

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA: OS DESAFIOS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

*PUBLIC CONTRACTING TO FACE THE PANDEMIC:
THE CHALLENGES OF APPLYING THE EFFICIENCY
PRINCIPLE*

*Gustavo Assed Ferreira*¹
USP

*Rafael Assed de Castro*²
PGE-MG

Resumo

O presente trabalho busca analisar os efeitos decorrentes da pandemia do novo vírus Sars-CoV-2 (“Covid-19”) no âmbito do Direito Administrativo, especificamente nos contratos administrativos. Tem como objetivo principal analisar se a edição da Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, de fato, conseguiu atender aos postulados do princípio da eficiência administrativa ao mesmo tempo em que “flexibilizou” e alargou as hipóteses de dispensa de licitação durante a persistência da atual pandemia. O método de pesquisa adotado foi o dialético, tendo como fundamento a pesquisa bibliográfica e doutrinária. Verificou-se, no decorrer deste trabalho, que, em que pese a urgência e necessidade de edição de diplomas normativos para o enfrentamento desta crise sanitária mundial, é necessário fazê-lo com mais cautela e prudência, evitando-se assim abusos como os relatados no corpo deste texto.

Palavras-chave

Covid-19. Contratos Administrativos. Eficiência Administrativa. Legislação. Dispensa de Licitação.

Abstract

The present work seeks to analyze the effects resulting from the pandemic of the new virus Sars-CoV-2 (“Covid-19”) in the scope of Administrative Law, specifically in administrative contracts. Its main objective is to analyze whether the edition of Federal Law No. 13,979, of

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Livre-docente pela Universidade de São Paulo.

² Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado e Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera.

February 6th, 2020, in fact, managed to meet the postulates of the principle of administrative efficiency at the same time that it “made it more flexible” and extended the chances of waiving bidding during the persistence of the current pandemic. The research method adopted was the dialectic, based on bibliographic and doctrinal research. It was verified, in the course of this work, that, despite the urgency and need to issue normative diplomas to face this global health crisis, it is necessary to do it with more caution and prudence, thus avoiding abuses such as those reported in the body of this text.

Keywords

Covid-19. Administrative Contracts. Administrative Efficiency. Legislation. Waiver of Bidding

INTRODUÇÃO

O ano de 2020 está vivenciando uma situação talvez inédita na história de nossa civilização. A pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2 (vírus da família dos coronavírus e que será retratado abaixo simplesmente como “coronavírus” ou “Covid-19”), com suas consequências em diversos setores da sociedade - com destaque absoluto para a saúde e para a economia mundial, obrigou a adoção de medidas de ajustes e adaptação à nova realidade.

Ponto incontroverso, nos dizeres de Hans Kelsen (BOBBIO, 1995, p. 1999), o Direito deve acompanhar as mudanças na sociedade, e é o que tem se verificado hoje no âmbito jurídico, e não poderia nem deveria ser diferente. Segundo o autor, o sistema dinâmico, do qual o sistema jurídico é um exemplar, é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta fornecer apenas o modo pelo qual as regras devem ser criadas e/ou atribuí o poder a autoridade legisladora. Uma norma pertence a um sistema dinâmico não por corresponder pelo conteúdo, mas porque é criada pela forma determinada através da norma fundamental.

Neste sentido, frente às mudanças vivenciadas em razão da pandemia, o ordenamento jurídico teve que se adequar às necessidades presentes. Fez-se necessário adotar procedimentos

para aquisição de materiais hospitalares, medicamentos, produtos de higiene, entre outros, de forma mais célere, buscando-se, com isso, evitar ou minorar o caos social e sanitário que se previa e que terminou confirmado pela realidade dos fatos.

Para tanto, contudo, era necessário que se conferisse segurança jurídica a estes procedimentos para lidar com uma situação de emergência e, no cenário jurídico brasileiro, passou-se à elaboração de diplomas legais aptos a garantir esta segurança neste momento de crise. Inicialmente, publicou-se a Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que trouxe providências a fim de legitimar ações imediatas, nas quais se incluíram as contratações públicas; seu artigo 4º alargou as hipóteses de dispensa de licitação. Posteriormente, sobreveio a Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020; norma que trouxe dispositivos visando otimizar a realização de contratos administrativos. Elevando as normas editadas a um patamar constitucional sobreveio, em 08 de maio de 2020, a Emenda Constitucional nº 106, a qual instituiu o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.

