

Contratações administrativas e Covid-19: passado, presente e futuro na regulamentação das licitações e contratos

Floriano de Azevedo Marques Neto

Professor Titular, Livre-Docente e Doutor em Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Caio de Souza Loureiro

Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado.

Resumo: A pandemia da Covid-19 traz consigo situação inédita e altamente impactante, inclusive no ambiente de contratação governamental no país. Para tentar mitigar os efeitos adversos nos contratos administrativos, evidencia-se atuação legislativa profícua, com uma profusão de projetos de lei, medidas provisórias e até uma emenda constitucional. É evidente que nenhum aparato jurídico estava suficientemente preparado para lidar com as consequências de um evento dessa magnitude, e alguma ação legislativa é necessária. Contudo, analisar o conteúdo dessas medidas revela que uma parcela daquilo que pretendem alcançar alcança vicissitudes já tradicionais da contratação administrativa no Brasil. Há temas que já são usuais em qualquer estudo de falhas de regulação de licitações e contratos administrativos e que já poderiam ter sido encaminhados muito antes da pandemia. Mais que isso, são temas cujos efeitos negativos independem daqueles próprios do evento sanitário. Estes terminam por evidenciar e majorar aqueles, que, de resto, tendem a perenizar, mesmo quando ultrapassada a situação epidemiológica. A intenção deste artigo é, pois, revisitar essas falhas de regulação a partir do conteúdo das medidas combativas à pandemia da Covid-19, de modo a reiterar a necessidade de promover o saneamento de falhas regulatórias já há muito presentes na contratação governamental nacional.

Palavras-chave: Licitações e contratos administrativos. Estudo da legislação. Covid-19. Falhas regulatórias.

Sumário: **1** Introdução – **2** Comorbidades do regime de contratação administrativa brasileira – **3** Terapêutica legislativa – **4** Profilaxia e as lições para a reformulação do regime contratual administrativo brasileiro – **5** Prognóstico Referências

1 Introdução

A produção legislativa durante a pandemia da Covid-19 é nitidamente profícua. Há uma profusão de medidas provisórias e projetos de lei, muitos já ingressados na legislação, além de ter sido aprovada uma emenda ao texto constitucional. Campo fértil à edição de normas, a atividade administrativa é objeto de uma parcela grande dessas iniciativas, com destaque àquelas que versam sobre a contratação realizada pela Administração Pública.

Até o momento de feitura deste artigo, além de dispositivos na Lei nº 13.979/2020, que concentra normativos de enfrentamento das epidemias, a contratação administrativa é objeto de

uma emenda constitucional (EC nº 106), de quatro medidas provisórias e de um projeto de lei mais específico (PL nº 2.139/2020), que intenta um regime jurídico próprio para o período da pandemia. Há, ademais, um sem-número de projetos isolados, com disposições de maior ou menor impacto.

Nessa ebulição normativa, a tarefa de acompanhar e consolidar os inúmeros projetos legislativos num artigo acadêmico seria hercúlea e inócua. Demandaria esforço de monitoramento diário, e a análise pontual já nasceria desatualizada, tamanha é a quantidade de novos projetos, propostos diariamente no Congresso e no Executivo.

Caminho mais oportuno é trilhado pela revisão das deficiências do regulamento vigente e de como elas podem dificultar o enfrentamento da pandemia. Em seguida, é possível identificar os pontos em comum dos projetos já apresentados, especialmente os que já foram convertidos em lei. Compreender esses elementos vis-à-vis à presente demanda por atuação estatal relacionada à conjuntura pandêmica traz um cenário mais sólido e ajuda a compreender as mudanças em curso nas licitações e contratos para enfrentamento do contexto de emergência sanitária e dos efeitos dele decorrentes.

Nessa toada, dedicamos a primeira parte deste trabalho à necessidade de reportar algumas vicissitudes do regime de contratação nacional e como essas falhas se despem e avolumam numa conjuntura adversa. Em seguida, partimos para a consolidação das propostas legislativas em curso, com o escopo de apontar suas intenções. Confrontamos as necessidades da contratação com os instrumentos trazidos pela legislação de contingência. Em remate, a partir das medidas de enfrentamento, identificamos lições que possam se incorporar em definitivo ao aparato legislativo.

Passemos, pois, ao tratamento dessas questões.

2 Comorbidades do regime de contratação administrativa brasileira

Não há nenhum ineditismo na afirmação de que o regime geral de licitações e contratos nacional é alvo frequente de críticas. A aversão é natural, sobretudo, pelo anacronismo de uma legislação do início da década de 90 e que, de resto, traz muito do seu conteúdo de uma década anterior, a partir da replicação de dispositivos do Decreto-Lei nº 2.300/86.

É incontestável que, por maior que seja a boa intenção do legislador da Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – LGL), não é crível supor que as disposições desse diploma pudessem sobreviver em sua integralidade às evoluções havidas em quase trinta anos. O problema não é apenas o decurso do tempo, mas, sobretudo, o quanto o Estado brasileiro se transformou nesses trinta anos. A Administração exclusivamente burocrata e um modelo de Estado notadamente intervencionista ainda são elementos presentes, mas, sem quaisquer dúvidas, numa perspectiva muito menos intensa do que o eram à época da edição da Lei nº 8.666/93.

Hoje, as formas de atuação estatal são bastante distintas, assim como as exigências de uma sociedade mais complexa. É possível destacar, de início, a inclusão da *eficiência* no rol de princípios regentes da Administração Pública, a partir da Emenda Constitucional nº 19/98. Esse mesmo dispositivo revisional foi responsável por outras tantas mudanças da Administração Pública nacional e evidenciou a discrepância havida com as normas gerais de licitação previstas na LGL.

A partir daí, evidenciou-se uma série de tentativas de atualizar a legislação de licitações e contratos. A começar pela instituição do pregão como modalidade de licitação (Lei nº 10.520/02), com o nítido intuito de tornar mais célere o processo de seleção de particulares.¹ Conforme Marçal Justen Filho, “[a] União implementou, a partir da

introdução da figura do pregão, um projeto de alteração geral da legislação sobre licitações. Trata-se de substituir a disciplina tradicional consagrada na Lei nº 8.666 por instrumentos licitatórios mais ágeis e rápidos”.²

Mais recentemente, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) veio como instrumento de viabilização de obras e serviços necessários à realização dos eventos esportivos de grande magnitude sediados no Brasil. Sua intenção declarada era prover mecanismo mais ágil de contratação para a consecução dos escopos relacionados a esses eventos. Contudo, mais uma vez, os benefícios advindos de um regime mais eficiente³ foram rapidamente amplificados e o RDC, antes de aplicação restrita, foi sendo constantemente ampliado para outros escopos – inclusive, conforme se verá, para os contratos celebrados durante a pandemia.

