

CAPÍTULO 05

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES EM MATÉRIA DE CONTRATAÇÃO DIRETA NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

*Arícia Fernandes Correia*⁶⁷

*Rafael Oliveira Silva*⁶⁸

Resumo: O Direito à Cidade tem como uma de suas vertentes a análise das competências municipais e de que maneira elas se colocam a serviço da realização de direitos fundamentais, ainda que de maneira instrumental, pela Urbe. Por tal razão, este estudo está votado à Linha de Pesquisa de *Cidade e Administração Pública*, mais precisamente ao tema das Licitações Públicas e, com um recorte ainda mais definido ainda, à regulamentação das contratações diretas, disciplinadas pela Nova Lei Geral de Licitações e Contratos – a Lei Federal n. 14.133/2021 – , pelo Município do Rio de Janeiro, no exercício de sua competência para suplementar as normas gerais editadas pela União, dentro do quadro federativo cooperativo brasileiro. Trata-se, de três temas principais, (i) o direito transitório nacional peculiar entre a Lei Federal n. 8.666/1993 e a Lei Federal n. 14.133/2021, a saber, a transição, entre a *velha* e a *nova* Lei de Licitações e Contratos Administrativos da Administração Pública Brasileira, ora conviventes, (ii) as esparsas (efetivas) novidades em matéria de hipóteses, também federais-nacionais,

67 Professora de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Coordenadora do Núcleo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Direito da Cidade - NEPEC

68 Gerente de Licitações e Contratos da Secretaria Municipal de Cultura do Rio de Janeiro. Pesquisador no Núcleo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Direito da Cidade - NEPEC, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

de dispensa e inexigibilidade, sendo as demais meras reproduções, em novos preceitos normativos, de normas já existentes no ordenamento jurídico pretérito e (iii) o direito municipal que, de forma autônoma, regulamenta as contratações diretas no âmbito do Município do Rio de Janeiro, de forma a garantir eficácia plena às normas que ainda dependiam, para tal, da mediação normativa do gestor público, que, por força da competência concorrente em matéria licitatória, poderia ser – e o foi – o municipal (o carioca).

Palavras-Chave: Direito da Cidade. Licitações e Contratos; Regulamentação Local.

Abstract: The Right to the City has as one of its aspects the analysis of municipal competences and how they are placed at the service of the realization of fundamental rights, even in an instrumental way, by the City. For this reason, this study is devoted to the City and Public Administration Research Line, more precisely to the theme of Public Administration and, with an even more defined cut, to the regulation of contracts without previous public selection, governed by the New General Law of Bidding and Contracts. – Federal Law no. 14.133/2021 - , by the Municipality of Rio de Janeiro, in the exercise of its competence to supplement the general rules issued by the Union, within the Brazilian cooperative federative framework. It deals with three main themes, (i) the peculiar national transitional law between Federal Law n. 8.666/1993 and Federal Law no. 14,133/2021, namely, the transition, between the old and the new Law of Administrative Bidding and Contracts of the Brazilian Public Administration, now cohabiting, (ii) the sparse (effective) novelties in terms of hypotheses, also federal-national, of exemption and unenforceability, the other being mere reproductions, in new normative precepts, of norms already existing in the past legal system and (iii) the municipal law that, autonomously, regulates direct contracts within the scope of the Municipality of Rio de Janeiro, of in order to guarantee full effectiveness to the rules that still depended, for that, on the normative mediation of the public manager, who, due to the concurrent competence in bidding matters, could be – and was – the municipal (the *carioca* one).

Key words: Right to the City; Contracts; Local Law.

5.1. Introdução: Cidade e Administração Pública – Licitações e Contratos na Cidade do Rio de Janeiro

O direito à cidade - direito ao usufruto equitativo do espaço urbano por seus cidadãos -, possui três eixos de irradiação em seu conceito: um que diz respeito a uma visão multidisciplinar do direito urbanístico e que, portanto, a ele não se reduz; outro, que leva em conta o planejamento urbano; e, um terceiro, que se refere às competências municipais, seja para tornar efetivo aquele direito à cidade, seja para colocar a cidade a serviço da garantia de direitos fundamentais.