De fato, tais medidas legislativas se mostraram necessárias frente ao momento de crise sem precedentes que se passou a vivenciar no início deste ano. Na ausência de tais medidas e com a existência de regras mais rígidas então em vigor, talvez não se teria obtido êxito no enfrentamento da pandemia de forma mais enfática. Foi o que se pretendeu.

Ocorre que, em que pese toda esta situação excepcional que ainda vivencia-se em praticamente todo o mundo, reclamando medidas urgentes, é necessário que se analise estas medidas levando-se em consideração os princípios constitucionais, entre os quais merece destaque o princípio da eficiência administrativa, presente na Constituição Federal de 1988 a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho 1998, e considerado

um dos pilares da Administração Pública. A adoção de medidas emergenciais justificadas pela grave crise sanitária e econômica de ordem mundial não pode ferir postulados constitucionais essenciais ao Estado Democrático de Direito.

É o que se busca ao longo deste presente trabalho.

2. POSICIONAMENTO DAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS EM UM CONTEXTO DE CRISE

O atual cenário de enfrentamento de uma crise sanitária com amplos reflexos na prestação da saúde pública demanda uma pluralidade de providências a serem tomadas pelo Poder Público para que haja um mínimo planejamento da execução das ações voltadas ao atendimento das novas demandas geradas pelo cenário adverso.

Há um fator de escassez de recursos estatais para atendimento rápido de múltiplas demandas, associado com uma crise econômica que mingua os cofres do Estado e desafia o gestor público.

Nesse sentido, JUSTEN FILHO (2020, p. 325) pontua que cabe à Administração Pública avaliar a relevância das necessidades e das atividades a serem desenvolvidas. Isso porque não haverá paralisa de todos os serviços públicos prestados, mas tão somente priorização dos serviços públicos diretamente relacionamentos com o enfrentamento da pandemia ocasionada pelo coronavírus.

O administrador público também estará diante de situações excepcionais que deverão ter um tratamento adequado. A necessidade proeminente de isolamento social para contenção do coronavírus resulta em diminuição da atividade econômica e consequente dificuldade na execução dos mais diversos contratos,

inclusive os contratos administrativos. Portanto, o gestor público deve estar atento para a possível impossibilidade prática de manutenção das condições previamente pactuadas com seus fornecedores, bem como poderá enfrentar dificuldades para obter determinados insumos em razão da desvalorização do real e consequente elevação dos preços dos mais diversos produtos (JUSTEN FILHO, 2020, p. 331).

O fator econômico é marcante na atual pandemia, dado que muitas atividades produtivas foram seriamente afetadas por medidas de isolamento social impostas pelo Poder Público, além de haver uma propagação mundial de medidas restritivas que desarticularam cadeias de suprimento e levam incerteza para o empresário que objetiva empreender ou investir.

Para o gestor público, a escassez de insumos devido à paralização das atividades de fornecedores nacionais e estrangeiros é um desafio de difícil solução, até pela inaplicabilidade dos institutos tradicionais do direito administrativo para o cenário atual. Há uma constante mudança na realidade fática, tanto porque não se sabe o tempo total de duração das medidas de isolamento social, impossibilitando um planejamento adequado, bem como há muitos fatores influenciando no mercado, trazendo insegurança para as contratações.

A situação pode ser ilustrada pela elevação de custos de produção como resultado do isolamento social e dificuldade de deslocamento da força de trabalho, bem como inclusão de um novo risco na atividade produtiva, tendo em vista que a propagação do coronavírus pode resultar na necessidade de fechamento de determinada fábrica ou estabelecimento comercial a qualquer momento.

Além disso, a paralisia de algumas atividades pode dificultar ou impossibilitar a execução de outras, gerando um efeito em cadeia com amplas implicações na atividade econômica. Alguns

autores (JUSTEN FILHO, 2020, p. 447) defendem a aplicação da teoria da imprevisão, uma vez que era impossível antever os reflexos econômicos que seriam produzidos pela pandemia do coronavírus. Em outras palavras, nenhum particular calculou os novos custos que foram gerados pela pandemia porque não era possível prever a sua ocorrência e seus deletérios efeitos.