Passando dos aspectos mais procedimentais, referentes ao modelo de contratação, para o conteúdo material dos regimes contratuais, as leis concessionárias da década de 90 (Lei nº 8.987/95 e Lei nº 9.074/95), bem como as leis de regulação setorial do mesmo período, inovaram em diversos pontos da regulação dos contratos administrativos, mas ainda restritas aos seus respectivos objetos.

Novidades também vieram por meio da competência concorrente de outros entes federativos, com destaque à nova Lei da Bahia (Lei estadual nº 9.433/2005)⁴ e de alterações recentes à Lei de São Paulo (Lei estadual nº 6.544/89), a encampar algumas inovações procedimentais em

¹ De rigor, como muito bem apontado por alguns autores, o pregão tem origem antes mesmo da Lei nº 10.520/02, especialmente pela utilização do regime na Anatel, a partir de permissivo constante do art. 59 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97). Foi justamente o bom desempenho das contratações da Anatel (e de outros entes que passaram a adotar essa modalidade *de lege ferenda*) que fez com que o pregão ganhasse força e se tornasse um procedimento regulado em lei geral. Nesse sentido: MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade pregão*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005; GASPARINI, Diogenes. *Pregão presencial*. In GASPARINI, Diogenes (Coord.). *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 19-58.

² *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 9.

³ “Tal sistema normativo instituiu um novo regime de contratação administrativa voltado ao atendimento dos princípios da *eficiência*, da *economicidade* e da *realidade*, que está em consonância com uma nova diretriz de uma *Administração Pública voltada à obtenção de resultados finalísticos*, segundo a qual não se considera mais a *atividade administrativa* como fim em si, mas como um meio para o atendimento de interesses públicos primários – superando a diretriz burocrática de outrora, que orientou tanto a edição do revogado Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, como a ainda em vigor – mas em vias de revogação – Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 204).

⁴ Sobre a motivação da Lei baiana, duas das participantes da Comissão que elaborou o texto-base dão conta da flagrante intenção de modernizar a contratação no âmbito estadual, por meio do saneamento de falhas sabidas com a experiência na aplicação da norma geral federal: “Às licitações, impunha-se modernizá-las e, ainda – ou sobretudo –, buscar imunizá-las de vícios que, de tão repetidos, já não mais se apresentavam camuflados nos mantos das aparências” (HUPSEL, Edite Mesquita; COSTA, Leyla Bianca Correia Lima da. *Comentários à lei de licitações e contratações do Estado da Bahia*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 31).

relação à Lei Geral federal. Por derradeiro, a Lei nº 13.303/2016 cuidou de estabelecer um regime próprio de contratação para as estatais, muito embora ele se assemelhe bastante ao RDC.

Essa plêiade de diplomas leva a duas conclusões iniciais: (a) a LGL não detém o monopólio para regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição, que institui balizas para licitações e contratos administrativos; e (b) todas essas iniciativas legislativas têm em comum a tentativa de incorporar elementos mais modernos ou de sanear falhas da LGL.

A constatação de que há defeitos no regime geral de contratação leva, então, à pergunta fundamental: quais seriam os problemas verificados? Não são poucos. Mas, para melhor compreensão, é possível estabelecer alguns grandes conjuntos de anacronismos ou falhas da LGL.

O “pecado original” da contratação administrativa é a consecução do interesse público. Com isso, estamos longe de dizer que a intenção do contrato administrativo é a entrega de um determinado escopo relevante à coletividade. Tampouco, não nos afastamos da ideia de que essa condição confere especificidades à relação contratual administrativa. Contudo, o fato é que essa premissa conformou o contrato administrativo num viés de inequidade entre as partes, atribuindo-se toda a primazia à Administração, sob a peja de que apenas assim se alcançaria o preceito que fundamenta a contratação: o interesse público. Esse é o alicerce conceitual do contrato administrativo francês,⁵ cujos elementos incorporaram-se à regulamentação no Brasil e, em derradeiro, delinearão a LGL.

Desse arrimo ideológico, advêm as principais críticas ao regime de contratação administrativa brasileira.

A primeira consequência reprovável da Lei nº 8.666/93 é a sua concepção dualista, que coloca em frontal antagonismo a Administração contratante e o particular contratado. O claro caráter adversarial entre público e privado na contratação é um critério marcante da LGL, e dele resultam

alguns pontos essenciais à compreensão da deficiência do regime geral.

De início, o confronto ideológico criado pela LGL torna a contratação, desde o início, ambiente litigioso, com pouca ou nenhuma margem de consensualidade. Essa mesma visão do contrato administrativo praticamente impede qualquer ação colaborativa com o privado, que sempre é visto como parte *ex adversa*, ou, no mínimo, como subordinado ao império da Administração que o contrata.⁶ Evita-se, com isso, o aproveitamento ideal da *expertise* do particular, proscriu de qualquer interação na definição dos elementos do contrato (*vide* a vedação do art. 9º, para que o autor do projeto não possa concorrer à execução deste). Impedem-se, da mesma forma, soluções consensuais, privilegiando-se a alteração e a rescisão unilateral pela Administração, o que somente induz ao litígio e a custos de transação mais elevados.

A gestão contratual, por sua vez, torna-se algo burocrático, justamente porque a desconfiança criada pela relação com o particular enseja a necessidade de um controle formal e da refutação *a priori* de qualquer solução mais eficiente. A Administração – ou melhor, o agente público – bem aprendeu a se valer das prerrogativas advindas de cláusulas exorbitantes e o faz, não por raro, num exercício de *checklist*, mais preocupado com formalidades instrumentais e pouco apreço pelo resultado.

Os efeitos dessa concepção são apurados facilmente pela análise mais rasa da realidade dos contratos celebrados pela Administração brasileira, o que denota o insucesso do regime de contratação, seja pelo volume de contratos não executados, seja pelo sabido custo de transação que aumenta a precificação feita e torna a execução usualmente mais onerosa do que aquela desempenhada entre privados.

O mais curioso, contudo, é que, mesmo diante de resultados pífios, a solução usualmente adotada é reforçar os elementos que mais contribuem com essa realidade. Não se nega, aqui, desmandos e desvios de conduta, bem como erros da

⁵ Não nos cabe, aqui, estressar toda a discussão histórica sobre a concepção contratualista administrativa. Vale, em resumo, a citação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Esse contrato quanto à execução se faz nos termos de determinações da Administração Pública, na conformidade das exigências do interesse público, de que é árbitra, alteráveis livremente por ela as suas cláusulas, mediante atos normativos ou decisões executórias, contanto que assegure à outra parte, isto é, ao particular, administrado, a equação econômico-financeira, razão do ajuste feito” (*Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 674).

