

Velloso: A nova onda do liberalismo nas contratações públicas

Em dias de pandemia da Covid-19, o Brasil se surpreende com uma nova medida provisória que autoriza procedimentos administrativos certamente liberais independentemente de motivação explícita da pandemia. Percebe-se uma tentativa de incentivo ao mercado e ao capital pós-pandemia, inclusive. Será resultado de um estudo econômico? Há de se analisar. O disposto nesta medida provisória aplica-se aos atos realizados durante o estado de calamidade reconhecido pelo [Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020](#), o que se não se refere exclusivamente ao período de pandemia, mas a seus reflexos pós-

existir.



De imediato, a norma citada autoriza a administração direta,

autárquica e fundacional no âmbito da melhor interpretação da vinculação da Lei 8.666/93. As regras novas não se aplicam às estatais da Lei 13.303/16.

Nesse ponto, observamos que a medida provisória traduz uma demonstração liberal do Estado. Registre-se que a relação entre Estado e mercado e economia é balizada por duas compreensões antagônicas, quais sejam, o liberalismo e o intervencionismo. O liberalismo teve como princípio a intervenção mínima na esfera econômica, deixando aos atores puramente econômicos a atuação no mercado — apostando na existência de uma mão invisível reguladora da economia, tal como se esta fosse capaz de se autorregulamentar, ao passo que o intervencionismo entende ser imprescindível a intervenção do Estado com o intuito primordial de assegurar a prática dos direitos sociais.

Vale lembrar que essa associação entre o liberalismo econômico e o contrato, ainda assim, diz respeito antes de mais nada às relações econômicas privadas. Desde o início, o liberalismo econômico foi sobretudo uma doutrina das relações econômicas privadas, tendo o ordenamento jurídico como um dado. Os deveres do Estado não contradizem a natureza privada das relações econômicas e da temática econômica e devem ser entendidas como exortações dirigidas a um agente exógeno e soberano, visando a? não-intervenção nos negócios privados à luz do interesse público.



Notamos, assim, que o pano de fundo das razões econômicas, políticas e jurídicas da citada norma se funda, entre outros, no princípio da utilidade, que lembra a moderna concepção de bem público, mas seria um excesso identificar aí uma fundamentação racional (econômica) para o pacto societário e o Estado (a sociedade política) é uma condição de existência da sociedade mercantil moderna.

E? importante observar que a teoria econômica da Constituição é fiel ao contratualismo a ponto de não apenas derivar a lei do livre concurso de interesses, como também de incorporar ao contrato original as regras para a provisão de bens públicos. Isso também, na atualidade, não impede a possibilidade de função de bem-estar social concebida externamente aos agentes públicos como um critério hábil para a provisão de bens públicos.

Assim, temos que fica autorizada à administração pública de todos os entes federativos a dispensa de licitação de que tratam os [incisos I e II do caput do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), até o limite de: a) para obras e serviços de engenharia até R\$ 100 mil, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou, ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e b) para outros serviços e compras no valor de até R\$ 50 mil e para alienações, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez.

Portanto, para que não afronte outros princípios aplicáveis a? administração pública, deve o gestor, nas hipóteses de dispensa de licitação por pequeno vulto, selecionar a melhor proposta utilizando-se de outras formas capazes de resguardar a isonomia e a impessoalidade da contratação, tal como a realização de cotação eletrônica.

No âmbito do TCU, no pequeno vulto, será adotada preferencialmente a compra por cotação eletrônica, conforme dispõe sua Portaria-TCU 215/2005.

Ademais, no mesmo dispositivo encontramos uma novidade sensível para as contratações diretas e para as contratações licitadas. Está autorizado o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela administração, desde que: I) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou II) propicie significativa economia de recursos.

O Tribunal de Contas da União já orientou no sentido de ser possível a antecipação de pagamento referente ao cronograma previsto, após a execução de etapas ou parcelas. Nada obstante, o ato convocatório da licitação e o contrato poderão autorizar antecipação de pagamento em duas situações, devidamente justificadas: *"A primeira, prevista no artigo 40, inciso XIV, alínea 'd', da Lei nº 8.666/1993, relaciona-se a? possibilidade de a administração eventualmente antecipar o cronograma de pagamento, referente a etapas ou parcelas já executadas, quando houver contrapartida sob forma de desconto previsto no edital. A segunda, que independe de liquidação da despesa, decorre de situações fáticas ou mercadológicas especiais e excepcionabilíssimas. Nesse caso, para que a administração não corra risco de responder por qualquer prejuízo, o pagamento antecipado deverá estar condicionado a? prestação de garantia efetiva, idônea e suficiente para a cobertura do montante antecipado a título de pagamento, na forma previamente estabelecida no ato convocatório da licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta, e no contrato. Antecipação de pagamento não é regra. E? exceção."* (Acórdãos nº 1.545/2003-1ª Câmara



— *Relação nº 49/2003; nº 222/2004-1ª Câmara e nº 2.975/2004-1ª Câmara*)" (grifo do autor).

Assim, o pagamento antecipado depende da existência de dois requisitos. Primeiramente, só poderá ocorrer quando previsto no ato convocatório. Desse modo, amplia-se o universo de competidores, especialmente aqueles que não disporiam de recursos para custear a prestação. Todos os competidores terão reduzidos seus custos e, desse modo, a administração será beneficiada. Porém, a administração não poderá sofrer qualquer risco de prejuízo. Por isso, o pagamento antecipado deverá ser condicionado a? *prestação de garantias efetivas e idôneas* destinadas a evitar prejuízos a? administração.

Por fim, mas não por último, destacamos que o pagamento antecipado, parcial ou total, somente se deve efetuar em caráter extraordinário, quando, comprovadamente, seja esta a única alternativa para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço desejado, ou ainda quando a antecipação propiciar sensível economia de recursos.

Entretanto, a citada lei, de forma mais liberal, prevê a discricionariedade da exigência de garantias como cautelas para reduzir o risco da administração. Tal liberdade deve ser analisada caso a caso, à luz da realidade e do objeto a ser contratado, sob pena de administração temerária.

Por outro lado, a antecipação de pagamento não se aplica para os contratos de serviços contínuos com dedicação de mão de obra, até porque a terceirização exige a prestação da atividade primeiro para depois pagar as faturas medidas devidamente, nos termos da execução contratual.

Nota-se que a eficiência se revelará o vetor de orientação a? distribuição de riscos a ser empreendida pela administração em seus contratos — e, portanto, elemento-chave na legitimidade das escolhas correspondentes, resta examinar como poderá concretamente a administração revestir-se desse signo legitimador, quando se está a cogitar de um conceito (eficiência) que não tem um significado ou conteúdo único.

Seja como for, como defendido por Paulo Modesto, a "eficiência não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, mas, também, diz respeito tanto à otimização dos meios quanto à qualidade do agir final". "Notas para um debate sobre o princípio da eficiência", in *Revista de Direito Administrativo e Econômico*, Juruá, Curitiba, 2001, p. 45.

Date Created

24/05/2020