Assim, as circunstâncias concretas podem demandar que o Estado arque com os efeitos econômicos nocivos gerados pela pandemia, resultando, no âmbito dos contratos administrativos, na absorção de possíveis prejuízos e redistribuição desse encargo para toda a sociedade. Isso significa que os efeitos diretos e indiretos da pandemia podem configurar situações de caso fortuito e de força maior, resultando nas consequências próprias desses institutos para os contratos administrativos, ou seja, possível alteração no conteúdo do contrato previamente pactuado ou mesmo a próprio resolução do contrato.

Quanto à base normativa para alteração dos contratos administrativos, o fundamento está no que dispõe o art. 65, inciso II, “d”, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nos termos da redação a seguir:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso

fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

No caso da resolução do contrato, pode-se aplicar o art. 478 do Código Civil, que disciplina a resolução por onerosidade excessiva, ou o art. 78, incisos XII a XVII, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. O inciso XII discorre sobre razões de interesse público de alta relevância e amplo conhecimento, devendo ser justificadas pela autoridade máxima na esfera administrativa a que está subordinado o contratante. As razões devem constar de processo administrativo a que se refere o contrato. No caso do inciso XVII, trata-se da “ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato”.

Há uma ampla possibilidade interpretativa para configurar a atual situação de pandemia como uma “razão de interesse público de alta relevância e amplo conhecimento”, resultando na aplicação do inciso XII, conforme exposto acima. Ademais, a pandemia também pode ser entendida como força maior, atraindo a aplicação do inciso XVII referido no parágrafo anterior.

Essas considerações gerais não eximem o gestor público, conforme bem lembrado por JUSTEN FILHO (2020, p. 397), da análise pormenorizada de cada contratação, buscando-se uma relação de causalidade entre a pandemia e a impossibilidade ou maior onerosidade para execução do contrato. A causalidade não necessariamente será atrelada a um fato do particular, podendo ser resultante de efeitos da pandemia para a Administração Pública. Pode-se exemplificar com a necessidade de resolver determinado contrato que tem por objeto a manutenção predial de escolas para canalizar os recursos para compra de insumos para atendimento dos pacientes vitimados pelo coronavírus. Tal medida parece configurar uma razão de interesse público de alta relevância, na

medida em que, no contexto atual, a manutenção predial de escolas é menos prioritária do que o atendimento dos pacientes, dado o que os alunos estão impossibilitados de frequentar aulas presenciais.

3. OS DESAFIOS DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA NAS DISPENSAS DE LICITAÇÃO.

O princípio da eficiência administrativa surgiu na Constituição Federal de 1988, expressamente por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Tal princípio, um dos pilares da Administração Pública, também está presente na legislação infraconstitucional, notadamente na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, na parte que dispõe sobre concessões de serviços públicos, conforme redação do art. 6º da referida Lei.

A inclusão da ideia de eficiência administrativa em tantos diplomas normativos traz ao ordenamento jurídico postulados obrigatórios como agir com produtividade, atuar de forma econômica com ausência de desperdício, agir de forma rápida e prestativa. O administrador que realiza todos os procedimentos acima é aquele atua em favor da boa administração. CARVALHO DOS SANTOS FILHO (2010, p. 32) destaca que “o núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional”.

Buscando a efetivação deste princípio, o legislador, ao introduzir expressamente a eficiência na Constituição Federal como princípio de administração pública, criou mecanismos para torná-la realidade. Partimos a análise de uma medida que merece destaque: a alteração da regra da estabilidade com a finalidade de angariar

eficiência na atuação dos servidores públicos. Neste ponto, a estabilidade, prevista no art. 41 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é conquistada com o implemento linear de condições, as quais são: (i) ser aprovado em concurso público; (ii) ser nomeado para cargo de provimento efetivo; (iii) possuir três anos de efetivo exercício; (iv) ser aprovado em avaliação especial de desempenho.

Assim, em obediência à eficiência administrativa, existe a possibilidade de o servidor público perder a estabilidade, que ocorre por meio de processo administrativo disciplinar, sempre com respeito à ampla defesa e ao contraditório, ou processo judicial com trânsito em julgado. A inovação constitucional ocorreu a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a qual introduziu a avaliação especial de desempenho. Isso porque, desde a referida emenda constitucional, o servidor público pode também perder sua estabilidade e o cargo em razão de avaliação periódica de desempenho, caso seja avaliado de forma insatisfatória.