⁶ A ideia de império da Administração está na concepção que a doutrina brasileira tradicional confere ao contrato administrativo. Assim, numa das suas primeiras edições, Hely Lopes Meirelles: “Assim também quando a Administração contrata fornecimentos, obras e serviços próprios de sua atividade estatal, ela o faz sem se despir do *jus imperii*, do poder de impor a sua vontade sobre o modo, forma, tempo e condições da execução da obra ou da prestação do serviço” (*Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 227).

Administração e do particular. Mas, mesmo dentro do arcabouço regulatório vigente, vícios aparentes tendem a se sobrepor e mesmo a se reforçar, sendo um contributo recorrente à perenização dessa situação adversa.

Diante do protagonismo potestativo da Administração e de um controle eminentemente formal, há pouca *accountability*, isto é, não há preocupação com o dever de prestar contas de modo eficaz. Há pouca deferência ao mérito das decisões da Administração, desde a escolha dos termos da licitação e do contrato, bem como da definição dos parâmetros de execução e, principalmente, da aferição de resultado.

Em termos específicos de licitação, o procedimento de escolha do contratado é outro ponto falho do regime geral de contratação. Privilegia-se, de igual forma, uma burocracia formal em detrimento da eficiência esperada de um processo que deveria, nos termos da própria Constituição, ater-se à “igualdade de condições a todos os concorrentes”, limitando-se, ainda, às “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

No entanto, a Lei nº 8.666/93 transformou a licitação numa gincana, não apenas pelo extenso rol de exigências de habilitação, muitos deles que não guardam qualquer relação com a premissa constitucional de apenas exigir o essencial em termos de aferição da capacidade técnica e econômica dos licitantes. Inclusive, ao propor uma série de exigências desarrazoadas, a LGL acabou por conferir uma liberdade maior para que agentes públicos, de má-fé ou por descuido, acabem tornando o processo não isonômico, por estabelecer barreiras indevidas a determinados interessados.

A comunhão desses fatores resulta num procedimento lento, litigioso e que tende a ser demasiadamente oneroso para a Administração (na condução de todo o processo) e para os particulares (no tempo e esforço empreendido para preparar a documentação). Dispense-se longo tempo apenas na tarefa de analisar e julgar documentos de habilitação, que, em alguns casos, somam inúmeras páginas de documentação. Tempo adicional tende a ser perdido em recursos e impugnações que se somam aos autos do processo e demandam esforços dos licitantes – na justa que naturalmente se estabelece entre competidores – e da Comissão de Licitação, que irá apreciar e julgar esse litígio. Com alguma sorte, ainda é possível evitar que a discussão prossiga em processos

judiciais, estendendo a licitação por mais algum tempo e estorvando também o Poder Judiciário.

Em síntese, são esses os principais pontos do regime geral de licitações que merecem reparo, a partir da experiência vivenciada em quase três décadas de vigência da LGL. É nesse cenário já bastante debilitado que a pandemia da Covid-19 insere-se, exacerbando as deficiências já existentes e aumentando os efeitos negativos que a regulamentação vigente ocasiona à contratação administrativa.

3 Terapêutica legislativa

Num cenário de adversidades já tradicional, as medidas legislativas pensadas para o combate da pandemia da Covid-19 concentram-se, em sua maioria, na provisão de mecanismos mais ágeis de contratação pela Administração Pública. Essa perspectiva é altamente previsível, porquanto é natural que a primeira linha de ataque seja permitir contratações céleres, hábeis a prevenir e combater a enfermidade a tempo e modo úteis.

De rigor, medidas dessa ordem poderiam ter lugar mesmo numa seara regular mais favorável, isto é, num contexto de regulamentos vigentes mais consentâneo com a celeridade. Em um regime burocrático e lento, mais razões para que se cogite de instrumentos emergenciais aptos a assegurar que bens e serviços sejam fornecidos tempestivamente.

As medidas adiante averiguadas caminham juntas nesses objetivos.

3.1 A Lei nº 13.979/2020 e suas alterações

Assim é que a Lei nº 13.979/2020, responsável por aglutinar medidas de enfrentamento à pandemia, ocupou-se de prever um pequeno regime de contratação, com instrumentos que presumem a emergência apta a prescindir de licitação e tornam ainda mais flexíveis os procedimentos de seleção em relação ao usualmente adotado nas dispensas de licitação emergenciais previstas na LGL. De início, a previsão legal cingia-se à previsão genérica de dispensabilidade da licitação, delimitando o âmbito desse regime específico pelo objeto (aqueles voltados ao enfrentamento da pandemia) e pelo período (durante “a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”). Finalizava sua redação original ao predicar a necessidade de

transparência dessas contratações, com obrigações específicas de divulgação das informações relevantes de cada contrato em sítio eletrônico oficial.

Pouco tempo após a promulgação da lei, seu art. 4º foi objeto de diversas inclusões promovidas pela Medida Provisória nº 926, responsável por alterar substancialmente a regulação das contratações em tempos de pandemia. A MPV nº 926 não apenas detalhou o regime emergencial já previsto, mas também carrou alterações específicas em regimes já existentes. Fez isso, sem dúvida, de modo atabalhado, ao misturar regras aplicáveis para cada modalidade de licitação num mesmo dispositivo e, de resto, sem deixar claro se algumas disposições nela constantes predispõem orientações gerais, para todas as modalidades licitatórias.

Nesse último ponto, ampliou a possibilidade de utilização do registro de preços para a hipótese de dispensa; prazos nos pregões foram reduzidos à metade daquele predicado na legislação vigente; recursos administrativos licitatórios passam a ter apenas efeito devolutivo; dispensa-se a audiência pública prevista na LGL; o limite percentual de alteração do valor dos contratos previsto no art. 65 da LGL passa a ser de 50%; restrições de fornecedores ou prestadores permitem abdicar de exigências de regularidade fiscal e trabalhista e, ainda, de alguns requisitos de habilitação; para a aquisição de bens e serviços comuns, restam dispensados estudos preliminares; para as demais, admite-se um termo de referência ou projeto básico simplificados.

Tais medidas sobejam as contratações feitas por dispensa de licitação – mas, também a elas, aplicam-se – e fornecem um instrumental mais ágil à contratação de escopos essenciais ao enfrentamento da pandemia. A estas se somam providências de delimitação da duração máxima dos contratos celebrados sob esse regime específico, restrita a seis meses, com possibilidade de prorrogação até o término da pandemia.

