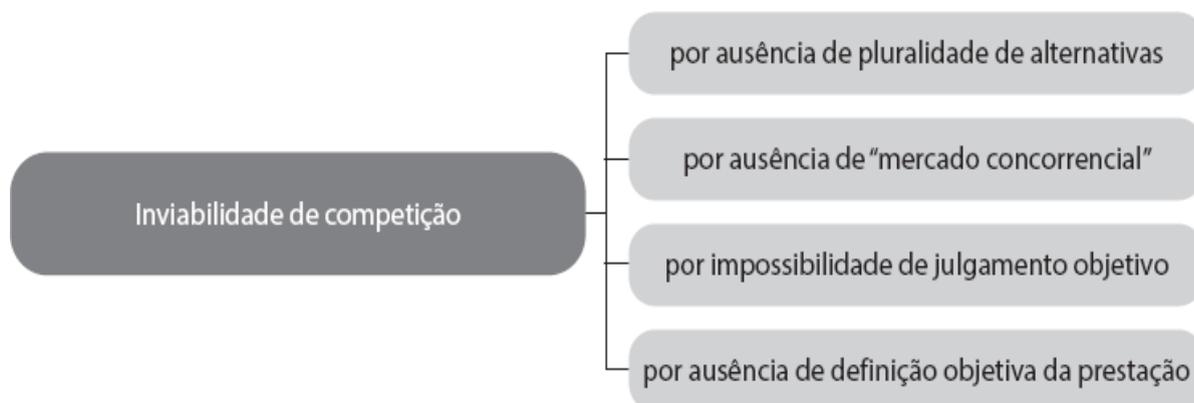
Com efeito, ao dispor sobre o princípio da obrigatoriedade de licitação no art. 37, XXI, a Constituição deixou claro que a incidência do princípio deve ser observada “ressalvados os casos específicos na legislação”. Esse dispositivo, incluído na competência legislativa da União Federal, tem caráter de norma geral e, por via de consequência, aplica-se a todas as unidades federativas. Sendo assim, as hipóteses mencionadas no Estatuto são de observância compulsória para todos os entes sujeitos à exigência de licitação. (Carvalho Filho, 2022, p. 262)

O objetivo deste capítulo é, além de explicar as diferenças entre os institutos que compõem a contratação direta, avançar no tema principal do presente trabalho evitando futuras possíveis confusões quanto a terminologias e normas jurídicas a serem aplicadas.

3.1 A contratação direta em geral

Tanto na lei antiga como na nova, existem duas possibilidades de contratação direta, que são a inexigibilidade de licitação e a dispensa de licitação. A inexigibilidade de licitação é regulada pelo artigo 25 da lei 8666/93 (Brasil,1993) e pelo artigo 74 da lei 14.133/21 (Brasil, 2021). A principal diferença entre ambas as modalidades é quanto a natureza jurídica. A inexigibilidade versa sobre a situação onde não é possível realizar a licitação por motivo de inviabilidade de competição. Marçal Justen Filho expõe em sua obra um organograma que exemplifica os motivos que levam a inviabilidade de competição:

Figura – Síntese das inviabilidades de competição



Fonte: Justen Filho (2023)

Sendo assim, ainda com base em Justen Filho, vemos que a diferença de inexigibilidade e dispensa de licitação quanto a natureza jurídica consiste na primeira se tratar de “natureza das coisas” e a última de “vontade legislativa”. Como explana o autor:

A inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade indicadas em lei são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas. As hipóteses de inexigibilidade dependem das

circunstâncias, impondo-se sua adoção independentemente da vontade do legislador. (Justen Filho, 2023, p. 293)

Sendo assim, entendemos que a regra para que a licitação seja inexigível é a de que não exista competição entre licitantes interessados. Como existem diversas formas de que isso aconteça o legislador optou por elencar de forma exemplificativa no rol do artigo os motivos de inexigibilidade. Portanto, se por algum outro motivo além dos que constam no artigo, não for viável a competição, a licitação será também inexigível.

É diferente do que temos no instituto da dispensa de licitação. Este, por sua vez, conta com um rol muito mais longo de incisos e parágrafos tendo em vista que o artigo 75 da NLLC elenca todos os motivos em que é possível dispensar o instituto da licitação. Ou seja, se a situação não compreender o uso de nenhuma norma constante no referido artigo, não será possível que a dispensa de licitação seja efetivada. Isso ocorre porque o legislador decidiu que, em determinados casos, seria possível a realização da licitação, porém, o agente público poderia ou deveria optar por não a realizar. Carvalho Filho explica este fenômeno. Em suas palavras:

Caracteriza pelo fato de que, em certas circunstâncias, poderia o procedimento ser realizado, mas, pela particularidade da situação, o legislador decidiu não torná-lo obrigatório. Por isso, a lei registra que “É dispensável a licitação”, numa indicação de que a licitação pode ser dispensada, ou não. Nesse aspecto, prevalece a opção do administrador no exercício de sua discricionariedade. (Carvalho Filho, 2022, p. 266)

Quanto às hipóteses citadas anteriormente, existe ainda uma divisão em dois tipos diferentes de dispensa de licitação, que é a licitação dispensável e a licitação dispensada. A primeira trata-se do que narra o artigo 75 da NLLC em todos os seus dezoito incisos e sete parágrafos, e a segunda se refere especificamente ao inciso II, do parágrafo 3º do artigo 76 da mesma lei, sendo regulada pelo parágrafo 4º do referido artigo ²⁴. É importante ressaltar que o artigo 76 da nova lei de licitações não

²⁴ Art. 76, Lei 14.133/21 – A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: § 3º A Administração poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóvel, admitida a dispensa de licitação, quando o uso destinar-se a: II - pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, de ocupação mansa e pacífica e de exploração direta sobre área rural, observado o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009. § 4º A aplicação do

dispõe em específico sobre dispensa de licitação, mas sim sobre alienação de bens da Administração pública. Por isso, a licitação dispensada é, na verdade, uma exceção, pois não está elencada no rol do artigo 75 da lei, mas, por força da norma constante no parágrafo 4º do artigo 76 da mesma lei ganha *status* de dispensa de licitação. Alguns autores reconhecem que há confusão no tocante a licitação dispensada e a inexigibilidade de licitação, a exemplo de Carvalho filho, que nos escreve:

Não custa acrescentar, por oportuno, que alguns dos casos tidos como de licitação dispensada, relativos à alienação de bens públicos, constituem, na realidade, verdadeiras hipóteses de inexigibilidade. Com efeito, no caso de permuta de imóvel público com outro de natureza privada, não há ensejo para competição, eis que é único o destinatário do contrato, o que configura situação de inexigibilidade. (Carvalho Filho, 2022, p. 266)

Quanto à doutrina, temos classificações mais aprofundadas, que derivam a depender do autor. Aproveito aqui o método de classificação de José dos Santos Carvalho Filho (2023, p. 267 – 273) que agrupa a dispensa de licitação em nove categorias: Critério de Valor; Licitação Fracassada (ou licitação deserta); Objetos Específicos; Emergência e Calamidade Pública; Pesquisa e Desenvolvimento Tecnológico; Forças Armadas e Segurança Nacional; Relações Interpessoais de Direito Público e; Área da Saúde.

O critério de valor que Carvalho Filho nos fala se refere às contratações estimadas até determinado valor. O artigo 75 da NLLC nos elenca dois valores, que são de cento e quatorze mil quatrocentos e dezesseis reais e sessenta e cinco centavos para contratações de obras e serviços de engenharia ou serviços de manutenção de veículos automotores, e a segunda que alcança cinquenta e sete mil duzentos e oito reais e trinta e três centavos e abrange outros serviços e compras. Nestes casos, a licitação é dispensável por se tratar de contratação de menor valor.