Por isso uma das sublinhas do Núcleo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Direito à Cidade, criado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, é a de *Cidade e Administração Pública*, e um de seus principais focos de estudos, pesquisas e reflexões é a *Nova Lei de Licitações e Contratos*, seus reflexos sobre as competências locais, as questões mais relevantes acerca deste diálogo local com as normas gerais (federalis-nacionais) licitatórias e a posição de vanguarda que o Município do Rio de Janeiro assume ao regulamentar a Lei Federal n. 14.133/2021, ainda que por partes.

Há tempos que de fato a Lei Federal n. 8.666/1993 perdera protagonismo para a Lei Federal n 10.020/2002 (a Lei do Pregão), em razão de uma alteração muito simples: a inversão das fases licitatórias iniciais, somente fazendo sentido analisar toda a documentação de *um* licitante (o que ficasse em primeiro lugar na fase de classificação) – ou, no máximo, dos que precisassem o suceder –, e não de *todos* os concorrentes (como antes ocorria na fase de habilitação).

Como era vedado ao intérprete combinar modalidades licitatórias (art. 22, §8º, da Lei Federal n. 8.666/1993), era defeso à Administração aplicar a inversão de fases do pregão, criada por uma lei especial, à concorrência, veiculada na lei geral de licitações e contratos.

Também o Regime Diferenciado de Licitações e Contratações Públicas criara procedimentos e regras de simplificação licitatórias e contratuais para circunstâncias específicas, como os Jogos Olímpicos, que acabaram se ampliando para outras matérias especiais, como as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Bastava, então, promover alterações legislativas que as absorvessem, todas, em caráter permanente, mas preferiram condensar e sistematizar todas as modificações legais das últimas décadas num mesmo texto legal, de cento e noventa e quatro dispositivos normativos, que repetiram mais do que inovaram, deixando a impressão, depois de quase trinta anos de vigência, jurisprudência, produção, capacitação, evolução e regulamentação fartas acerca da Lei Federal nº 8.666/1993 (e alterações), que faltava apenas um pretexto para começar tudo de novo. Na fina ironia do Professor Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, o texto final ficou parecendo apenas um “*museu de novidades*”⁶⁹.

Desta forma, a Lei Federal 14.133/2021 diferiu a vigência por dois anos da “antiga”, porém, ainda vigente Lei Geral de Licitações e Contratos, da Lei do Pregão e da Lei do Regime Diferenciado, centralizando-se novamente em um único diploma legal as normas e procedimentos que regerão as licitações e contratações públicas no âmbito das Administrações Públicas federal, estaduais, distrital e municipais brasileiras ao depois.

Nesse sentido, é necessário ressaltar que a Constituição da República atribuiu à União a competência de legislar *privativamente* sobre normas gerais de licitação e contratação, conforme seu art. 22, inc. XXVII, em topografia a rigor equivocada, embora materialmente “corrigida” pela menção às “normas gerais”, que dão conta de se tratar de verdadeira competência que a União desenvolve de forma *concorrente* com os demais Entes Federativos, (...) “*significando que Estados e Municípios podem exercer competência suplementar em matéria de licitação*” (art. 24, §2º, e art. 30, inc. II, da Constituição).⁷⁰

Em respeito ao teor concorrente das normas licitatórias, já se teve oportunidade de o comprovar de forma insofismável em duas circunstâncias, jurídica e federativamente “inversas”, paradigmáticas: seja quando (i) o Supremo Tribunal Federal afirmou, que, a despeito de sua autodenominação, como veiculadora de normas gerais (art. 2º), a Lei Federal n 8.666/1993 continha norma –

69 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A nova Lei de Licitações: um museu de novidades? *Conjur.* 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>. Acesso em: 01/08/2022.

70 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 412-413.

relativa à gestão de bens públicos – estritamente *federal*⁷¹, seja quando (ii) o próprio Congresso Federal, ao convocar a Medida Provisória⁷², que instituía o Pregão, em lei, reconheceu que, malgrado se definindo aplicável estritamente à União, ao criar uma nova modalidade licitatória, matéria amplamente consagrada como própria às normas gerais, era inequivocamente norma *nacional*, plenamente aplicável, desde logo, a Estados e Municípios.