De modo geral, as previsões até aqui expostas não carregam características mais polêmicas. São, por certo, voltadas a tornar mais célere a seleção do particular, de um lado, e a adaptar minimamente a gestão contratual à realidade mais dificultosa ensejada pela pandemia.

Outras disposições, contudo, ensejam algum debate sobre o que pretendem introduzir

à contratação emergencial. A elas, dedicaremos análise com alguma detença.

A primeira delas, sem dúvida, é o permissivo para que empresas declaradas inidôneas ou que estejam com o direito de licitar e contratar suspensos possam ser contratadas pelo regime extraordinário da Lei nº 13.979/2020, caso comprovada a exclusividade do fornecedor ou do prestador. Essa previsão, do novel §3º do art. 4º, traz consigo o sempre presente risco de desvirtuamento da contratação administrativa, dela se valendo para fins escusos ou particulares do agente público ou do contratado. Afinal, tomada de maneira descuidada, a faculdade predicada pelo dispositivo daria ensejo a contratações que teriam como único intuito conferir privilégios àquelas empresas que já atestaram eventual má-fé na condução dos seus negócios com a Administração, muitas vezes, com prejuízos ao erário e à satisfação da entrega de contratações anteriores.

O temor é justificável, sem dúvida, pois a tradição da contratação administrativa ainda expõe precedentes desabonadores, infelizmente. Contudo, parece-nos que a preocupação é devidamente contemplada pela necessidade expressa de comprovação da especial característica de ser o fornecedor ou prestador o único capaz de cumprir o objeto demandado, isto é, a Administração não se desincumbe do mister de atestar a excepcionalidade da conjuntura que forceja abdicar dos efeitos sancionatórios existentes. Eventuais excessos ou má utilização do permissivo poderão, como de resto qualquer ato indevidamente praticado, ser saneados no exercício do controle interno e externo, inclusive com reforço de sanções, se comprovada a responsabilidade.

É difícil, afinal, prescindir de um bem ou serviço essencial ao enfrentamento da pandemia apenas por um apego irrestrito à satisfação do poder punitivo estatal. Fazê-lo implicaria admitir que para o interesse público é mais relevante reafirmar o poder de polícia do Estado do que a satisfação de uma necessidade premente para a coletividade. Estaríamos todos, pois, retornando a um conceito de Estado eminentemente autoritário, intrínseco a um passado que já se tinha por proscrito há muito, quando da reafirmação do Estado Democrático de Direito e de uma administração mais servil ao cidadão do que mero instrumento do poder estatal.

Aliás, em parcial antecipação do tema do tópico seguinte, a questão das sanções administrativas em licitações e contratos é tema que merece

maior vagar do legislador. Seria o caso, ao menos, de uniformizar o regramento sobre a suspensão do direito de licitar e da declaração de inidoneidade, hoje disperso em leis distintas, cada qual com disposições específicas.⁷

Por fim, encerrando a análise da Lei nº 13.979/2020, é oportuno tratar da possibilidade de se promover contratação sem estimativa de preços (cf. §2º do art. 4º-E), previsão que já vem encontrando resistência no próprio Congresso, a partir de emendas propostas à MPV nº 926, que incluiu o dispositivo no texto da Lei. Por ele, em situações excepcionais e mediante justificativa da autoridade competente, a contratação pode se ultimar sem estimativas de preços, promovidas, por sua vez, em uma das modalidades previstas no inciso VI do §1º do mesmo art. 4º-E.

A principal objeção ao permissivo refere-se à eventual abertura à contratação demasiadamente onerosa, porquanto realizada sem parâmetro de valor. Essa, sem dúvida, é outra preocupação plausível, conquanto tenhamos que a questão se resolve em termos similares à questão da contratação de empresas com vedações à contratação por sanções anteriores.

Por certo que a previsão legal abre uma porta a eventual abuso por parte de agentes públicos que, de má-fé ou por imperícia, acabem por não tomar precauções necessárias e resultando no demasiado alargamento da aplicação do dispositivo. Nesse cenário, contratos podem vir a ser celebrados com valores mais altos do que os usuais, eis que ausente estimativa de preço anterior.

Aqui, há de se fazer uma ressalva conjuntural inescusável: num cenário de pandemia, é admissível que o preço de fornecimento ou de prestação seja acima do que usualmente praticado. De fato, é máxima do mercado que a chamada lei da oferta e da procura seja elemento marcante da precificação de qualquer bem ou serviço. Não conseguimos vislumbrar uma situação de pressão sobre a demanda maior do que uma pandemia, a majorar a procura, em escala global, por bens e serviços necessários ao seu enfrentamento.

Num cenário com essas características, é crível supor que valores elevados nas contratações

não sejam resultado direto da ausência de estimativa de preços, mas, sim, de regras de mercado que forcejam aumento dos preços ofertados para o fornecimento ou prestação. Da mesma forma, é preciso cautela no momento de aferir eventual sobrepreço ou superfaturamento nessas contratações – algo que notícias e processos de investigação vêm demonstrando estar ocorrendo –, pois, em alguns casos, valores a maior que os usualmente praticados não serão consequência de má-fé, mas de uma condição irrefragável de mercado. Até por isso, é difícil cogitar que parâmetros normalmente manejados para aferir preços sejam aplicáveis, pois, em muitos casos, estão orientados por condições próprias de uma normalidade que, infelizmente, não vivemos no momento.

Por fim, é preciso destacar que, no momento de feitura deste trabalho, ambas as medidas provisórias que ampliaram o regramento da Lei nº 13.979/2020 sobre licitações e contratos ainda se encontram em tramitação no Congresso. Algumas das suas disposições poderão, então, alterar-se ao cabo do processo legislativo.

3.2 Proposições diversas

Além da Lei nº 13.979/2020 e das medidas provisórias que a modificaram, há medidas adicionais que pretendem conformar a contratação administrativa ao enfrentamento da Covid-19. Estas atacam pontos específicos sem muito método, tanto que, em alguns casos, repisam temas já enfrentados no aludido diploma.

Referência inicial é feita à Emenda Constitucional nº 106, que, em seu art. 2º, parece cuidar apenas da possibilidade de a Administração, em caráter temporário e emergencial, adotar procedimento simplificado para contratação de pessoal. Assim é que o artigo faz referências a dispositivos constitucionais que disciplinam essa matéria. No entanto, em dado momento, o art. 2º predica isoladamente que o permissivo de contratação por procedimento simplificado também pode ser aplicado para obras, serviços e compras.