A licitação fracassada, também chamada de licitação deserta, ocorre de duas maneiras: uma é aquela onde não se consegue licitantes interessados em participar do certame. A segunda hipótese ocorre quando o processo ocorre de modo equivocado e as propostas se tornaram inválidas, seja por preços exorbitantes ao do

disposto no inciso II do § 3º deste artigo será dispensada de autorização legislativa e submeter-se-á aos seguintes condicionamentos[...].

mercado ou simplesmente maiores do que os fixados pela Administração Pública no certame. Chama-se, também, esta última de licitação frustrada.

A dispensa de licitação por objetivos específicos que Carvalho Filho nos ensina se refere a situações bastante específicas da lei. O autor ainda desdobra este conceito em outras nove subdivisões, sendo as seis primeiras encontradas no inciso IV do artigo 75 da nova lei, que dispõe sobre: manutenção de equipamentos; acordo internacional; gêneros perecíveis; resíduos sólidos urbanos; obras de arte e; organizações criminosas. As outras três encontram-se em diferentes incisos do artigo: comissão de avaliação (art. 75, XIII); associação de pessoa com deficiência (art. 75, XIV) e; intervenção no domínio econômico (art. 75, X).

O próximo critério e de maior relevância para o presente estudo é o de emergência e calamidade pública, sendo que tal critério será abordado com maior aprofundamento no decorrer deste trabalho. Sobre este conceito, Carvalho Filho expõe, em suas palavras:

É prevista no Estatuto a hipótese de dispensa de licitação nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando houver urgência no atendimento de situação suscetível de provocar prejuízo ou comprometer a regular continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens (art. 75, VIII). Nem sempre será fácil caracterizar o que é situação de emergência, visto que a noção se reveste de certo grau de subjetividade, podendo ocorrer, como já ocorreu, falta de congruência entre a valoração do administrador e a do controlador (como exemplo, auditor ou Conselheiro de Tribunal de Contas). (Carvalho Filho, 2022, p. 270)

O próximo critério adotado pelo autor é o de incentivo à pesquisa e desenvolvimento tecnológico, que permite que seja dispensável a licitação para realização de contratados de aquisição no caso de obras e serviços de engenharia relativas à pesquisa e desenvolvimento no valor de até trezentos mil reais, como consta na alínea “c”, do inciso IV, do artigo 75 da NLLC.

Quanto à dispensa relacionada às contratações com as Forças Armadas e órgãos da segurança nacional, está regulada pela alínea “g” do inciso IV, do artigo 75 da NLLC. Em relação a esses casos, a contratação de materiais de uso das Forças Armadas é dispensada quando houver necessidade de manter a

padronização requerida pelas estruturas de apoio logístico dos setores militares, havendo vedação quando se tratar de materiais de uso pessoal e administrativo.

Quanto às relações interpessoais de direito público, Carvalho filho escreve:

Uma dessas situações é a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, instituído para esse fim específico (art. 75, IX). Exige-se, no entanto, que o preço ajustado seja consonante com os praticados no mercado ou com os custos da pessoa a ser contratada. (Carvalho Filho, 2022, p. 272)

Como podemos ver na citação, se trata da situação decorrente da relação jurídica e institucional entre órgãos ou entidades públicas, havendo a quebra na relação entre público e particular e por isso dependem de disciplina específica.

E, por último, Carvalho Filho nos relata sobre a dispensa de licitação relativa à área da saúde. Aqui se faz importante ressaltar que não se pode confundir os conceitos. Ao abordarmos grandes eventos calamitosos como a pandemia de COVID – 19, entramos em questões relativas à área da saúde, mas também estamos tratando de emergência e calamidade pública. A principal diferença entre as classes de dispensa de licitação aqui em questão é que a dispensa para área da saúde não se enquadra em uma situação emergencial, mas de necessidade especial. A finalidade desta classe de dispensa é promover a aquisição de medicamentos para tratamento de doenças raras, as quais são definidas pelo Ministério da Saúde. Esta forma de dispensa de licitação está regulada no artigo 75, inciso IV, alínea “m” da Nova Lei de Licitações e Contratos.

3.2 O procedimento da contratação direta

Para que haja celebração de contratos entre o ente público e o particular nas modalidades de contratação direta é necessário que o procedimento previsto seja realizado sem vícios e desrespeitos à norma jurídica vigente. Traçando um breve comparativo entre as leis antiga e nova de licitações, no tocante ao processo de

contratação direta, veremos que houve grande alteração com a atualização da norma jurídica. A lei 8.666/93(Brasil, 1993) dispunha apenas em seu artigo 26 sobre o procedimento para contratação direta, o qual regulamenta:

Art. 26, Lei 8.666/93 – 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. (Brasil, 1993)

Já a lei 14.133/21(Brasil, 2021) dispõe de uma seção maior intitulada de “Do Processo de Contratação Direta”, elencando os documentos necessários para sua realização em seu artigo 72²⁵.

Mesmo havendo a dispensa de licitação é necessário que a Administração confeccione os documentos indicados no art. 72 da NLLC, sendo assim, pode-se dizer que a necessidade de licitar foi afastada pela dispensa, mas não a necessidade de justificar a escolha pela contratação. Rafael Carvalho Rezende Oliveira usa a expressão “procedimento competitivo simplificado e célere” para indicar o procedimento da contratação direta. Em suas palavras:

Verifica-se, assim, que a contratação direta por dispensa de licitação envolve uma espécie de procedimento competitivo simplificado e célere, no qual a Administração Pública realizará a coleta de propostas no mercado e selecionará a mais vantajosa. (Oliveira, 2023, p. 472)

²⁵ Art. 72, Lei 14.133/21 – 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.

O artigo 72 da NLLC inicia citando em seu inciso primeiro a necessidade de haver “documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo” (Brasil, 2021). No Anexo A do presente trabalho temos um exemplo de documento de formalização de demanda do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo.

Quanto ao estudo técnico preliminar, este tem por objetivo certificar que há a real necessidade de realizar a contratação, assegurando as condições de atendê-la e garantindo que os riscos presentes são gerenciáveis e que a Administração Pública alcançará os resultados desejados. Em outras palavras, é o estudo técnico preliminar que fará com que o gestor público avalie se deve prosseguir com a contratação ou não, pois, não havendo este estudo, a Administração se arrisca a realizar uma contratação de forma ineficiente ou ainda ineficaz, podendo vir a despender recursos financeiros, esforço administrativo e tempo. Podemos ver esse conceito sobre estudo técnico preliminar no Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação, do TCU (Brasil, 2012).

Ademais, temos a própria definição da lei sobre estudo técnico preliminar, que consta no artigo 6º da NLLC:

Art. 6º, Lei 14.133/21 – Para os fins desta Lei, consideram-se: XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação. (Brasil, 2021)

A análise de riscos de que fala o artigo 72 da lei 14.133/21 é na verdade parte do estudo técnico preliminar, juntamente com o documento de formalização de demanda. Apesar de a lei antiga não tornar obrigatória a confecção da análise de riscos diferentemente da NLLC, a prática da produção de documento analisando os riscos da contratação por parte da Administração Pública com o particular já existia antes do surgimento da lei 14.133/21, pois se trata de um documento útil para todo

tipo de empresa no tocante às contratações e compras. Ou seja, a nova lei somente tornou obrigatória a confecção do documento de análise de riscos e sua publicação no procedimento de contratação direta.