Neste sentido, tal incumbência constitucional – de competência da União para a disciplina, por normas gerais, de licitações, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais, de todos os Entes Federativos, obedecido o disposto no art. 37, inc. XXI, da Constituição – não obsta a que Estados, Distrito Federal e Municípios disciplinem o tema, desde que observados os ditames estabelecidos na norma geral, tarefa da qual geralmente se demitem os entes federativos, mas à qual não se furtou o Município do Rio de Janeiro, num primeiro momento optando pela aplicação exclusiva da Lei Federal n. 8.666/1993 e, num segundo, pela exclusividade de incidência da Lei Federal n. 14.133/2021 no caso das contratações diretas realizadas nas hostes municipais, que passou a regulamentar.

Foi a partir desta perspectiva político-constitucional autônoma que o Município do Rio de Janeiro, de forma precursora, editou o Decreto Municipal 50.797/2022, objeto deste ensaio, no qual regulamentou o procedimento das contratações diretas disposto no Capítulo VIII da Lei Federal n. 14.133/2021.

71 STF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 927/RS. Min. Rel. Carlos Velloso.

72 Medida Provisória n. 2.026/2000

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, a União poderá adotar licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Medida Provisória.

Reeditada até a MP n. 2.182-18/2001, continuou em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001 e posteriormente veio a ser convertida na Lei Federal n. 10.520/2002, que reconheceu, ainda que implicitamente, seu caráter nacional, retirando a alusão exclusiva ao ente federativo *União*:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

O objetivo deste estudo é analisar: (i) as mudanças ocorridas em relação às contratações diretas na legislação federal infraconstitucional e, principalmente, (ii) suas repercussões na ordem jurídica carioca, através da respectiva regulamentação local, não sem que (i') antes se cuide do direito transitório entre a *antiga* e a *Nova* Lei de Licitações e Contratos Públicos brasileiras.

O método utilizado será (i) o documental, servindo as leis como fontes primárias de pesquisa e (ii) o da revisão bibliográfica, mediante consulta aos livros e artigos jurídicos que versam sobre a mudança legislativa operada, não havendo produção científica acerca do direito municipal, (iii) cujos atos normativos também serão utilizados como fontes primárias de pesquisa documental, segundo a classificação metodológica de Miracy Barbosa de Sousa e Maria Tereza Fonseca Dias 73.

5.2. Da Revogação Diferida da Lei antiga (Lei Federal nº 8.666/93) e de sua Vigência concomitante à Lei nova (Lei Federal nº 14.133/2021)

Ao contrário da regra geral constante no art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), na qual a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue, estabelecendo uma *sucessão de leis no tempo*, a disciplina normativa da nova Lei de Licitações e Contratos adotou a técnica de revogação diferida de sua predecessora, paralelamente à *vigência imediata – e concomitante – da futura sucessora*.

Nesse sentido, a Lei Federal nº 8.666/1993, com exceção das normas de direito penal, as quais foram imediatamente revogadas, somente perderá sua vigência após o transcurso de dois anos da publicação da Lei Federal nº 14.133/2021, que se mantém válida, de forma paralela, desde a sua publicação.

Não há, portanto, que se cogitar propriamente de *vacatio legis* (*vacância da lei; ou a lei que vai dando vaga para a outra, em seu sentido etimológico*), porquanto a lei nova já entrou em vigor e pode ocupar sua vaga se for escolhida pelo gestor, o que gera uma situação curiosa de duas leis estarem vigendo ao

73 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. e DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

mesmo tempo e disciplinando a mesma matéria, sendo, por isso mesmo, proibida, a conjugação de ambas para a formação de um *tertium genus*.

Foi o que o legislador resolveu de maneira clara no art. 191 do texto legal:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. (g.n.)

E nem após o decurso de dois anos, a rigor, a Lei Federal n 8.666/1993 deixará de produzir efeitos, uma vez que muitos dos contratos firmados sob sua égide nestes dois anos de “sobrevida” (ou de vigência diferida) ainda estarão produzindo efeitos e, por uma questão de segurança das relações jurídicas, deverão ser respeitados.