O único detalhe que o dispositivo se ocupa de conferir a esse procedimento é a necessidade de assegurar, “quando possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes”, o que, na prática, não quer dizer muita coisa.

A par da fraca técnica legislativa, por meio de termos vagos e subjetivos, no aspecto das contratações de obras, serviços e compras, o dispositivo

⁷ Além da LGL, a Lei do RDC (nº 12.462/2011) e a Lei Orgânica do TCU (nº 8.443/92) dispõem sobre prazos distintos de vigência das sanções aplicadas, sendo certo que eventual condenação do TCU pode, inclusive, sobrepor-se à eventual prazo estipulado pela Administração com arrimo na LGL. Afinal, nesta lei, o parâmetro temporal é pelo piso (no mínimo dois anos) e o TCU, por sua vez, tem faculdade de aplicar até cinco anos.

é completamente desnecessário. De início, a referência genérica a procedimento simplificado não diz absolutamente nada, quando se tem que o próprio inciso XXI do art. 37 já admite inclusive a inexistência de licitação em casos previstos por lei, o que, aliás, dá azo à dispensa emergencial prevista na Lei nº 13.979/2020. Além disso, em nenhum momento, a Constituição apregoa um procedimento único de licitação, donde é difícil supor qual o parâmetro para o conceito de “simplificado” adotado pela EC nº 106. Ao aludir a um procedimento simplificado, a EC nº 106 parece assumir que a LGL seria um dispositivo monopolista de regulamentação do inciso XXI do art. 37, ou, ao menos, hierarquicamente superior, a ponto de padronizar um dado procedimento.

E, justamente, por não haver predileção constitucional a uma legislação una de licitações e contratos, autorizar um “procedimento simplificado” é despropositado, pois qualquer legislação ordinária poderia predicar um regime mais simples de contratação. Isso, aliás, já foi feito pela Lei nº 10.520/2002, quando regulamentou o pregão, modalidade de contratação notadamente mais simples que a prevista na LGL.

Para que uma nova lei (a própria Lei nº 13.979/2020, inclusive) dispusesse sobre procedimentos simplificados de contratação, não há nenhuma necessidade de alteração no texto constitucional.

A MPV nº 961 é o último dispositivo aqui analisado e o único que adentra com mais vagar a execução contratual, sendo certo que os diplomas anteriores estão adstritos, em sua maioria, à licitação. Esta também está presente na MPV nº 961, ao se aumentarem os valores máximos admitidos para a dispensa de licitação prevista nos incisos I e II do art. 24 da LGL. Contudo, o foco maior do diploma provisório recai em dois pontos que dizem diretamente com o contrato.

O primeiro deles é a ampliação do RDC para todos os contratos celebrados durante o período de vigência da calamidade pública decretada pelo Congresso. O segundo permite a antecipação de pagamentos para novos contratos, desde que previsto no edital e com algumas cautelas relacionadas à execução pelo contratado.

A ampliação do RDC não é algo que demande análise detalhada, tendo em conta que este Regime já é sabido e aplicado há muito. Contudo, é interessante notar que, ao decidir aplicar o RDC para todos os contratos, o Executivo

acaba por atestar a ineficiência do regime geral da LGL. Na verdade, desde o seu nascedouro, o RDC é o maior exemplo da necessidade de prover um regime mais eficaz à contratação, tanto que surgiu no bojo das obras e serviços necessários à realização de eventos esportivos de grande magnitude, justamente, por se reconhecer que a celeridade e complexidade dessa contratação não seria suportada pela LGL.

Desde a sua edição, e especialmente após sucessivas ampliações da sua aplicação, a coexistência do regime geral e do RDC é uma situação curiosa, pois pressupõe a manutenção de uma dualidade de regramentos, com a tácita – quiçá explícita – aceitação de que o regime geral é ineficiente. Ainda assim, mantém-se esse regime válido e eficaz. Sobre esse tema, voltaremos no tópico seguinte.

Volvendo à MPV nº 961, a questão da antecipação de pagamentos é um exemplo de disposição pouco pensada. Isso, não por contestarmos os benefícios da medida. Ao conferir instrumento de proteção da justa remuneração, mitiga riscos de inadimplementos dos quais poderia advir o risco de inexecução do contrato. Em termos de objetos essenciais à urgência do enfrentamento da pandemia, não se pode cogitar de interrupção ou impossibilidade de entrega da prestação contratada.

A crítica à MPV vem, no entanto, da restrição à antecipação de pagamentos apenas para novos contratos que, justamente pelo momento em que se encontram, ainda são permeáveis à adoção de medidas de proteção que poderiam ser previstas pelo edital. Olvida-se da proteção aos contratos já em curso e que sofrem diretamente os efeitos da pandemia, sem contar com medidas protetivas, já que não se cogitava de situação tão extraordinária quando da sua elaboração. A questão, aqui, é o reconhecimento de que a emergência desses contratos, igualmente relevantes ao interesse público, mereceria alguma proteção. Nesse contexto, ampliar a antecipação do pagamento para os contratos vigentes seria uma medida de proteção válida.

O pouco apreço aos contratos vigentes é inadequado traço marcante das disposições atualmente em vigor (ainda que precariamente, na forma de medidas provisórias) e que conferem um regramento específico para a contratação administrativa em tempos de pandemia.

Não se sabe ao certo a razão de descaso de tal ordem. Indubitavelmente, não nos parece justificável negligenciar uma plêiade de contratos em curso, cuja consecução é severamente comprometida pela situação vigente. A inexecução dessas avenças constitui um problema sério nas mãos da Administração, que não pode simplesmente assistir passivamente o declínio da execução, em alguns casos, até que reste indefinitivamente inadimplida.

Quando menos, a inexecução em massa de contratos deixará um enorme passivo para a Administração que terá de arcar com eventuais indenizações e com os custos de novas contratações. Em alguns casos, não é nem sequer possível cogitar de solução de continuidade, tendo em conta a essencialidade da prestação ou fornecimento.

A expectativa é que se tenha a sensibilidade necessária para reconhecer esse problema e conseguir encaminhar soluções viáveis que auxiliem na mitigação dos seus efeitos, algo que, até o momento, está adstrito a projetos de lei de iniciativa do Congresso: o PL nº 2.139, de autoria do Senador Antonio Anastasia, e o PL nº 1.971, do Deputado Federal Geninho Zuiliani. Ambos, no entanto, ainda se encontram no início da sua tramitação.

Nos dois, há proposições específicas para autorizar o manejo de instrumentos de salvaguarda dos contratos vigentes, fornecendo um arcabouço normativo que confere algum conforto ao agente público, na tomada das decisões, e, também, segurança jurídica para alterações carreadas aos contratos.