Quanto ao termo de referência, temos uma breve definição de sua funcionalidade no decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, lei que aprova o regulamento para pregão. Em seu anexo I (regulamento da licitação na modalidade de pregão) artigo 8º, incisos I e II, está definido:

Decreto 3.555/00, Anexo I, Art. 8º. I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência; II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato; (Brasil, 2000b)

A lei 8.666/93 não possuía definição relativa a termo de referência, ao passo que, a lei 14.133/21 traz, em seu artigo 6º, inciso XXIII, um extenso elenco de parâmetros e elementos descritivos que o termo deve conter. Estes elementos basicamente se resumem em: definição do objeto; fundamentação da contratação; descrição da solução como um todo; requisitos da contratação; modelo de execução do objeto; modelo de gestão do contrato; critérios de medição e de pagamento; forma e critérios de seleção do fornecedor; estimativas do valor da contratação e; adequação orçamentária (Brasil, 2021).

O projeto básico está definido no inciso XXV do mesmo artigo já citado. Trata-se de um documento geralmente maior que os anteriormente citados, pois, inclui informações mais detalhadas e precisas, como o próprio texto legal preconiza:

Art. 6º, Lei 14.133/21: XXV – projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução[...] (Brasil, 2021)

Ao definir a obrigatoriedade de elaboração de projeto básico, o legislador buscou evitar que houvesse necessidade de reformulação ou variação no tocante a valores e qualidade de materiais no decorrer de obras, por exemplo, o que anteriormente era comum, gerando grande prejuízo à sociedade. Em situações assim, ocorria seguidamente o embargo da obra, deixando-a inacabada, ou ainda abria brecha para ocorrência de ilegalidades.

Quanto ao projeto executivo, se traçarmos um breve comparativo entre a definição da lei antiga com a nova, veremos que a nova lei especifica de forma mais pormenorizada os elementos necessários à formulação do projeto. A lei antiga dispõe em seu artigo 6º, inciso X, que o projeto básico se trata de “o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT” (Brasil, 1993), enquanto que na NLLC, o artigo 6º discorre em seu inciso XXVI o seguinte:

Art. 6º, Lei 14.133/21: XXVI – projeto executivo: conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes; (Brasil, 2021)

Percebemos, com isso, que o projeto executivo funciona como espécie de complemento ao projeto básico, com intuito de assegurar ainda mais o bom andamento na execução do objeto do contrato, seja na obra de engenharia ou serviço contratado.

Em suma, ao analisarmos as peculiaridades dos documentos previstos em lei para instrução do procedimento, podemos perceber que o uso do termo de referência se destina a contratação de bens e serviços comuns, enquanto que os projetos básico e executivo se destinam a contratação de obras e serviços de engenharia.

3.3 Responsabilidade administrativa e penal

Como já visto anteriormente, a licitação pública é composta por variados atos administrativos e decisões tomadas por diversos agentes públicos. Será exposto neste tema as regulamentações contidas na norma relativas à responsabilidade dos agentes públicos e dos licitantes. Ademais, também faremos um breve comparativo entre lei antiga e lei nova no que tange à responsabilidade administrativa e penal das partes contratantes.

A primeira aparição do termo responsabilidade na lei 8.666/93 está em seu art. 7º, parágrafo 6º, onde consta que “a infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa” (Brasil, 1993), portanto, o dispositivo a que se refere o parágrafo 6º é o caput do artigo 7º, regulando que “as licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: I - projeto básico; II - projeto executivo; III - execução das obras e serviços.” (Brasil, 1993). Ou seja, o legislador deixa claro que é fundamental respeitar a ordem dos itens elencados no artigo.

Ao falar em responsabilidade de quem lhes tenha dado causa, o legislador se refere à autoridade competente por concluir e aprovar os referidos itens anteriormente. Trata-se do agente público disposto pela Administração Pública como autoridade máxima do órgão ou entidade. Atualmente, com o texto mais atualizado da nova lei de licitações temos maior certeza disto, pois no artigo art. 7º da NLLC está disposto:

Art. 7º, Lei 14.133/21: – Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos[...] (Brasil, 2021)

Em contrapartida, no tocante às compras, a lei antiga dispunha de maior vigor ao normatizar em seu art. 14 que “Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu

pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa” (Brasil, 1993), ao passo que, a NLLC não dispõe em seu texto de norma tão contundente em relação às compras.

No art. 25 da lei de 1993 temos o estabelecimento da responsabilidade solidária no caso de superfaturamento. Como podemos ver no texto legal: “se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis” (Brasil, 1993).

A mesma regra temos na nova lei, no seu art. Art. 73²⁶, porém, com algumas atualizações. No caso, a NLLC encaixa o regramento jurídico dentro do capítulo que trata sobre contratação direta, e ao invés de citar “superfaturamento” usa a expressão “contratação direta indevida”, gerando a falsa impressão de que se perdeu a proteção jurídica contra o superfaturamento.

Porém, a nova lei de licitações, diferentemente da lei antiga, conta com uma norma que acrescentou um capítulo no Decreto-Lei nº 2.848/40 (código penal), o Capítulo II-B, que trata dos crimes em licitações e contratos administrativos (Brasil, 1940). Este capítulo foi acrescido ao Título XI do código penal, responsável por tratar dos crimes contra a administração pública.

Se faz importante elencar aqui, mesmo que de forma resumida, quais os crimes que a atualização da lei trouxe. São eles, respectivamente, a partir do art. 337-E até o art. 337-P, do Código Penal: Contratação direta ilegal; Frustração do caráter competitivo de licitação; Patrocínio de contratação indevida; Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo; Perturbação de processo licitatório; Violação de sigilo em licitação; Afastamento de licitante; Fraude em licitação ou contrato; Contratação inidônea; Impedimento indevido e; Omissão grave de dado ou de informação por projetista. (Brasil, 1940)

Não obstante, é importante salientar que existe, também, na lei 14.133/21 um capítulo intitulado de “meios alternativos de resolução de controvérsias”, que tem por finalidade trazer a possibilidade de resolução de conflitos entre particular e

²⁶ Art. 73, Lei 14.133/21 – Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

administração pública por meio de conciliação, mediação e arbitragem, como consta no art. 151 da NLLC:

Art. 151, Lei 14.133/21 – Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. (Brasil, 2021)

Isto posto, faz-se importante evidenciar que a nova lei também dispôs de um rol de artigos para elencar as infrações e sanções administrativas, trata-se do capítulo I do Título IV, este último intitulado de “Das Irregularidades” (Brasil, 2021). O capítulo inicia com o art. 155 já elencando as infrações pelas quais o licitante e o contratado serão responsabilizados administrativamente em caso de seu cometimento. São elas:

Art. 155, Lei 14.133/21: I - dar causa à inexecução parcial do contrato; II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III - dar causa à inexecução total do contrato; IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame; V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. (Brasil, 2021)

Como já vimos anteriormente, a lei nº 12.846/13 que está citada no último inciso do artigo 155 regulamenta a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas por prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira, e seu artigo 5º elenca quais são os atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira.

No art. 156 da nova lei de licitações temos o rol taxativo de sanções administrativas que serão aplicadas aos licitantes que cometerem os atos ou

omissões que estão dispostos no artigo 155 da mesma lei. Faço destaque aqui a cinco parágrafos do artigo 156, os parágrafos 2º, 3º, 4º, 5º e 6º. Estes parágrafos versam sobre cada uma das sanções dispostas anteriormente.

O parágrafo 2º prevê que “a sanção prevista no inciso I do caput deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave” (Brasil, 2021). A sanção de que fala o parágrafo é a advertência, cuja aplicação, como podemos ver, será apenas no caso de o contratado pela Administração Pública dar causa à inexecução parcial do contrato.

De igual modo, o parágrafo 3º:

Art. 156, Lei 14.133/21: § 3º – A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei. (Brasil, 2021)

A sanção de que fala o parágrafo 3º é a multa, que será aplicada a qualquer infração administrativa prevista no artigo 155 da NLLC.