Outra medida que satisfaz o princípio da eficiência é a impossibilidade de o administrador dispor de tudo o que arrecada para o custeio folha de pagamento de pessoal, conforme alteração do art. 169 da Constituição Federal, também nos termos da citada Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Ademais, a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (“Lei de Responsabilidade Fiscal”), é fruto desta alteração constitucional, definindo, em seu art. 19, o limite de despesa com pessoal, sendo de 50% para a União e de 60% para Estados e Municípios. Neste contexto, importante destacar a recente edição da Emenda Constitucional nº 106, de 07 de maio de 2020, pela qual instituiu-se o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Esta emenda constitucional traz inovações legislativas buscando a concreta aplicação do princípio da eficiência, sobretudo em momentos de pandemia como este.

Ainda quanto ao contexto, a alteração do art. 169 da Constituição Federal e a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal evidenciam a necessidade de racionalização da máquina pública, pois anteriormente era comum constatar que entes públicos comprometiam 100% da receita com a folha de pessoal, não sobrando verbas para investimentos e custeio, igualmente essenciais, ou até mais importantes. Com as travas impostas pelo art. 169, ultrapassados os limites legais, devem ser extintos, para fins de regularização, pelo menos 20% dos cargos em comissão e funções de confiança (pode ser cortado um percentual maior se o administrador entender necessário) e servidores não estáveis na quantidade necessária. Os cortes devem ser realizados a partir dos cargos menos importantes e posteriormente passando aos cargos mais importantes. Uma vez realizado o corte de todos os servidores não estáveis, poderia se iniciar o corte de servidores estáveis, desde que respeitado o estabelecido nos parágrafos do art. 169.

Uma outra expressão do princípio da eficiência, não ligada diretamente à Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, mas igualmente importante no que tange à administração pública, é que o administrador, ao executar ações públicas, deve agir com eficiência quanto aos meios e quanto aos resultados, no sentido de se executar com a maior economia possível e buscar o melhor resultado para a Administração e para o Administrado. Nos ensinamentos de DI PIETRO (2010, p. 124), o princípio da eficiência pode ser retratado por dois aspectos: quanto ao modo de organização, estruturação e disciplina da Administração Pública, direciona uma finalidade de alcance dos melhores resultados na prestação dos serviços públicos, bem como, quanto ao modo de atuação do agente público, impõe uma busca pelo melhor desempenho possível em suas atribuições para que também sejam obtidos os melhores resultados. A autora prossegue seu raciocínio afirmando que “reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também as finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo

tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil” (DI PIETRO, 2010, p. 124).

Entretanto, por uma análise conceitual, o princípio da eficiência é fluído, podendo-se dizer até mesmo subjetivo, razão pela qual não está amplamente implementado na Administração Pública. Necessário ainda ressaltar que a eficiência administrativa se soma aos demais princípios, não podendo se sobrepor a nenhum deles, sobretudo o princípio da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e até ao próprio Estado de Direito. Em outras palavras: sob o fundamento de obter a eficiência, não se pode ferir a legalidade. Segundo BANDEIRA DE MELLO, o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso considerado princípio basilar do regime jurídico administrativo (2009, p. 99/100).

Passando-se ao evento-chave ocorrido em 11 de março de 2020, neste dia a Organização Mundial da Saúde declarou estado de pandemia em razão da ampla propagação do coronavírus. Pode-se definir esta data como uma mudança nos paradigmas da vida em sociedade de uma forma geral e, como não poderia deixar de ser, a forma como será operado o Direito. Enquanto perdurar um estado de crise sanitária sem precedentes, o mundo, e particularmente o Direito, serão provados quanto à eficiência em lidar com um novo vírus sem cura ou tratamento conhecidos.

No âmbito dos contratos administrativos, com o escopo de enfrentar os efeitos desta crise mundial, editou-se a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; a qual dispõe sobre as medidas de enfrentamento ao coronavírus. Dentre as medidas propostas, a lei buscou legitimar ações imediatas, inclusive no tocante às contratações públicas, tornando-as mais eficientes para a situação atual. O espírito desta Lei está em acompanhar a evolução/modificação da sociedade e corresponder com uma atuação rápida da Administração Pública.