São, portanto, proposições relevantes, ainda que não visem necessariamente à promoção de contratações emergenciais de enfrentamento direto da pandemia. Se é que é mesmo possível cogitar que muitos dos contratos em vigor não sejam igualmente indispensáveis nessa tarefa. Basta imaginar contratos de gestão de unidades hospitalares, por exemplo, ou mesmo os de fornecimento de medicamentos e insumos ao Sistema Único de Saúde; ou, ainda, contratos de concessão de serviços públicos cuja essencialidade pode advir da relevância para a logística de pessoas e insumos necessários à resposta à pandemia ou mesmo para a distribuição de energia elétrica.

Enfim, é inquestionável que o desprezo até então delegado aos contratos em curso pode ser extremamente prejudicial, se não saneado em

tempo hábil de salvaguardar o máximo de avenças possível.

4 Profilaxia e as lições para a reformulação do regime contratual administrativo brasileiro

Vencida a pandemia, é certo que muitas das disposições previstas para o momento mais agudo de urgência não têm lugar em situação de normalidade. Conquanto não seja nossa pretensão defender que essas medidas se espraíem para além do enfrentamento aos efeitos da calamidade decorrente da pandemia, é inquestionável que elas desvelam ineficiências históricas do regime de contratação administrativa nacional.

De um lado, o procedimento licitatório reafirmou-se em sua burocracia e ineficiência, o que demandou soluções específicas para prover-lhe a celeridade imprescindível ao atendimento das medidas de enfrentamento da pandemia. No entanto, mesmo em condições normais, é preciso chamar a atenção para os custos desnecessários trazidos com os procedimentos e regras da licitação, que ainda privilegiam formalismo em detrimento de eficiência.

À ineficiência se comunga pouco apreço pela estruturação dos contratos, cujas vicissitudes foram ainda mais expostas com as medidas emergenciais, ao predicar a permissão para abdicar de estudos preliminares e adotar projeto básico ou termo de referência simplificados. É compreensível a intenção das medidas emergenciais, considerando as dificuldades havidas para a Administração conformar suas contratações, notadamente aquelas que demandam maior complexidade.

O projeto – básico ou executivo – sempre foi algo tormentoso no âmbito dos contratos públicos, e a normativa da LGL contribui para majorar a dificuldade em conferir um bom tratamento a esse elemento essencial dos contratos. Conforme já falamos, a noção maniqueísta do particular levou a uma divisão estanque entre projetista e executor, de modo que a contratação do projeto é segregada daquela voltada à execução do objeto. Em outra oportunidade,⁸ já nos debruçamos com mais vagar sobre as nuances do projeto, com foco nas

⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. O regime de controle e fiscalização das parcerias público-privadas: o papel do projeto executivo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 81-107, abr./jun. 2013.

distinções entre o regime geral e o regime concessionário, que, de resto, conferiu regramento mais eficaz à elaboração do projeto. Por aqui, cumpre apenas mencionar que dispensar maior atenção ao regulamento dos projetos é um bom começo, não apenas para tornar as licitações mais céleres, mas também para oferecer uma melhor alocação de riscos do contrato, especialmente se permitido conjugar a elaboração e a execução do projeto, algo até já tentado pela contratação integrada (no RDC), mas que precisa ser revisitado, especialmente para proscrever críticas usualmente feitas a esse regime de contratação.

Outra questão suscitada pelas medidas excepcionais é o conjunto de exigências de habilitação, eis que a Lei nº 13.979/2020 extingue a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, tema recorrente nas discussões sobre habilitação de licitantes, justamente pela burocracia adicional que insere no certame, em temas alheios à delimitação prevista pelo inciso XXI do art. 37 da Constituição. Afinal, não nos parece crível que a licitação possa servir como instrumento de coação de adimplemento de obrigações fiscais e trabalhistas. Não negamos, por certo, o caráter indutivo que a exigência traz para que particulares observem obrigações dessa ordem, mas é questionável o custo-benefício dessa previsão, tendo como contraponto o ônus adicional para participantes e para a Administração contratante.

Distanciamos-nos, portanto, de corrente que justifica tais exigências como corolário da referência constitucional à necessidade de aferir a qualificação econômica, ao possibilitar o conhecimento sobre débitos fiscais, que poderiam obstar a saúde financeira das licitantes.⁹ A uma, pois há exigências legais específicas que denotam com mais clareza e certeza a qualificação econômico-financeira, sendo despiciendo estipular demanda redundante, a partir de uma externalidade da regularidade fiscal e trabalhista. A duas, porque não é objetivo da licitação ser instrumento de controle da situação fiscal dos privados, algo para o qual a competente estrutura fiscal montada para esse desiderato é muito mais eficaz.

Antes, conforme bem sintetizado por Ivan Barbosa Rigolin, “Licitação, pela definição do art. 1º do Estatuto, é o procedimento para escolha da proposta mais vantajosa aos pretendidos

negócios da Administração, e nada além disso”. E conclui: “Dia de licitação é dia de escolha da melhor proposta de negócio para o poder público, não dia de derrama, e de execração de quem, acaso, atrasou um mês no recolhimento do FGTS de seus empregados”.¹⁰

Genericamente, então, é o caso de cogitar de um procedimento mais ágil de aferição da capacidade dos licitantes, aproximando a licitação dos cânones estipulados pela Constituição. Esse rol de exigências de regularidade jurídica, fiscal e trabalhista, e mesmo algumas de qualificação econômico-financeira (o balanço, por exemplo) serve apenas para apenar o descuido formal dos licitantes que, mesmo se saneado em diligência, tende a demandar um litígio desnecessário, com custos de transação ainda mais dispensáveis. Afinal, não se tem estudo estatístico, mas é aceitável supor que um sem-número de licitações deve transcorrer com certidões de regularidade fiscal positivas com efeito de negativas, essa, aliás, outra solução pitoresca do regime de arrecadação e fiscalização tributária nacional.

4.1 A enfermidade crônica da contratação administrativa

O conjunto das medidas emergenciais torna inescusável o cenário adverso à contratação administrativa e ilustra com perfeição os efeitos daí sucedidos. É curioso que a solução passe por flexibilizar amarras que existem tão somente por uma série de desconfianças que há na relação entre a Administração e o particular e, igualmente, sobre a capacidade gerencial do próprio agente público, para quem é defeso atuar com um mínimo de liberdade para adotar postura mais gerencial.