É o que reza o art. 190 da nova Lei de Licitações e Contratos, que somente dá concretude à proteção ao ato jurídico perfeito, insculpido no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição:

Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

5.3. Da Eficácia Limitada da Nova Lei de Licitações e Contratos

Numa transposição da *teoria da eficácia das normas constitucionais*, de José Afonso da Silva⁷⁴, para o campo infraconstitucional, pode-se afirmar que a Lei Federal nº 14.133/2021, ainda que tenha entrado em vigor na exata data em que fora publicada, não seria dotada de “eficácia plena”, isto é, não estaria apta a produzir a totalidade de seus efeitos, por duas razões.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

A *primeira* diz respeito a própria dicção legal, que, no art. 94 da Lei Federal n. 14.133/2021⁷⁵, subordina a eficácia dos contratos administrativos e seus aditamentos às respectivas divulgações no Portal Nacional de Contratações Públicas, essa, em tese, ultrapassável pela autonomia federativa municipal que, de toda sorte, não prescindiria, diante dos princípios da Administração Pública que lhe são impositivos, de um Portal Municipal de Contratações Públicas próprio, haja vista o dever de observância aos princípios da publicidade, impessoalidade, moralidade, legalidade e eficiência.

Em *segundo lugar*, optou o legislador em estabelecer que diversos mecanismos da nova lei fossem objeto de regulamentação infralegal. Daí resulta a impossibilidade jurídica de se aplicar a integralidade da Nova Lei, enquanto não regulamentada em sua plenitude – ou nas partes que exigem a intermediação normativa do gestor público, como na hipótese em apreço.

Isso porque, conforme já registrado, diversas normas demandavam uma regulamentação específica, nos termos delineados no Parecer n° 00002/2021/CNMLC/U e que poderiam ser assim sintetizados: (i) a necessidade de criação do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, o qual já existe, com aplicação obrigatória por força da Nova Lei; (ii) torna-se, ainda, necessária a regulamentação do art. 8°, §3°, que trata da necessidade de regra que defina atuação dos agentes atuantes na contratação e fiscalização do contrato; (iii) regulamentação da pesquisa de preços de obras e serviços de engenharia; (iv) a imprescindível necessidade regulamentação da modalidade de Leilão e dos modos de disputa da Concorrência e do Pregão; e (v) a regulamentação do Sistema de Registro de Preços quando for realizado por intermédio da contratação direta.

Um dos temas importantes que demandam uma disciplina infralegal é aquela constante do art. 8°, §3°, da Lei Federal n. 14.133/2021, que a seguir se transcreve in verbis:

75 Lei Federal n. 14.133/2021

Art. 94. *A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:*

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

(...)

*§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em **regulamento**, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.*

Sem tal regulamentação, sequer seria possível iniciar os procedimentos licitatórios já com base na nova Lei, sobretudo por existir um vácuo normativo quanto à forma de atuação dos agentes responsáveis pela condução do certame.

Além disso, a Lei Federal nº 14.133/2021 trouxe a necessidade de implementação de uma política de governança nas contratações públicas, conforme previsto no art. 11, parágrafo único, do referido diploma legal

Por tais razões, o Prefeito do Município do Rio de Janeiro determinou, por meio do Decreto Rio nº 48.989 de 17 de junho de 2021, a aplicação obrigatória da Lei Federal nº 8.666/93 nas contratações da Administração Direta, Autárquica e Fundacional local, até que, cumulativamente, seja implementado o Portal Nacional de Contratações Públicas e sobrevenha Decreto regulamentador dos dispositivos da nova lei.

Antes, porém, de tratar da nova regulamentação, torna-se relevante cotejar as diferenças entre as contratações diretas à luz da antiga e da nova Lei de Licitações e Contratos.

5.4. Das Principais Alterações sobre Contratação Direta na Nova Lei de Licitações

No Estado de Direito, a regra é licitar para contratar; contratar sem licitação é exceção. No caso dos Municípios, pode-se afirmar que é o direito à cidade protegendo o valor republicano da igualdade e, em qualquer ente federativo, o valor da impessoalidade da Administração Pública.

Daí o texto constitucional, no art. 37, inc. XXI, *excepcionalizar*: “**ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...)”. As ressalvas são a dispensa e a inexigibilidade de licitação, previstas nos arts. 24 e 25 da Lei Federal n. 8.666/1993 e seus símiles na Lei Federal n. 14.133/2021: os arts. 74 e 75, respectivamente.