É fato que medidas extremas se fazem necessárias em situações extremas, como a que está sendo vivenciada no presente momento; daí a urgência na edição do referido diploma normativo. É sabido que a legislação sobre contratos administrativos, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, prevê a contratação direta e procedimentos mais céleres para situações excepcionais, porém optou-se pela edição de nova legislação para atender a situação atual. Isso porque as normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro não garantiam a segurança jurídica às contratações, tendo em vista os requisitos formais e materiais mínimos a serem cumpridos. Fez-se necessário uma nova modalidade de contratação emergencial, por meio de normas editadas para terem vigência imediata e enquanto durarem os efeitos da pandemia.

4. DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DURANTE A PANDEMIA

Licitação, como é amplamente sabido, é um procedimento administrativo, utilizado como regra na Administração Pública, por meio do qual o ente público seleciona a melhor proposta oferecida para a celebração de um contrato - um claro exemplo do princípio da eficiência administrativa. A proposta selecionada pelo ente público deve atender requisitos essenciais pré-estabelecidos no instrumento convocatório da licitação e ser aquela que atende melhor ao interesse público. Segundo DI PIETRO (2010, p. 368), ao falar-se em procedimento administrativo, faz-se referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração Pública.

A legislação brasileira traz algumas exceções à regra da obrigatoriedade de licitação ao ente público. Uma delas é chamada

de dispensa de licitação³, aplicável a situações excepcionais nas quais não há a necessidade de licitar. A dispensa de licitação está tratada no art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Vale destacar que, neste caso, apesar de ser possível a realização de um procedimento licitatório, há uma opção do legislador em se dispensar tal procedimento (BRASIL, 1993). Há uma valoração positiva do princípio da eficiência, tendo em vista que o legislador objetivou afastar o procedimento licitatório de hipóteses em que a sua realização seria ineficiente.

Nos termos do dispositivo legal referido, art. 24, em seu inciso IV, estão previstas as hipóteses de emergência ou calamidade pública como situações em que é possível a dispensa de licitação:

Art. 24. É dispensável a licitação:

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

O art. 24 tem fundamento constitucional no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual dispõe que, com a ressalva dos casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações deverão ser 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

³ Há também a hipótese de inexigibilidade de licitação.

da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A ressalva citada no parágrafo anterior pode ser exemplificada pela Lei nº 13.500 de 26 de outubro de 2017. Esta lei alterou o art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o qual dispõe sobre os elementos que devem estar presentes para instrução de um processo de dispensa, inexigibilidade ou retardamento de licitação. Nos termos do art. 26, parágrafo único, inciso I, as hipóteses de aplicação do artigo são: (a) a caracterização de uma situação emergencial ou (b) a caracterização de uma situação calamitosa. A nova hipótese incluída pela Lei nº 13.500, de 26 de outubro de 2017, consiste na situação (c) de iminente risco à segurança pública. A mesma Lei (BRASIL, 2017) também alterou o art. 24 para incluir uma nova hipótese de dispensa de licitação, por meio do inciso XXXV, o qual disciplina a aplicação da dispensa para “a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.”

Seguindo o “*espírito*” do ordenamento jurídico brasileiro com relação ao processo licitatório, considerando a nossa atual crise sanitária decorrente da pandemia de coronavírus, sobreveio a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, a qual, em seu art. 4º, dispõe que é dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Em sequência, foi editada a Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020, autorizando o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos, bem como adequando os limites de dispensa de licitação e ampliando o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (“RDC”) durante o estado de calamidade pública, conforme reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20

de março de 2020. Quanto ao aspecto específico da antecipação de pagamento, justifica-se em razão da dinâmica de mercado, tendo em vista que, a partir de determinado momento, inúmeras compras passaram a ser condicionadas, por parte dos fornecedores, à antecipação de pagamento. Em contrapartida a esta antecipação, buscou-se por condicionantes de execução e cautelas, entre as quais garantias.

Toda esta base legislativa foi criada, importante ressaltar, de forma condicional, ou seja, apenas para a situação de enfrentamento da pandemia, e temporária, pois somente aplicável enquanto durar o estado de calamidade.

Constitucionalizando todo este “conglomerado legislativo de crise”, em 08 de maio de 2020, foi publicada a Emenda Constitucional n° 106, que instituiu o “regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia.”