No parágrafo 4º temos o seguinte disposto:

Art. 156, Lei 14.133/21: § 4º – A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos. (Brasil, 2021)

A sanção prevista no parágrafo 4º é o impedimento de licitar e contratar com o ente público que impôs a sanção durante três anos, desde que não caiba estipulação de penalidade mais grave. Este parágrafo se aplicará aos casos de inexecução parcial de contrato resultante em grave dano à Administração Pública; inexecução total de contrato; não entrega de documento obrigatório ao certame do

processo licitatório; não manter a proposta (com exceção de fato superveniente justificável); não celebração de contrato ou não entrega de documentos necessários dentro do prazo de validade para a realização da contratação quando convocado e; retardar entrega ou execução do objeto da licitação sem justificativa cabível. (Brasil, 2021).

O parágrafo 5º do art. 156 da NLLC elenca as infrações que serão punidas com declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Aqui cabe ressaltar que dentre elas estão as mesmas infrações do parágrafo 4º, porém, que caibam penalidade mais grave. Para entendermos melhor este fenômeno é necessário atentar para o parágrafo 1º do art. 156 da nova lei e seus incisos, os quais expõem como é feita a classificação de gravidade das infrações. O parágrafo 1º assim prevê:

Art. 156, Lei 14.133/21: § 1º – Na aplicação das sanções serão considerados: I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - as peculiaridades do caso concreto; III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública; V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle. (Brasil, 2021)

Entretanto, o parágrafo 5º do art. 156 inclui ainda demais práticas que fazem jus à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Como podemos ver em seu texto:

Art. 156, Lei 14.133/21: § 5º – A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos. (Brasil, 2021)

As demais infrações que estão descritas desde o inciso VIII até o inciso XII constituem: apresentar declaração ou documentação durante o certame, a licitação ou execução do contrato; fraudar a licitação ou a execução do contrato; cometer

fraude ou inidoneidade; praticar ilicitude com objetivo de frustrar a licitação e; praticar qualquer dos atos previstos no art. 5º da Lei 12.846/13 (Brasil, 2021).

Por último temos o inciso 6º do art. 156 da nova lei. Este, por sua vez, elenca que “a sanção estabelecida no inciso IV do caput deste artigo será precedida de análise jurídica” (Brasil, 2021) e dispõe em seus incisos as regras para que se conduza a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar do licitante infrator.

As consequências da declaração de inidoneidade para licitar variam entre o texto da lei antiga e o texto da nova. Na lei 8.666/93 temos o seguinte:

Art. 87, Lei 8.666/93 – Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. (Brasil, 1993)

Analisando as diferenças entre a norma da lei nova e antiga, percebemos que a lei de 1993 não estabelece limite temporal para a duração da sanção, enquanto que a lei de 2021 dispõe de um prazo entre 3 e 6 anos para o impedimento do licitante. Maria Sylvia Zanella Di Pietro reforça as diferenças entre as penas de suspensão e declaração de inidoneidade no contexto da lei antiga:

Enquanto a pena de suspensão não pode ultrapassar dois anos, a de declaração de inidoneidade não tem um limite preciso definido na lei. Apesar da má redação do inciso IV do artigo 87, deduz-se que o limite mínimo é de dois anos, já que a lei, na parte final do dispositivo, emprega a expressão após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior; o limite máximo é a data em que ocorrer a reabilitação, ou seja, quando, após decorridos dois anos, o interessado ressarcir os prejuízos causados à Administração[...] (Pietro, 2023, p. 309)

Para concluirmos, a responsabilidade nos âmbitos administrativo e penal possuem uma linha tênue, como podemos ver. Tendo em vista que a contratação entre o ente público e o particular é constituída por uma verticalidade oriunda do

princípio do interesse público, onde o interesse do particular vem após o interesse da Administração Pública, é perceptível que no processo licitatório haja maior tendência a responsabilização do particular licitante.

4. ATUAIS CONSEQUÊNCIAS DA DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA

O instituto da dispensa de licitação por emergência se trata da norma jurídica constante, em específico, nos incisos IV, do art. 24 da lei 8.666/93 e VIII, do art. 75 da lei 14.133/21, como já vimos anteriormente neste trabalho.

Porém, para que se tenha um bom entendimento de sua importância, é necessário primeiramente conhecer o funcionamento da licitação como um todo, seus princípios, seu processo na forma comum e na forma de exceção por contratação direta, entender a diferença entre inexigibilidade e dispensa de licitação, para então compreender como ocorre a dispensa de licitação no caso específico da ocorrência de emergência ou calamidade pública.

4.1 Uso da dispensa de licitação em contratações emergenciais

A contratação direta por parte da Administração com o particular no caso de emergência ou de calamidade pública ocorre por meio de dispensa de licitação. Como vimos anteriormente no presente trabalho, a diferença entre dispensa e inexigibilidade está no fato de que a dispensa foi criada a partir da vontade do legislador em dispensar determinadas situações de contratação que, naturalmente, ocorreriam por meio de licitação, e a inexigibilidade teria espaço quando fosse impossível a ocorrência de competição em um processo licitatório comum.

Por mais anedótico que pareça, uma situação de emergência ou calamidade pública não exclui por si só a possibilidade de haver competição entre licitantes, no entanto, se fosse obrigatório haver todo um processo licitatório em meio a uma emergência pública os prejuízos para a sociedade brasileira seriam enormes. Não obstante a isto, as regras do Direito Administrativo são de âmbito federal, ou seja, mesmo que qualquer ente federativo optasse por alterar o funcionamento da dispensa de licitação emergencial dentro de suas jurisdições, este instituto não seria alterado por força de lei.

Infelizmente, a dispensa de licitação em si, expõe grandemente a Administração Pública a uma situação de fragilidade frente à prática de irregularidades, enquanto que nas situações onde a população mais necessita de recursos, materiais e serviços, o erário público inevitavelmente fica exposto à prática de corrupção.

A norma que regula a dispensa emergencial busca proteger o bem estar social criando algumas exceções relativas aos contratos administrativos em geral, por exemplo, como podemos ver no art. 137 da NLLC a regulamentação das hipóteses de extinção dos contratos;

Art. 137, Lei 14.133/21 – Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: § 3º As hipóteses de extinção a que se referem os incisos II, III e IV do § 2º deste artigo observarão as seguintes disposições: I – não serão admitidas em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído. (Brasil, 2021)

As hipóteses a que se refere o parágrafo 3º do art. 137 são, respectivamente:

Art. 137, Lei 14.133/21: §2º – O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses: II - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses; III - repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas; IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos. (Brasil, 2021)

Como vemos neste trecho da lei, o legislador busca defender a manutenção do objeto do contrato quando surpreendido por situação de caráter emergencial. Para isso, a lei retira a possibilidade de extinção contratual por interesse do particular, quando da ocorrência de suspensão de execução por parte da administração; suspensão superior a noventa dias e; atraso de pagamentos superior a dois meses por parte da Administração Pública.

Outra proteção especial aos contratos em geral que podemos ver na nova lei é a norma do art. 141, que se refere à ordem dos pagamentos por parte da Administração aos seus contratados. A lei assim dispõe:

Art. 141, Lei 14.133/21 – No dever de pagamento pela Administração, será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos: I - fornecimento de bens; II - locações; III - prestação de serviços; IV - realização de obras. § 1º A ordem cronológica referida no caput deste artigo poderá ser alterada, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente, exclusivamente nas seguintes situações: I - grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública; (Brasil, 2021)

Como visto, a situação de emergência e calamidade pública é permeada por diversas exceções, principalmente no que tange aos direitos do particular contratante. Isto ocorre, como já citado, devido a verticalidade de poder do princípio do interesse público, onde, uma situação de emergência e calamidade pública representa o maior risco ao interesse público, pois afeta diretamente a integridade da sociedade como um todo.