Enquanto as hipóteses de dispensa são escolhas discricionárias do gestor público que, por questões de política legislativa, lhe foram conferidas pelo legislador (art. 75), de forma taxativa, seja para tornar mais racional ou eficiente a ação administrativa (na dispensa em razão do valor, por exemplo), seja para intervir na ordem social ou econômica (para favorecer determinado setor produtivo vulnerável ou o próprio mercado, v.g.), as de inexigibilidade decorrem de uma impossibilidade fática ou jurídica de competição (tal qual assentado no *caput* do art. 74) , de modo que as hipóteses elencadas na lei (os incisos do art. 74) são exemplificativas.

Se prazos mais largos tornam mais longevas as contratações diretas, exigências legais devidamente sistematizadas, atribuição de responsabilidade e os tipos penais mais encorpados de fraude à licitação e com penalidades mais rigorosas tornam menos atraentes os caminhos do “*desvio da licitação*” nas contratações diretas sob o regime da atual Lei de Licitações e Contratos.

É o que consta do art. 178 da Lei Federal 14.133/2021, que incluiu novos tipos penais no Código Penal.

5.4.1. Das “Novas” Hipóteses de Dispensa (art. 75)

O extenso rol de hipóteses de contratação direta apenas se amplia e se aperfeiçoa com a Nova Lei de Licitações e Contratos, chamando atenção o grau de relevância que, a despeito da Lei Nacional de Mudanças Climáticas e de manutença

do Princípio das Licitações Sustentáveis⁷⁶, tenham assumido as compras relativas aos serviços automotores, que via de regra são ainda operados com combustíveis poluentes pelo Estado, uma vez que também se tornaram objeto de dispensa pelo dobro do valor dos serviços comuns. A conferir:

Além dos (i) valores da dispensa em razão de valor: (a) até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras ou serviços de engenharia ou de serviços de manutenção o de veículos automotores e (b) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) no caso de outros serviços e compras (incs. I e II, respectivamente)⁷⁷, (ii) serviços de locação de equipamentos destinados ao rastreamento e obtenção de provas, quando houver necessidade de sigilo sobre a investigação (inc. IV, alínea “l”); (iii) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde (inc. IV, alínea “m”); e (iv) para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização (inc. XIII).

Em relação às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, Marçal Justen Filho⁷⁸ dispõe que “a Lei 14.133/2021 manteve as soluções normativas consagradas na tradição do direito brasileiro relativamente à contratação. Em grande parte, o texto legal da Lei 8.666/93 foi mantido na redação da Lei 14.133/2021. Isso apresenta implicações muito significativas”.

Por tal razão, sustenta o autor ⁷⁹que diante da manutenção de diversas hipóteses de contratação direta da antiga Lei, torna-se possível, *mutatis mutandis*, a

⁷⁶ Lei Federal n. 14.133/2021

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

⁷⁷ Os valores foram atualizados pelo Decreto n. 10.922/2021, por força do art. 182 da Lei Federal n. 14.133/2021, para R\$ 108.040,82 e R\$ 54.020,41, respectivamente.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 938.

⁷⁹ *ibidem*

manutenção de grande parte da doutrina produzida sob a égide da Lei Federal nº 8.666/1993.

Pode-se afirmar genericamente em relação as hipóteses de contratação direta, que não houve propriamente inovação, a não ser casuística, em relação à matéria, senão sistematização de suas hipóteses, encaixando-se o credenciamento, por exemplo, no rol das inexigibilidades.

5.4.2. Das Novas Hipóteses de Inexigibilidade (art. 74)

O artigo 74 reproduz as hipóteses de inexigibilidade antes arroladas no art. 25, mas inclui a hipótese: (i) do credenciamento (inc. V) e (ii) da aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha. (inc. V).

Deveras, já se tratava o credenciamento – procedimento através do qual se credenciam, a um Edital de Chamamento, tantos licitantes quantos aqueles que preencham os requisitos de inscrição, como no caso de Planos de Saúde para atendimento a servidores que voluntariamente queiram aderir a contratos de cobrança percentual consignada – como uma espécie de inexigibilidade às avessas, com fundamento no art. 25, *caput*, da Lei Federal n. 8.666/1993, porque não há que se falar em competição tanto quando só **um** pode prestar o objeto, quanto quando **todos** os interessados o podem também, de modo que o legislador bem encaixou a peça onde estava seu molde.