No tocante às contratações, há disposições inovadoras contidas nos arts. 2° e 3° da referida Emenda Constitucional. Nos termos do primeiro artigo citado, com o propósito exclusivo de enfrentamento do contexto da calamidade e de seus efeitos sociais e econômicos, no seu período de duração, o Poder Executivo Federal, no âmbito de suas competências, poderá adotar processos simplificados de contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, e de obras, serviços e compras que assegurem, quando possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes, dispensada a observância do § 1° do art. 169 da Constituição Federal na contratação de que trata o inciso IX do *caput* do art. 37, também do texto constitucional. Ressalva-se que a dispensa fica limitada às situações de que trata o referido inciso, sem prejuízo da tutela dos órgãos de controle.

Já o art. 3º da Emenda Constitucional dispõe que as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita. Há apenas uma ressalva vedando a criação de despesa permanente para atendimento dos propósitos deste artigo.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6357 (“ADI 6357”), relatada pelo Ministro Alexandre de Moraes, decidiu pelo afastamento temporário das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme requerido pela Presidência da República e estendido, por iniciativa do ministro relator, para Estados e Municípios, em respeito à simetria na aplicação da legislação e desde que satisfeita a condição de haver declaração de estado de calamidade. Posteriormente, o plenário do tribunal, após a publicação da Emenda Constitucional nº 106, de 8 de maio de 2020, declarou prejudicada a ADI 6357 por perda superveniente do objeto, reconhecendo que os efeitos da Emenda Constitucional se aplicam também aos entes estaduais e municipais.

Ainda com relação à estrutura normativa construída para o enfrentamento da pandemia causada pelo coronavírus, cumpre ressaltar a norma contida no art. 3º da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020; a qual “estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARSCoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências”. O referido art. 3º prevê que, durante o estado de calamidade pública decretado para o enfrentamento da Covid-19, além da aplicação do disposto no art. 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ficam afastadas e dispensadas as disposições da referida Lei Complementar e de outras leis

complementares, leis ordinárias, decretos, portarias e outros atos normativos que tratem: I - das condições e vedações previstas no art. 14, no inciso II do *caput* do art. 16 e no art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal; II - dos demais limites e das condições para a realização e o recebimento de transferências voluntárias.

Nos termos do inciso I, do §1º, do art. 3º, as disposições do artigo aplicam-se exclusivamente aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento de programa ou de convênios vigentes durante o estado de calamidades. Além disso, conforme redação do inciso II, os destinatários da norma não podem se eximir da observância das obrigações de transparência, controle e fiscalização durante o período de pandemia, ainda que após o término do período de calamidade pública decorrente da pandemia de coronavírus. O inciso também dispõe que o atendimento desta exigência será objeto de futura verificação pelos órgãos de fiscalização e controle respectivos, na forma por eles estabelecida.

No âmbito do Estado de Minas Gerais e no contexto criado pela edição da Emenda Constitucional nº 106, de 8 de maio de 2020 e pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 6357 afastando as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal para Estados e Municípios que tenham declarado o estado de calamidade, há uma intensa produção legislativa objetivando o enfrentamento da pandemia.

A produção legislativa começa peça edição do Decreto estadual de nº 113, de 12 de março de 2020, pelo qual declarou-se a situação de emergência no Estado. O referido decreto dispôs sobre a possibilidade de serem dispensadas licitações a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus, conforme relação do art. 3º e respeitados os termos do art. 4º da Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Conforme redação do art. 5º do decreto

estadual, determinou-se que a tramitação dos processos referentes a assuntos vinculados ao decreto em regime de urgência e prioridade em todos os órgãos e entidades do Estado.

Posteriormente, o Decreto estadual nº 47.891, de 20 de março de 2020, reconheceu o estado de calamidade pública no Estado. Em relação às contratações públicas, segundo determina o art. 4º, estabeleceu-se a aplicação do disposto no inciso IV do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o qual já foi abordado neste trabalho. Esta previsão na norma mineira mostra que a legislação brasileira já teria base legal para enfrentamento de situações como a atualmente vivenciada, podendo-se analisar a real necessidade de todo o conjunto normativo recente, exposto acima, feito a “*toque de caixa*”.