A lei anterior, 8.666/93, quanto às exceções de caráter emergencial não está muito aquém da lei mais atualizada. Houve pequenas alterações, de fato, porém a proteção quanto a extinção de contrato ainda está presente, como podemos ver no inciso XIV do art. 78 da lei, artigo que trata dos motivos de rescisão de contrato:

Art. 78, Lei 8.666/93 – Constituem motivo para rescisão do contrato: XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação. (Brasil, 1993)

Ademais, a antiga lei também faz referência aos atrasos de pagamentos, no inciso seguinte:

Art. 78, Lei 8.666/93 – Constituem motivo para rescisão do contrato: XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação. (Brasil, 1993)

De antemão, importa esclarecer que tanto nos art. 137 e 141 da NLLC e 78 da lei antiga, quando o texto discorre sobre casos de emergência ou calamidade pública, estes não estão restritos apenas aos contratos oriundos por dispensa de licitação. Ou seja, a validade do artigo se estende a qualquer contrato administrativo, seja ele oriundo de licitação ou contratação direta. Porém, os artigos citados possuem relevância no presente estudo, tendo em vista que demonstram o caráter gerador de excepcionalidades jurídicas que têm a emergência e a calamidade pública.

Todavia, evidenciou-se que a lei pouco dispõe sobre definição de calamidade pública e situação de emergência, redirecionando-nos à pesquisa na doutrina. Aqui me faço valer da breve classificação de emergência utilizada pelo autor José dos Santos Carvalho Filho, que designa dois tipos de emergência, a real e a potencial. Em suas palavras:

A emergência pode ser classificada em duas modalidades: a emergência real e a potencial. A emergência real é aquela que se verifica após a ocorrência de um evento destrutivo, requerendo reparações. De outro lado, emergência potencial é aquela que decorre do prenúncio ou iminência de um fato danoso ou perigoso, tornando-se urgente a adoção de providências para impedir ou prevenir os efeitos do evento. (Carvalho Filho, 2022, p. 270)

Concluimos assim que, o uso do instituto da dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública constitui caráter de exceção, tendo em vista sua motivação, que visa manter a continuidade dos serviços públicos e a segurança da sociedade em geral mesmo em meio a situações de catástrofes, sejam elas sanitárias, como a recente pandemia causada pelo coronavírus, meteorológicas, a exemplo das enchentes ocorridas ainda esse ano no Vale do rio Taquari, no estado

do Rio Grande do Sul, e demais situações onde se cumpra o descrito nos artigos 24, inciso IV, da antiga lei de licitações ou no 75, inciso VIII, da NLLC.

4.2 Análise de caso em específico

O presente capítulo busca investigar de maneira breve um caso onde foi realizada contratação direta mediante dispensa de licitação por emergência e calamidade pública. Vale ressaltar que diversas são as possibilidades de ocorrências de calamidade pública e de crises emergenciais.

Ademais, as definições jurídicas de situação de emergência e calamidade pública na qual a lei 14.133/21 se baseava quando foi escrita constavam no decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010, que foi recentemente revogado pelo decreto nº 11.219, de 5 de outubro de 2022, o qual não trouxe em seu texto nenhuma das respectivas definições. O art. 2º do decreto regulava, em seus incisos III e IV o seguinte:

Art. 2º, Decreto 7.257/10 – Para os efeitos deste Decreto, considera-se: III - situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido; IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido. (Brasil, 2010)

O caso a ser analisado será de uma contratação emergencial realizada pela Prefeitura Municipal de Lajeado, município no interior do estado do Rio Grande do Sul, que foi recentemente afetado por chuvas intensas iniciadas por volta do dia 02 de setembro do corrente ano, elevando o nível do rio Taquari e ocasionando enchente no município. Devido a esta enchente, resultou que a escola municipal de educação infantil Risque e Rabisque sofreu perda total de seus móveis, necessitando realizar compra emergencial de mobília para manter suas atividades em funcionamento. Segue fundamentação constante no termo de referência da contratação:

Termo de referência da ata de dispensa de licitação 134-03/2023, Prefeitura de Lajeado/RS: A aquisição emergencial se faz necessária para que a Emei Risque e Rabisque seja contemplada com os móveis sob medidas, necessários às atividades diárias e para que possa realizar de forma plena o atendimento às crianças no educandário, uma vez que teve perda total dos móveis e equipamentos devido a enchente do Rio Taquari, em 05/09/2023, conforme Decreto Calamidade Pública nº 13421/2023. (Lajeado, 2023c)

Todavia, a contratação teve fundamento legal com base no Decreto de Calamidade Pública nº 13421/2023, realizado pela Prefeitura de Lajeado, o qual dispôs em seu 6º artigo:

Art. 6º, Decreto nº 13.421/23 – Art. 6º De acordo com o inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666 de 21.06.1993 e/ou inciso VIII do artigo 75 da Lei n.º 14.133/2021, sem prejuízo das restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), em situação emergência, se necessário, ficam dispensados de licitação os contratos de aquisição de bens necessários às atividades de resposta ao desastre, de prestação de serviços e de obras relacionadas com a reabilitação dos cenários dos desastres, desde que possam ser concluídas no prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados a partir da caracterização do desastre, vedada a prorrogação dos contratos. Acerca de causas e consequências de eventos adversos, registramos interpretação do TCU, que firmou entendimento, por meio da Decisão Plenária 347/1994, “de que as dispensas de licitação com base em situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, somente são admissíveis caso não se tenham originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, desde que não possam, em alguma medida, serem atribuídas à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação”. (Brasil, 2023a)

À primeira vista já podemos perceber que o decreto reforça a norma federal que regulamenta a dispensa emergencial, tendo em vista que o decreto municipal de calamidade pública possui força normativa e competência para tal. Assim, o município de Lajeado, ao contratar sem licitação está amparado por ambas as normas, federal e municipal.

Ademais, trazemos aqui para análise o documento de formalização de demanda da referida contratação, onde consta:

Ata de dispensa de licitação 134-03/2023, Prefeitura de Lajeado/RS: A pesquisa de preços para obtenção do menor preço foi efetuada pela Secretaria requerente, levando em consideração as peculiaridades permissivas da lei. Assim, indica-se a contratação da empresa MO MONTE INDUSTRIA DE MOVEIS LTDA, CNPJ nº22.320.945/0001-23 ao valor total de R\$75.900,00 (setenta e cinco mil e novecentos reais). Desta forma, havendo dotação orçamentária, entendemos que as exigências legais estão contempladas, podendo a contratação ser feita mediante dispensa de licitação, com base no Art. 75, VIII, da Lei 14.133/21, devendo esta ser publicada no Diário Oficial do Município. Nada mais havendo, lavrou-se a presente ata que vai assinada pelo Prefeito do Município de Lajeado/RS. (Lajeado, 2023b)

Com a leitura da ata de dispensa de licitação e seu termo de referência, visualizamos a constância de elementos requisitados no art. 72 da NLLC, dentre eles a estimativa de despesa, a demonstração de compatibilidade orçamentária, a justificativa de preço e a publicização obrigatória de que regula o artigo. Não obstante, temos publicado no sítio eletrônico do PNCP juntamente ao documento de formalização de demanda, o orçamento realizado pela empresa contratada, a Móvelmonte indústria de móveis LTDA e, o termo de referência da contratação em questão.

Ainda assim, o termo de referência aponta, como consta na lei e já citado anteriormente, os elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração Pública e demais especificações.