A Lei trouxe, também, em seu art. 74, inc. V, uma hipótese de inexigibilidade que antes era considerada como dispensa: a aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem impositiva sua escolha. A locação de imóvel cuja localização seja considerada única pela Administração para a satisfação do interesse público tampouco seria hipótese de dispensa, senão de inexigibilidade, desde que justificadas/justificáveis as razões que tornam esse *locus* efetivamente singular.

Faltava, porém, para que desfrutasse de eficácia plena, do Portal Nacional de Licitações – que veio a ser superada com a criação do aludido portal na data de 09/08/2021– e de regulamentação local.

5.5. Da Regulamentação das Contratações Diretas com fundamento na Lei Federal n 14.133/2021 no âmbito do Município do Rio de Janeiro

Com o implemento do Portal Nacional de Contratações Públicas, o Município do Rio de Janeiro, na vanguarda normativa nacional, e no exercício da sua autonomia federativa, optou por regulamentar as contratações diretas, a partir da nova Lei de Licitações e Contratos (a Lei Federal n. 14.133/2021), através do Decreto Rio nº 50.797/2022, além de estabelecer, em seu anexo, as minutas-padrão para as aludidas contratações.

Significa dizer que as novas contratações diretas da Administração Pública Municipal Direta, Autárquica e Fundacional deverão estar lastreadas exclusivamente na Nova Lei de Licitações e Contratos, conforme dispõe a parte final do art. 43 do aludido Decreto, sendo proscria ao gestor local a opção pela Lei Federal n. 8.666/1993.

Trata-se do exercício da autonomia local frente às escolhas administrativas que lhe foram deferidas pelo legislador nacional, no quadro harmônico do pacto federativo brasileiro.

5.5.1 Direito Transitório

Ultrapassada a premissa fixada, relativa à autonomia local para a regulamentação das normas gerais federais/nacionais, no que couber, levando em conta, também, o Código de Contabilidade Pública e Administração Financeira desta Municipalidade, um dos principais pontos que deve ser objeto de análise inicial, com o advento do Decreto Municipal, diz respeito ao direito intertemporal.

A definição do marco temporal para a incidência da nova norma é condição *sine qua non* para se determinar o regime jurídico aplicável.

Nesse sentido, o art. 43 do Decreto Municipal nº 50.797/2022 dispõe que sua vigência se iniciaria após trinta dias da data da publicação na Imprensa Oficial. Tendo em vista que a publicação ocorreu dia 16/05/2022, a vigência do aludido Decreto se iniciou em 15/06/2022.

Quanto à regra de transição entre os regimes, dispõe o art. 44 do Decreto que “*As licitações e contratações feitas com base na Lei Federal nº 8.666/93 ou na Lei Federal nº 10.520/02 permanecem regidas pelas normas regulamentares*”

pertinentes”. Consta-se que tal redação difere, em parte, do previsto no art. 190 da Lei Federal nº 14.133/2021⁸⁰, no qual existe a menção expressa de que o marco temporal para aferir a Lei de regência será a assinatura do Contrato.

Entretanto, a diferença não pode induzir o intérprete a outra conclusão senão a de utilizar, nas contratações diretas em âmbito municipal, o marco da assinatura do contrato para determinar qual norma será aplicada, sobretudo pela interpretação sistemática dos diplomas normativos. É plenamente possível concluir que, quando o Decreto trata de “contratações feitas”, se refere à assinatura do contrato, pelo fato de se tratar do momento em que o negócio jurídico se encontra perfeito e acabado, a ponto de se revestir dos atributos de ato jurídico perfeito.

E vale ressaltar que a norma escolhida regerá toda a execução do contrato, incluindo eventuais termos aditivos. Assim dispõe o parágrafo único do art. 191, quando estabelece que, ao escolher contratar com fundamento na Lei Federal n. 8.666/1993, “*o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência*”.

Ao que parece, o legislador optou por não aplicar uma fórmula semelhante àquela que rege o direito intertemporal para os negócios jurídicos privados, disciplinado no art. 2.035 do Código Civil. Neste, os pressupostos de existência e validade seriam avaliados conforme a lei do momento da pactuação, entretanto os efeitos, caso ultrapassassem a vigência do Código Civil de 2002, a este se subordinariam.