A conjunção desses dois fatores acarreta um plexo de regras que tomam como certa a má-fé do particular, do agente público, ou de ambos, cujo remédio implica reduzir ao máximo a consensualidade e o controle de resultados. Antes, admite-se que a melhor forma de prevenir e tratar o desvio de conduta e assegurar a eficiência do processo de contratação é reduzir ao máximo a liberdade de as partes discutirem, pensarem e convencionarem soluções mais eficientes.

Não fosse por isso, seria muito mais simples cogitar de soluções para mitigar os efeitos da pandemia da Covid-19 e, em situação mais

⁹ Nesse sentido, SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações & contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 195.

¹⁰ Quitação com FGTS e seguridade social nas licitações. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v.12, p. 467-469, 1992.

comum, das adversidades naturais dos contratos. Contudo, partimos de um cenário já tão engessado e amarrado a regras rígidas, que a única forma de adaptar os contratos à realidade excepcional que se apresenta é por meio de novas leis e normas que flexibilizam aquelas vigentes.

A contratação administrativa é, assim, bastião de um conceito de Estado ainda calcado numa atuação imperial da Administração, afeita a preceitos de primazia do interesse público e que preceitua aversão a qualquer interação mais eficiente com o particular. Mais que isso, assume que o agente público é uma entidade que deve se mover exclusivamente por comandos rígidos e que, justamente por isso, presta contas apenas sobre o cumprimento escorreito dessas formalidades, com pouca ou nenhuma estima com o resultado obtido e com os ônus para se chegar a esse resultado.

Essa resistência à modernização das relações contratuais e da forma de escolha do contratado reflete uma situação, no mínimo, curiosa. Vivemos sob à égide de uma base normativa da década de 80, cuja tentativa mais robusta de atualização, ocorrida menos de dez anos depois, manteve a maioria das regras e, mais do que isso, as concepções por trás dessas regras.

A certeza sobre esse anacronismo é inegável. Ainda assim, manifesta-se quase sempre na proposição de soluções paliativas, que se afastam de uma revisão mais profunda dessas mesmas concepções. Mantém-se, dessa forma, um regime geral imutável e, muitas vezes, tido como soberano, senão monopolista da regulamentação das licitações e contratos. Mas, como é impossível negar as deficiências, estabelece-se uma infinidade de outros regimes, com aplicação comedida, mas que atacam, cada qual, apenas partes do problema, com pouca sistematização. Promovem-se, a partir daí, verdadeiros testes de estresse, nos quais se intenta ir ampliando aos poucos o alcance de cada uma dessas soluções, de modo a verificar especialmente como se comporta o aparato de controle e a própria Administração em relação às inovações.

Dois exemplos evidenciam bem essa narrativa.

De início – e mais óbvio – o RDC, cuja origem é notoriamente associada à certeza da ineficiência do regime geral, o que atrapalharia a consecução das obras e serviços voltados à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos RIO 2016.

Com o temor de inexecução de escopos imprescindíveis à realização desses eventos, concebeu-se um regime voltado majoritariamente à maior eficiência em obras e serviços de engenharia. Não por acaso, a inovação mais sensível do RDC foi a contratação integrada, que reúne projeto e execução da obra num mesmo contrato. Também não é surpresa que foi justamente a contratação integrada o ponto mais atacado pela estrutura de controle, ao ponto de, alguns anos depois, na Lei das Estatais, criar-se a figura pitoresca da contratação semi-integrada.

O RDC passou, então, por um contínuo processo de ampliação, resultado de diversas leis que alargavam sua aplicação para outros objetos e setores – até chegar, em última instância, às contratações emergenciais da Covid-19. A justificativa era sempre a mesma: o RDC é tido como regime mais eficiente que o da LGL. Não por acaso, o RDC é a base para a Lei das Estatais, que, em tese, seria um ambiente de maior liberdade, *ex vi* o permissivo do art. 173 da Constituição para que empresas estatais tivessem regime realmente diferenciado de contratação.

Contudo, mesmo com esse amplo reconhecimento, o regime geral ainda resiste firmemente, orientando, inclusive, a interpretação e aplicação de outros regimes. Não por acaso, a confusão decorre da aplicação de preceitos da LGL às concessões e PPPs¹¹ e aos regulamentos de licitações e contratos editados por estatais, que se afiam muito mais na LGL do que na própria Lei das Estatais.¹²

O segundo exemplo é a proposta de atualização da legislação de contratação pública, que visa substituir a LGL, a Lei do Pregão e a Lei do RDC. Trata-se do PL nº 1.292/1995, proposição mais avançada e completa entre tantas já intentadas. Conquanto consiga alguns avanços, o texto do projeto é uma reunião daquilo que já consta desses diplomas, voltado especialmente à ampliação de disposições dos ditos regimes de alcance restrito, tornando-as regras gerais.

¹¹ Com maior detalhe, ver o nosso A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014.

¹² Conforme arguta pesquisa feita por Pedro Ivo Peixoto da Silva, que analisou diversos regulamentos editados pelas estatais em cumprimento à norma do art. 40 da Lei das Estatais (*Regulamentos de licitações editados sob a Lei 13.303/2016: instrumentos de inovação ou de repetição?*). Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018.

No fim do dia, portanto, a grande renovação (ainda em estudo) do regimento contratual da Administração é mera consolidação do que já existe, em alguns casos, há mais de vinte anos (como é o caso de disposições da legislação de concessões, da década de 90). Incorre-se, pois, no mesmo equívoco da LGL que foi mero rescaldo do que já existia há anos quando da sua edição.

O regime contratual da Administração é, portanto, um contraponto a um amplo movimento de modernização do Estado, fenômeno global que ascendeu com maior vigor na década de 90,¹³ mas que não logrou renovar eficazmente a forma com a qual a Administração conforma os seus contratos. Em vez de incorporar mecanismos da contratação privada que privilegiam a eficiência sem abdicar de controle e rigor na execução das avenças, mantém-se a concepção de autoridade estatal quase absolutista, e prerrogativas irracionais de gestão contratual.

Concepção dessa ordem constrói um hibridismo perverso no regime contratual, travestido de eficiente pela mera incorporação de parcos elementos dos contratos privados. Em vez de evoluir concretamente, todavia, temos um rol de contradições que acabam carreando prejuízos maiores.¹⁴

5 Prognóstico

Nossa intenção com o presente trabalho foi além de uma mera exposição das propostas legislativas que cuidam das licitações e contratos

no período pandêmico atual. Fosse esse o caso, incorreríamos forçosamente em um artigo datado, de serventia limitada, tanto o mais pela precariedade de dispositivos encerrados por medidas provisórias ou projetos de lei.