Nesse sentido, imaginemos que a mesma escola de educação infantil decidisse por comprar móveis novos sem haver o caráter emergencial e a situação de calamidade pública legitimamente estabelecida. Para isto, seria necessário a instauração de um processo licitatório, como vimos no decorrer do presente estudo. O fato de a referida contratação possuir um valor total de R\$ 75.900,00, não permitiria o uso da dispensa de licitação por critério de valor, onde as contratações para compras e serviços em até cinquenta e sete mil duzentos e oito reais e trinta e três centavos estão dispensadas.

Com disso, seria necessário que a Administração Pública, no caso em questão representada pela Prefeitura Municipal de Lajeado, formalizasse a requisição de objeto com vistas a iniciar o processo licitatório, onde haveria competição entre os particulares interessados e haveria uma maior demanda de tempo para realização do processo.

Em um caso de situação típica, onde não há ameaça ao funcionamento do serviço público, o processo licitatório completo é a melhor opção por se tratar de um instituto mais seguro juridicamente, dispondo de mais fases onde a Administração Pública pode fiscalizar tanto seus agentes como os licitantes para que se evite atos de improbidade e demais irregularidades.

No entanto, como a contratação realizada no caso em análise possuía caráter emergencial, realizar um procedimento completo sem a dispensa iria de encontro aos princípios da motivação, eficácia e, conseqüentemente, da eficiência, tendo em vista que prejudicaria o serviço ofertado ao público em detrimento de uma economicidade muito pequena frente ao dano causado pela situação de calamidade instaurada. Com isso, concluímos que foi benéfica a utilização dos procedimentos trazidos pela Nova Lei de Licitações e Contratos ao caso de dispensa de licitação da EMEI Risque e Rabisque, não só por respeitar a legalidade trazendo segurança jurídica para a Administração Pública e empresa contratada, mas também por propiciar a manutenção do serviço público que, com certeza, demoraria mais para voltar a atividade se utilizado o processo licitatório convencional.

4.3 Consequências da aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos em dispensa de licitação emergencial

No decorrer do presente trabalho foi possível perceber que o legislador buscou, com a Nova Lei de Licitações e Contratos, dificultar a ocorrência de ilegalidades de ambos os lados, tanto por parte da Administração Pública como do particular licitante.

Para isso, acrescentou a lei 14.133/21 novos artigos ao Código Penal, com vistas a aumentar a gravosidade dos agora intitulados “Crimes licitatórios”, que anteriormente compunham o rol da lei 8.666/93 na seção intitulada de “Dos crimes e das penas”. Como constante nos respectivos textos legais, a penalidade dos delitos foi agravada, a exemplo dos artigos 89 da lei 8.666/93, já revogado, e 337-E do Código Penal: Art. 89, Lei 8.666/93 – “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.” (Brasil, 1993)

Em contrapartida, o artigo do código penal aumenta a pena e se torna um pouco mais abrangente em sua terminologia: Art. 337-E, Decreto-lei 2.848/40 – “Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.” (Brasil, 1940).

Não obstante, a nova lei conta com vinte e dois princípios licitatórios, enquanto a lei antiga dispunha de apenas de oito. O efeito jurídico deste fenômeno é um tanto vago, tendo em vista que muitos dos princípios trazidos pela nova lei são meramente diretrizes orientadoras para o processo licitatório, como podemos ver nas palavras de Irene Nohara:

Apesar de muitos conteúdos serem previstos “como se” tivessem natureza jurídica de princípios, na realidade alguns acréscimos são, no fundo, diretrizes que orientam a gestão das licitações e dos contratos e não propriamente princípios, a exemplo dos seguintes conteúdos: planejamento, segregação de funções e desenvolvimento nacional sustentável. Mas, como houve a estruturação legal nessa categoria, serão temas abordados no item de princípios, não obstante a necessidade de se fazer a ressalva (Nohara, 2023, p. 308)

Portanto, a nova lei possui uma organização mais precisa do que a lei antiga quanto aos temas das normas. No caso, a seção I, do capítulo I, intitulada de “Dos Princípios” na lei de 1993 elenca normas que não dispõem apenas de princípios licitatórios, deixando uma lacuna jurídica que consiste na seguinte dúvida: todos os artigos constantes na seção I do primeiro capítulo, do art. 1º ao 5º, possuem força normativa de princípio ou somente os constantes no art. 3º da lei, onde precisamente o texto legal utiliza a expressão princípios e ali os elenca?

Por outro lado, o aumento significativo dos princípios licitatórios na NLLC também deixa uma lacuna jurídica no fato de que nem sempre é possível haver harmonia entre todos os princípios como vimos anteriormente no caso analisado, por vezes ocorre de um princípio ser sacrificado em prol da utilização de outro.

Naturalmente, isso ocorre na dispensa de licitação, onde o princípio da competitividade não se aplica, dando espaço aos princípios da razoabilidade, da eficiência, da motivação, interesse público, entre outros.

No tocante ao processo licitatório, também há diferenças entre as leis antiga e nova. Primeiramente, a lei antiga trata do assunto como “Do Procedimento e Julgamento”, a partir do art. 38²⁷, enquanto que a lei nova já trata como “Do Processo Licitatório”, iniciando-o no art. 11. Quanto ao processo, uma inovação que resultou da atualização legislativa foi a exclusão da modalidade convite e a inclusão da modalidade diálogo competitivo. Quanto a isto, maiores foram as alterações quanto às expressões, não resultando em mudanças muito significativas.

Um exemplo de alteração no processo foi a fase de convocação ao instrumento convocatório, atualizada para convocação ao edital, tendo em vista que o edital se tornará o único instrumento convocatório no processo licitatório, como já discorrido anteriormente no trabalho.

Quanto à abordagem da contratação direta, a lei antiga novamente se torna desorganizada, se comparada à lei mais moderna. Temos as normas relativas à contratação direta na seção I, do Capítulo II, da lei 8.666/93. Capítulo com o título de “da licitação” e seção intitulada “Das Modalidades, Limites e Dispensa”, iniciando no art. 20 e se estendendo até o art. 26. A lei antiga optou por mesclar as modalidades de licitação com as de contratação direta, ao passo que, a NLLC já buscou dispor a contratação direta em uma seção específica para tal. Trata-se do capítulo VIII “Da Contratação Direta”, muito mais específico para o tema.

Contudo, ocorre que, a lei de 1993 é mais limitada que a lei nova, principalmente na regulamentação das contratações diretas. Este fenômeno se torna

²⁷ Art. 38, lei 8.666/93 – 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: I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso; II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite; III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite; IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem; V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora; VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade; VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação; VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões; IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente; X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso; XI - outros comprovantes de publicações; XII - demais documentos relativos à licitação.

visível ao comparar o rol de artigos sobre procedimentos da contratação direta de ambas as leis. A lei antiga dispõe de um parágrafo e quatro incisos apenas para regulamentar o procedimento da contratação, os quais exigem um elenco de documentos menos detalhados, se comparados com os documentos exigidos pela NLLC em seu art. 72, que conta com o caput, oito incisos e um parágrafo único.

O comparativo entre as normas regulamentadoras do procedimento da contratação direta foi realizado e exposto no item 3.2 deste trabalho, intitulado de “O procedimento da contratação direta”. Podemos concluir com tal comparativo que, as consequências da atualização da norma para o instituto da contratação direta foram extremamente positivas.

Primeiramente, pois a exigência de documentos mais padronizados e com divulgação em sítio eletrônico específico, de que fala o parágrafo único do art. 72 da lei 14.1333/21, resulta em uma forte proteção jurídica frente aos atos de improbidade e corrupção que muito ocorriam pela falta de exigência da lei antiga, quanto ao detalhamento pormenorizado da documentação necessária e divulgação dos atos administrativos da contratação direta.