Em sentido diverso dispôs o novo marco legal das contratações públicas, adotando uma solução mais simplória, talvez pela experiência de insegurança jurídica que a norma do Código Civil trouxera para o dia a dia dos operadores do direito.

Torna-se, ainda, importante levar em conta que, conforme já exposto, não pode haver a formação de um *regime jurídico terciário* pelo intérprete. Ele não pode fazer um amálgama de regras dos dois regimes licitatórios ora vigentes para

80 Código Civil

Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.

obter a solução satisfatória ao seu interesse. Assim dispõe a Lei Federal nº 14.133/2021, no *caput* do art. 191, *fine*.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho⁸¹ entende que “*não é admitido conjugar os regimes das leis anteriores e da Lei 14.133/2021. Isso significa inclusive a vedação a que haja licitação com base na legislação anterior e contratação baseada na Lei 14.133/2021*”.

Outro ponto que merece destaque é que a simplicidade do art. 44 do Decreto Municipal não trata dos processos de contratação que se encontravam pendentes de assinatura quando a nova Lei se tornou vigente. Tais casos devem ser analisados com cautela, à luz das circunstâncias fáticas.

Não se pode perder de vista que a contratação direta se consubstancia em um processo administrativo, no qual diversos atos são realizados. É plenamente possível entender que incide, neste caso, a princípio, a norma insculpida no art. 14 do Código de Processo Civil, ao dispor que “*a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*”.

A despeito de se tratar de uma norma que rege os processos judiciais, tal disposição aplica-se ao tema em questão, tendo em vista o disposto no art. 15 do Código de Processo Civil:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Nesse sentido, conforme leciona Fredie Didier⁸², “*Cada ato que compõe o processo é um ato jurídico que merece proteção. Lei nova não pode atingir ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF /1988), mesmo se ele for um ato jurídico processual. Por isso o art. 14 do CPC determina que se respeitem ‘os atos processuais praticados’*”.

81 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas:** Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1770.

82 DIDIER JR. Fredie. **Curso De Direito Processual Civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. - Salvador: Ed.Jus Podivm, 2019. pg. 82.

Vige, portanto, o princípio do *tempus regit actum*, aos processos de contratação que ainda não foram assinados, na passagem de uma legislação para outra, sobretudo pelo princípio da eficiência e economicidade. Por exemplo, suponha-se que um processo foi instaurado sob a égide da lei anterior. Nele diversos atos foram realizados, à luz da norma antiga, entretanto, a assinatura do contrato ocorreu tão somente em 16/06/2022.

Há de se convir que a repetição de todos os atos com base na nova lei a princípio contrariam o princípio da eficiência e desprestigiam os atos realizados e perfeitamente acabados antes da entrada em vigor da nova legislação. Nesse caso, o processo poderá prosseguir, considerando-se os atos já praticados, desde que compatíveis, e observando-se, nos posteriores, a nova legislação; afinal, *pas de nulité sans grief*.

Poderão tais ser aproveitados os atos praticados que sejam compatíveis com as novas normas licitatórias, tais como prazos mais longevos de contratação, uma vez que, supõe-se, a demanda da Administração por determinado bem ou serviço não tenha se alterado só porque a forma instrumental de obtê-lo tenha se modificado.

Inclusive no exemplo em questão, o Órgão deverá realizar a disponibilização do Contrato no Portal Nacional de Contratações Públicas–PNCP, e no Diário Oficial, conforme o prazo estipulado no art. 8º do Decreto Municipal nº 50.797/2022.

Seria contrário ao princípio da eficiência e proporcionalidade, exigir a princípio que a Administração procedesse à revisão de todos os atos necessários à contratação, tão somente pelo fato de a assinatura do contrato ter que ocorrer sob a égide da nova legislação. A análise deverá, todavia, ser casuística.

5.5.2 Minutas-Padrão

Seguindo a tradição da consultoria jurídica preventiva da Advocacia Pública em relação aos órgãos da Administração Direta Municipal, o Decreto apresenta os novos modelos-padrão de contratação direta, elaborados pela Procuradoria-Geral do Município, tendo como lastro jurídico a Lei Federal nº 14.133/2021.