Ainda no contexto mineiro e em atenção ao cerne deste trabalho, ou seja, a observância do princípio da eficiência, sobretudo em tempos de crise, importante destacar o teor do Decreto estadual nº 47.904, de 31 de março de 2020, que, dentre outras matérias, tratou do Plano de Contingenciamento de Gastos no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, empresas dependentes e fundos estaduais. Segundo seu art. 2º, os órgãos e entidades da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, as empresas dependentes e os fundos estaduais deverão, dentre outras medidas a serem adotadas com o objetivo de redução de despesas, seguir as seguintes diretrizes:

- I – fica vedada a celebração de novos contratos para prestação de serviços de consultoria técnica, exceto as relacionadas ao enfrentamento da emergência em saúde pública de importância internacional, decorrente do novo Coronavírus, as quais deverão ser previamente submetidas à análise do Comitê de Orçamento e Finanças – Cofin;
- (...)

IV – fica vedada a celebração de novos contratos de locação de imóveis, devendo os órgãos e entidades ocuparem preferencialmente as estruturas próprias do Estado, limitando ainda os gastos com esse objeto a 90% (noventa por cento) do valor executado em 2019;

V – as despesas com materiais de consumo e itens de almoxarifado, para o exercício de 2020, deverão ser limitadas a 50% (cinquenta por cento) dos valores realizados em 2019;

(...)

VIII – as despesas relacionadas a locação de veículos, consumo de combustíveis, peças e serviços para reparo de veículos automotores e gerenciamento da frota em geral deverão ser limitadas a 50% (cinquenta por cento) dos valores realizados em 2019.

§ 1º – Fica determinada a suspensão imediata dos demais contratos de serviços considerados não essenciais para a execução mínima das políticas públicas inerentes a cada órgão ou entidade, devendo aqueles impossibilitados de paralisação serem reduzidos em 25% (vinte cinco por cento) do patamar de execução atual

§ 2º – Ficam excepcionados das limitações relacionadas neste art. os órgãos e entidades que desempenham atividades de saúde, em especial aqueles diretamente relacionados ao combate à pandemia da COVID-19, e as despesas realizadas com recursos de convênios e congêneres.

§ 3º – Os órgãos de segurança pública que estiverem atuando direta ou indiretamente no combate à pandemia da COVID-19 ficam dispensados de cumprir os percentuais de redução indicados nos incisos V, VII e VIII, devendo tomar as medidas necessárias para redução das despesas correntes, limitando seu gasto no exercício de 2020 aos valores fixados pelo Anexo deste decreto.

Analisando o dispositivo legal acima, pode-se verificar pontos que evidenciam a observância do princípio da eficiência administrativa. Por um lado, determina-se a redução de despesas

com gastos não essenciais no momento, como os exemplos dos incisos acima, e, por outro, excepcionam-se estas reduções para não limitarem a atuação dos órgãos que estejam atuando direta ou indiretamente no combate à pandemia de coronavírus.

Finalizando este tópico, cabe destacar, dentro deste relativamente curto espaço de tempo desde o início da pandemia, alguns efeitos/consequências indiretas/reflexas desta legislação mais elástica quantos aos requisitos para as contratações públicas.

É público e notório a realização de operações da Polícia Federal buscando dismantelar esquemas de corrupção envolvendo dispensas de licitação na compra de equipamentos e produtos necessários ao enfrentamento do novo coronavírus. Exemplo disso foi o que ocorreu no Estado do Pará; no mês de maio, por meio da operação policial chamada de "***Para Bellum***", a qual objetivou apurar a existência de fraude na compra de respiradores pulmonares pelo Governo do Estado do Pará, mediante contrato realizado por dispensa de licitação, justificada pelo período de calamidade pública em virtude da pandemia de coronavírus.

A compra dos respiradores custou ao Estado do Pará o valor de R\$ 50.4 milhões. Desse total, metade do pagamento foi feito à empresa fornecedora dos equipamentos de forma antecipada, sendo que os respiradores, além de sofrerem grande atraso na entrega, eram de modelo diferente do contratado e inservíveis para o tratamento do coronavírus. Por tal razão, os respiradores foram devolvidos.

Outro exemplo é a operação policial chamada de "EXAM", que teve como objetivo investigar desvios de recursos na área de saúde do Município de Cabo Frio, no Estado do Rio de Janeiro. As irregularidades podem ter causado um prejuízo de mais de R\$ 7 milhões de reais aos cofres públicos, prejudicando o combate à pandemia do coronavírus na região em que está inserida a cidade (Região dos Lagos).