Adotamos, pois, proposta mais abrangente e que parte da compreensão de que muitas proposições em vigor desvelam falhas estruturais do regime de contratação administrativa. A excepcionalidade da situação demandaria ajustes pontuais, sem dúvida, independentemente do quão eficiente fosse o regimento vigente. Contudo, é nítido que alguns dispositivos propostos servem apenas para flexibilizar regras rígidas ineficientes, o que acaba por dizer mais sobre problemas anteriores do que, propriamente, sobre uma necessidade do momento adverso extraordinário da pandemia.

Constatar essa realidade torna mais frutífero discutir se não, então, uma conjuntura favorável para se repensar o modelo de contratação administrativa brasileiro. Ao menos, tem-se rara oportunidade na qual os tradicionais vícios desse modelo estão flagrantes e todas as suas mazelas sobressaem a olhos vistos. É o caso, pois, de entender toda essa situação como um interregno em que as resistências tradicionais e já há muito questionadas podem, enfim, ser sobrepostas por concepções mais racionais.

Não se trata, por certo, de ardil para tirar alguma vantagem da excepcionalidade do momento, alterando de afoito e a fórceps o regime vigente. Ao contrário, é o caso de não ignorar a ocasião favorável à rediscussão dos problemas do regime de licitações e contratos, e, com isso, verificar o que pode ser aprimorado.

O azo desperdiçado será a reafirmação do modelo inapropriado de contratação que temos e, sem dúvida, tornará ainda mais difícil a superação das consequências da Covid-19 nos contratos – vigentes e futuros. Mais do que nunca, há um premente e inescusável dever de prover soluções eficientes, sem as quais um amplo plexo de contratos quedar-se-á inexecutável, proscritas as entregas deles esperadas, em evidente descompasso com o interesse coletivo.

Estamos, portanto, aproveitando desse ensaio para lançar luzes sobre essa conjuntura e, quem sabe, contribuir para que não se perpetue o panorama infausto das licitações e contratos. Ignorar a urgência do período e enfrentá-la de modo acanhado predica perdas ainda mais

¹³ “As políticas de modernização administrativa, que se desenvolveram nos países ocidentais e, em seguida, nos países em transição e em desenvolvimento sob a pressão da transformação global dos princípios de organização do Estado caracterizada pelas mesmas ideias-forças: reduzir o custo do funcionamento dos serviços administrativos; privilegiar o ‘desempenho público’, pela definição de resultados e o estabelecimento de dispositivos de avaliação; melhorar os serviços prestados aos usuários; flexibilizar as regras de gestão da função pública; praticar uma ampla delegação das responsabilidades, notadamente pela transferência das atividades de prestação. Assim o fazendo, a ‘nova gestão pública’ tende à importação para a esfera pública dos métodos de gestão do privado: a transformação do estilo de direção, o esforço de responsabilização dos gestores e a melhoria das relações com os administrados se inspiram, a títulos diversos, em um modelo de tipo empresarial” (CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 96).

¹⁴ “An entrepreneurial state does not only ‘de-risk’ the private sector, but envisions the risk space and operates boldly and effectively within it to make things happen. Indeed, when not confident, it is more likely that the State will get ‘captured’ and bow to private interests. When not taking a leading role, the State becomes a poor imitator of private sector behaviours, rather than a real alternative. And the usual criticisms of the State as low and bureaucratic are more likely in countries that sideline it to play a purely ‘administrative’ role”. (MAZZUCATO, Mariana. *The entrepreneurial state*. Debunking public vs. private sector myths. Londres: Anthem Press, 2013, p.6).

acentuadas para a Administração, para os particulares por ela contratados e, por conseguinte, para toda a sociedade.

Roga-se que não se desaproveite dessa oportunidade, com a seriedade necessária também para que ela não se transmude em oportunismo. Cautelas devem ser atendidas, mas não é crível que, mesmo com o problema estampado de modo diáfano, insista-se em ignorá-lo, optando-se por subterfúgios e paliativos com pouca ou nenhuma eficácia.

O prognóstico de como o regime de contratação comportar-se-á e da eficácia das medidas que vêm sendo cogitadas dependerá, sobremaneira, das balizas com as quais os problemas majorados pela pandemia venham a ser enfrentados, de modo tímido e restrito, ou de maneira ampla e estrutural.

Government Contracts and Covid-19: Past, Present, and Future of Public Procurement

Abstract: The Covid-19 pandemic is a whole new scenario from which complex effects result in government contracting in Brazil. To reduce such effects, the Brazilian Congress is evicting a lot of bills, even with a constitutional amendment already published (Federal Government is issuing a lot of Executive Orders and Provisory Acts, as well). Indeed, none of the national legal orders was prepared for such an extraordinary event, and legislative actions are unavoidable. Nevertheless, after reviewing the proposed bills here in Brazil, it is clear that some of them aim the usual flaws and gaps from the legal framework of government contracting. Historically issues of government procurement in Brazil could have been addressed before the pandemic, but that was not the case, and the adverse effects of those issues are not a result of the Covid-19 whose impacts end up being a catalyst for the undesirable situation of government contracts in Brazil. Once the pandemic is over, one should not expect that that situation would get any better without a more in-depth review of the Brazilian government contracts legal framework. This essay reviews those gaps by analyzing the content of the legislative actions that the Brazilian Congress is proposing to combat the Covid-19. It aims, then, to reaffirm the need to correct the traditional weaknesses of government contracts in Brazil.

Keywords: Government contracts. Covid-19. Legislation examination. Failure of regulation.

Referências

CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GASPARINI, Diogenes. Pregão presencial. In: GASPARINI, D. *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 19-58.

HUPSEL, Edite Mesquita; COSTA, Leyla Bianca Correia Lima da. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, jul./set. 2014. p. 125-151.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; LOUREIRO, Caio de Souza. O regime de controle e fiscalização das Parcerias Público-Privadas: o papel do projeto executivo. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, abr./jun. 2013. 81-107.

MAZZUCATO, Marianna. *The entrepreneurial state. Debunking public vs. private sector myths*. Londres: Anthem Press, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade pregão*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Quitação com FGTS e seguridade social nas licitações. *Boletim de Licitações e Contratos - BLC*, São Paulo, 5 dez. 1992. p. 467-469.

SILVA, Pedro Ivo Peixoto da. *Regulamentos de licitações editados sob a Lei 13.303/2016: Instrumentos de inovação ou de repetição?*. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. Contratações administrativas e Covid-19: passado, presente e futuro na regulamentação das licitações e contratos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 20, n. 234, p. 57-68, ago. 2020.