Ademais, ao discorrer sobre as consequências da atualização legislativa em relação ao instituto específico da dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública, percebemos que não houveram grandes alterações. Porém, as duas inovações que temos no texto da nova lei é de que, anteriormente, o instituto permitia a contratação para obras e serviços que poderiam ser concluídos em no máximo 180 dias consecutivos e ininterruptos contados da ocorrência da emergência ou calamidade, sendo vedada a prorrogação dos respectivos contratos, de acordo com o art. 24, inciso IV da lei antiga (Brasil, 1993). Ao passo que a lei nova estendeu o prazo para um ano, e adicionou que seriam vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso, texto do art. 75, inciso VIII, da NLLC (Brasil, 2021)

Sendo assim, concluímos que, se tornou nítido o fato de a atualização normativa que trouxe maiores benefícios para o erário público e a sociedade foi a nova disposição sobre os procedimentos da contratação direta em geral. Nota-se que o processo é o mesmo para todas as situações de contratação direta, alterando apenas a motivação da contratação, que se trata de questão principiológica.

Com a obrigatoriedade de o processo ocorrer somente com a apresentação dos novos documentos exigidos e sua devida publicação em site oficial, como vimos no caso analisado da calamidade pública no município de Lajeado/RS, a tendência é de diminuição nos casos de irregularidades como desvio de recursos, superfaturamento, improbidade administrativa e corrupção ativa e passiva.

Por fim, a conclusão em relação a nossa problemática é de que a modalidade de dispensa de licitação por emergência, se valendo das normas atualizadas na nova lei, atende aos princípios licitatórios contribuindo fortemente com o respeito à legalidade, o interesse público e a eficiência, tendo em vista sua disposição que contribui no combate à corrupção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da abordagem realizada nos capítulos anteriores, é possível concluir que a análise da Dispensa de Licitação por Emergência à luz da Nova Lei de Licitações e Contratos é crucial para compreender as transformações e desafios no cenário das contratações públicas no Brasil. A transição legislativa em andamento, com a revogação da Lei 8.666/93 e a vigência exclusiva da Lei 14.133/21, adiciona complexidade ao tema, destacando a importância de estudos específicos sobre a dispensa de licitação em situações emergenciais.

Ao revisitar as leis que compõem o arcabouço normativo das licitações, desde o Brasil Império até as legislações mais recentes, observamos a evolução histórica desse instituto. A análise comparativa entre a legislação anterior e a atual proporciona um entendimento mais amplo das mudanças introduzidas pela Nova Lei de Licitações e Contratos, enriquecendo a discussão sobre a efetividade e legalidade da dispensa de licitação por emergência.

A investigação sobre a aplicação dos princípios da eficiência e legalidade, conforme proposto pela Nova Lei, revela-se relevante. Verificamos que o estudo não apenas responde à problemática inicial, mas também contribui para a identificação de lacunas e melhorias no sistema de contratações públicas.

A compreensão das nuances específicas da dispensa de licitação por emergência ganha destaque, permitindo uma análise mais precisa de como essas situações são tratadas à luz da legislação vigente.

No contexto do problema de pesquisa proposto, a abordagem nos capítulos específicos possibilitou uma análise mais detalhada da aplicação da dispensa de licitação por emergência, oferecendo uma visão mais clara das implicações práticas e jurídicas. A comparação entre as leis, embasada em jurisprudência e doutrina, permitiu uma contextualização precisa das mudanças e desafios enfrentados no atual cenário.

Ao final, este trabalho não apenas responde ao problema de pesquisa sobre a aplicação da dispensa de licitação por emergência no Brasil, mas também contribui para a discussão contínua sobre a eficiência e legalidade das contratações públicas

no país. O estudo representa uma valiosa fonte de conhecimento para profissionais do Direito Administrativo, gestores públicos e demais interessados no aprimoramento do sistema de licitações e contratos no Brasil.

REFERÊNCIAS

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 6 jul. 2023.

Brasil. **Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 08 out. 2023

Brasil. **Decreto-Lei nº 2300 de 21 de novembro de 1986**. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2300-86.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20contratos%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=Art%201%C2%BA%20Este%20decreto%20Lei,Administra%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20centralizada%20e%20aut%C3%A1rquica. Acesso em: 08 out. 2023.

Brasil. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 17 nov. 2023.

Brasil. **Decreto-Lei nº 4.536 de 28 de janeiro de 1922**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1922. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4536-1922.htm#:~:text=2%C2%BA%20A%20Directoria%20Central%20de,funcionarios%20designados%20para%20esse%20fim. Acesso em: 08 out. 2023.

Brasil. **Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862**. Rio de Janeiro, RJ: Palácio do 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>. Acesso em: 7 out. 2023.

Brasil. **Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000**. Brasília, DF: Presidência da República, 2000b. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3555.htm. Acesso em: 16 nov. 2023.

Brasil. **Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010**. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7257.htm. Acesso em: 18 nov. 2023.

Brasil. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 07 out. 2023.

Brasil. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 7 out. 2023.

Brasil. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

Brasil. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 7 out. 2023.

Brasil. **Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968**. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5456.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%205.456%2C%20DE%2020%20DE%20JUNHO%20DE%201968.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20aos,Administrativa%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 08 out. 2023.

Brasil. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 05 out. 2023.

Brasil. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Brasília, DF: Presidência da República, 2000a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 24 out. 2023.

Brasil. **Medida Provisória nº 1.167, de 31 de março de 2023**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/mpv/mpv1167.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%201.167%2C%20DE%2031%20DE%20MAR%C3%87O%20DE%202023&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2014.133,4%20de%20agosto%20de%202011. Acesso em: 06 out. 2023.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6357 – Distrito Federal**. Referendo de medida cautelar. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Arts. 14, 16, 17 e 24. Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO/2020). Art. 114, caput, e parágrafo 14. Interpretação conforme à constituição. Afastamento da exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias. Criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da pandemia causada pela covid-19. Proteção da vida e da saúde. Confirmação da medida cautelar. Promulgação da emenda constitucional 106/2020. Perda superveniente do interesse de agir. Extinção da ação. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 13 de maio de 2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883343>. Acesso em: 24 out. 2023.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1969]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602#:~:text=A%20administra%C3%A7%C3%A3o%20pode%20anular%20seus,os%20casos%2C%20a%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20judicial>. Acesso em: 02 nov. 2023.

Brasil. Tribunal de Contas da União (TCU). **Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação: riscos e controles para o planejamento da contratação**. Brasília, DF: [2012] Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B22132B79D2>. Acesso em: 15 nov. 2023

Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Barueri: Editora Atlas, 2022. *E-book*.

Justen Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023. *E-book*.

Lajeado. **Decreto nº 13.421, de 06 de setembro de 2023**. Lajeado, RS: Prefeitura Municipal, 2023a. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/l/lajeado/decreto/2023/1343/13421/decreto-n-13421-2023-declara-situacao-de-anormalidade-nas-areas-do-municipio-afetadas-pelo-evento-adverso-tempestade-local-convectiva-chuvas-intensas-cobrade-13214-conforme-portaria-n-260-2022-mdr>. Acesso em: 18 nov. 2023.

Lajeado. Procuradoria Geral do Município. **Ata de dispensa de licitação 134-03/2023**. Lajeado: Prefeitura Municipal, 20 out. 2023b. Disponível em: <https://pncp.gov.br/app/editais/87297982000103/2023/141>. Acesso em: 18 nov. 2023.

Lajeado. Secretaria da Educação. **Termo de referência da ata de dispensa de licitação 134-03/2023**. Lajeado: Prefeitura Municipal, 20 out. 2023c. Disponível em: <https://pncp.gov.br/app/editais/87297982000103/2023/141>. Acesso em: 18 nov. 2023.

Motta, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na lei de responsabilidade fiscal. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 14, abr./jun. 2008, p. 7. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/638>. Acesso em: 17 out. 2023.