Evidentemente, as operações policiais não maculam os aspectos positivos da novel legislação, amplamente debatida neste artigo, que busca a otimização do serviço público para o enfrentamento da presente crise. Entretanto, é necessário avaliar a eficácia de algumas inovações legislativas, dado que podem servir mais para desvios de recursos públicos do que para um rápido enfrentamento da pandemia.

5. CONCLUSÕES

Finaliza-se este trabalho com uma proposta de reflexão, uma sugestão para que se verifique se, de fato, foram atendidos os objetivos destes diplomas normativos editados sob a égide desta crise sanitária mundial sem precedentes na história recente de nossa sociedade.

Há que ser analisado se não foram feridos os princípios basilares de nosso Estado de Direito, entre os quais se inclui a eficiência administrativa. Sendo este princípio, repita-se, um dos pilares de nosso Estado de Direito, e com isso, necessário para utilização justa e racional dos recursos públicos, deve haver um enorme cuidado na flexibilização das contratações públicas, evitando-se o afastamento do objetivo primário de otimizar e acelerar o enfrentamento do coronavírus.

Portanto, a pergunta que deverá ser feita após a análise do conjunto normativo criado para enfrentamento da pandemia é no sentido de obter uma resposta afirmativa quanto à observância do princípio da eficiência. A utilização da legislação para uma série de desvios de recursos públicos e ocupação de páginas policiais deve motivar possíveis recuos e/ou alterações das normas rapidamente criadas e que se mostraram falhas na execução da resposta da Administração Pública para o enfrentamento do coronavírus.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, 26ª ed.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico – Lições de filosofia do direito. Tradução por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm#:~:text=DECRETO%20LEGISLATIVO%20N%206%20DE,18%20de%20mar%20de%2020200.. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional n° 106, de 07 de maio de 2020. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm . Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm . Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Lei n° 13.500 de 26 de outubro de 2017. Altera a Lei Complementar n° 79, de 7 de janeiro de 1994, par a dispor sobre a transferência de recursos financeiros do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), a Lei n° 11.473, de 10 de maio de 2007, para permitir a prestação de serviços, em caráter excepcional e voluntário, à Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), na qual se inclui a Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), e as Leis n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Medida Provisória n° 755, de 19 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13500.htm . Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Lei n° 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm . Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Lei Complementar n° 173, de 27 de maio de 2020. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm . Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n° 961, de 6 de maio de 2020. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n° 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm#:~:text=MPV%20961&text=Aut%20pagamentos%20antecipados%20nas%20licita%C3%A7%C3%B5es,20%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Polícia Federal deflagra Operação Para Bellum e investiga compra de respiradores no Pará. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/noticias/2020/06-noticias-de-junho-de-2020/policia-federal-deflagra-operacao-para-bellum-e-investiga-compra-de-respiradores-no-para>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. PF, com apoio do MPF e da CGU, combate fraude em licitações na área de saúde em Cabo Frio/RJ. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/noticias/2020/06-noticias-de-junho-de-2020/pf-com-apoio-do-mpf-e-da-cgu-combate-fraude-em-licitacoes-na-area-de-saude-em-cabo-frio-rj>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 6357, Relator Ministro Alexandre de Moraes. j. 13.05.2020. D.j. 15.05.2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 2010, 23ª ed.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2010, 24ª ed.

FILHO, Marçal Justen ... [et al.]. Covid-19 e o Direito Brasileiro, Curitiba, Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020, e-book Kindle.

MINAS GERAIS. Advocacia-Geral do Estado. Contratações Públicas e a Covid-19. Disponível em: <http://www.oge.mg.gov.br/images/stories/downloads/Noticias/0207-cartilha.pdf> Acesso em: 29 jul. 2020.

MINAS GERAIS. Decreto estadual de nº 113, de 12 de março de 2020. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DNE&num=113&comp=&ano=2020> Acesso em: 29 jul. 2020.

MINAS GERAIS. Decreto estadual nº 47.891, de 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=47891&ano=2020&tipo=DEC> Acesso em: 29 jul. 2020.

MINAS GERAIS. Decreto estadual nº 47.904, de 31 de março de 2020. Disponível em: <http://www.oge.mg.gov.br/images/stories/downloads/covid/deceto-no-47904-de-31-de-marco-de-2020.pdf> Acesso em: 29 jul. 2020.