Nohara, Irene Patrícia D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2023. *E-book*.

Oliveira, Rafael Carvalho R. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023. *E-book*.

Pietro, Maria Sylvia Zanella D. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. *E-book*

Pietro, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023. *E-book*.

São Paulo. Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo. **Licitações**. São Paulo, SP: [2023] Disponível em: <https://www.tre-sp.jus.br/transparencia-e-prestacao-de-contas/licitacoes/aquisicao-contrato-direta-covid-19/dispensa-de-licitacao-2023/documento-de-formalizacao-de-demanda-dl-010-2023-odt>. Acesso em: 14 nov. 2023.

Zaffari, Eduardo; Ferreira, Gabriel B.; Lima, Náthani S.; et al. **Licitações e Contratos**. Porto Alegre: Grupo A, 2022. *E-book*

ANEXOS

ANEXO A – EXEMPLO DE DOCUMENTO DE FORMULAÇÃO DE DEMANDA

 TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SÃO PAULO DOCUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA (DFD) <i>(bens e serviços exceto TI)</i>	
Identificação da Área Requisitante/Demandante	
Unidade Requisitante/Demandante: Coordenadoria de Atenção à Saúde- COAS	
Responsável pela demanda: Dr Alexandre Tsumori Maezuka	
Coordenadoria: Coordenadoria de Atenção à Saúde- COAS	
Secretaria/Assessoria: Secretaria de Gestão de Pessoas- SGP	
E-mail: coas@tre-sp.jus.br	Ramal: 2253/2383
Objeto: Supervisão clínica em Saúde Mental e Dependências para Equipe Multidisciplinar da COAS	
Tipo de Objeto:	
<input type="checkbox"/> Serviço não continuado <input type="checkbox"/> Serviço continuado SEM dedicação exclusiva de mão de obra <input checked="" type="checkbox"/> Serviço continuado COM dedicação exclusiva de mão de obra <input type="checkbox"/> Material de consumo <input type="checkbox"/> Material permanente / equipamento	
Forma de Contratação Sugerida:	
<input type="checkbox"/> Pregão Eletrônico. <div style="text-align: center;">Para a hipótese de pregão, assinalar: sistema de registro de preços/ata de registro de preços:(<input type="checkbox"/> SIM (<input type="checkbox"/> NÃO</div> <input type="checkbox"/> Concorrência <input checked="" type="checkbox"/> Dispensa de licitação (doravante, com a Lei n. 14.133/2021, na forma eletrônica)* <input type="checkbox"/> Inexigibilidade <input type="checkbox"/> Adesão à ata de registro de preços de outro(s) Órgão(s)	
*observações:	
Os valores para contratação direta/dispensa de licitação estão previstos nos incisos I e II do artigo 75 da Lei n.14.133/2021, atualizados anualmente por Decreto.	
Atualmente, correspondem a R\$ 108.040,82, no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores, e de R\$ 54.020,41 para outros serviços e compras.	
A definição da adoção da contratação direta por dispensa de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços,	

<p>nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 75, deve atentar aos requisitos cumulativos do § 1º, incisos I e II;</p> <p>§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser observados:</p> <p>I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;</p> <p>II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.</p> <p>Para atender aos padrões de <i>conformidade x legalidade</i>, oportuno destacar que não basta que os valores individual e isoladamente considerados de uma contratação direta pretendida sejam inferiores aos limites acima indicados (R\$ 108.040,82 e R\$ 54.020,41), devendo, ainda, ser considerados os valores hipoteticamente (abstratamente) previstos nos planos de contratação da Administração (PAC e PCTIC) para objetos similares (mesma natureza), sob pena de indevida configuração de fracionamento de despesa.</p>
<p>Item previsto no PAC 2023(ano): (X) Sim -11 item SGP da Secretaria () Não previsto</p> <p><i>Verificar na internet https://www.tre-sp.jus.br/transparencia-e-prestacao-de-contas/licitacoes/governanca-de-aquisicoes-e-contratacoes/plano-anual-de-contratacoes</i></p>
<p>Fonte de recursos para atendimento da demanda</p>
<p>Valor previsto na proposta orçamentária: R\$ 14.698,00 Fonte: GEPRO</p> <p>À falta de previsão orçamentária, informar o modo de atendimento (remanejamento, sobras orçamentárias etc).</p>
<p>Valor total estimado da contratação pelo requisitante/demandante:</p> <p>Orçamento prévio informado de menor preço: R\$ 14.000,00</p>
<p>Prazos</p>
<p>Data da aprovação do ETP pela autoridade competente: 03/2023</p>
<p>Data estimada para entrega do ETP/TR na SAM: 02/2023</p>
<p>Data estimada para assinatura contrato/emissão de NE: 03/2023</p>
<p>Data estimada de disponibilização do bem/serviço: 10/03/2023</p>
<p>Critério de sustentabilidade: () Sim (X) Não</p> <p>Devido natureza do objeto da contratação, verificou-se que não há critérios aplicáveis descritos no manual de sustentabilidade da AGU e não foram encontrados no mercado critérios aplicáveis viáveis de sustentabilidade.</p>
<p>Critério de acessibilidade: () Sim (X) Não</p> <p>Não foi encontrado neste tipo de contratação de serviço critério viável de acessibilidade</p>
<p>Grau de prioridade: (X) Alta () Média () Baixa</p>
<p>Justificativa da necessidade da aquisição/contratação</p> <p><i>Descrição /identificação da necessidade:</i></p> <p>Continuidade do Programa de Prevenção e Recuperação de Alcoolistas para Servidores (PRASER).</p>

<p>Devido à complexidade das temáticas que surgem na área da Saúde Mental e Dependência Química, a supervisão clínica realizada por profissional habilitado na área de saúde mental tem a finalidade de assessorar os projetos terapêuticos realizados pela equipe multidisciplinar da COAS aos servidores participantes do Programa PRASER (Prevenção e Recuperação de Alcoolistas para Servidores), garantindo um atendimento adequado e de qualidade</p> <p>Identificação das soluções possíveis para atendimento da necessidade:</p> <p>Contratação de Supervisão clínica em Saúde Mental e Dependências para Equipe Multidisciplinar da COAS, realizada por profissional habilitado na área de saúde mental, por meio de Dispensa de Licitação.</p>
<p>Quantidade de material/serviço da solução a ser contratada considerada a expectativa de consumo anual</p> <p>20 horas contratadas, fracionadas em sessões ao longo do ano de 2023, sendo divididas em 10 (dez) encontros entre equipe multiprofissional da COAS e profissional contratado, com duração de duas horas cada sessão, organizadas a critério da Coordenadoria de Atenção à Saúde - COAS.</p>
<p>Demanda inédita na Administração? () SIM (X) NÃO</p> <p>Para a hipótese de repetição da demanda, o pedido/termo de referência foi/será elaborado com base na última versão analisada pela ASSJUR e aprovada pela autoridade superior investida (SAM e/ou DG/Presidência):</p> <p>() SIM (X) NÃO</p> <p style="text-align: right;">Contratações anteriores SEI 0076629-78.2019 0044938-12.2020 0044633-91.2021</p>
<p>Responsáveis pela demanda – setor requisitante/demandante <i>servidores responsáveis pelo acompanhamento de todo o processo (do DFD ao recebimento bem/serviço)</i></p> <p>Titular Maria Christina Villaça Rosa</p> <p>Suplente Ana Paula Esposito</p> <p>Auxiliar: Dr Alexandre Tsumori Maezuka</p>
<p style="text-align: center;">Data São Paulo, 14 de novembro de 2023</p> <p style="text-align: center;">Secretário da área requisitante/demandante</p>

Fonte: Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo (São Paulo, 2023)