Nesse sentido, o Regulamento estabeleceu três minutas-padrão distintas: a primeira voltada para *aquisições*; a segunda para *prestação de serviços* e, por fim, a terceira, para *obras e serviços de engenharia*. Diante da grande extensão das minutas, torna-se relevante e conveniente trazer os pontos que foram substancialmente alterados em relação às minutas-padrão antigas, às quais os órgãos de execução já estavam afeitos.

Um ponto importante diz respeito à aplicação da sanção de multa à contratada. Sabe-se que a dosimetria da sanção, bem como o valor a ser pago a título de multa, é atribuição do órgão gestor do contrato. Entretanto, para fins de auxílio, as minutas-padrão estabeleceram fórmulas para aplicação das penalidades.

Em caso do contrato de aquisição, não há complexidade. Conforme Cláusula Décima Sexta, aplicar-se-á um percentual sobre as parcelas em atraso, em caso de inadimplemento relativo (itens 1 e 2), devendo levar em conta os dias úteis em atraso. Já quando se tratar de inadimplemento absoluto, o percentual irá incidir sobre o valor do contrato ou do saldo não atendido (item 4). Há, também, a possibilidade de multa, caso exista atraso na apresentação da garantia (item 5).

Já nas minutas de contratos de prestação ou fornecimento contínuo, bem como de obras ou serviços de engenharia, a composição da multa será realizada por meio de complexos cálculos, conforme se depreende das Cláusulas Décima Sexta e Vigésima Primeira, respectivamente. Em ambos os casos, o próprio contrato já traz algumas hipóteses infracionais e atribui um grau de gravidade para cada uma delas. A partir daí, parametriza-se o percentual a ser aplicado à multa.

Não obstante a complexidade dos cálculos necessários à aplicação da multa nesses tipos contratuais, decerto tais fórmulas dão maior concretude ao princípio da proporcionalidade, ensejando maior correlação entre a gravidade da pena e a sanção imposta.

Prosseguindo com a análise das alterações, torna-se relevante apontar que, ao contrário do que dispõe o art. 61, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/1993, sobre a necessidade de publicação resumida do extrato no Diário Oficial para a eficácia do Contrato, a Nova Lei impôs, como condicionante, tão somente a divulgação do contrato no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), conforme o disposto no art. 94, inc. II, do novo texto legal. O Decreto Municipal nº 50.797/2022, por sua vez, exige, além da divulgação do instrumento contratual no

PNCP, a publicação no Diário Oficial do Município, conforme o que dispõe o art. 8º, haja vista a legislação municipal incidente na espécie, que, obviamente, não poderia ser obliterada pelo gestor local.

Uma dúvida que perdura é quanto à necessidade da publicação na imprensa oficial de todo o instrumento contratual ou tão somente do extrato, como era outrora realizado pelos órgãos, sob a égide da Lei Federal nº 8.666/1993.

Nesse contexto, conforme se pode aferir das cláusulas intituladas “publicação”, nas minutas-padrão, anexas ao referido Decreto, a publicação a ser feita no Diário Oficial deverá ser de seu extrato, conforme exige o art. 441 do Regulamento Geral do Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública do Município do Rio de Janeiro.

Em suma, para os Contratos celebrados no âmbito do Município do Rio de Janeiro, além da divulgação do Portal Nacional de Contratações Públicas, deverá o responsável pela contratação providenciar a publicação do Extrato no Diário Oficial. Tal providência privilegia, em muito, o princípio da publicidade, ampliando a possibilidade de fiscalização das contratações pela sociedade e pelos Órgãos de Controle.

Uma última observação diz respeito ao período-base para se aferir a concessão do direito ao reajuste. Sabe-se que o reajuste é um dos mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro, aplicável periodicamente ao contrato para fins de recompor as perdas inflacionárias que ocorrem durante sua execução. Reflete, portanto a variação de custos de produção do bem ou da execução de um serviço.

No âmbito do Município do Rio de Janeiro, consolidou-se que o período para o cômputo para fins de reajuste iniciaria com a assinatura do contrato, conforme disposto no art. 2º do Decreto Rio nº 43.612/201783 e o inciso III do Enunciado 22 da PGM84. A partir de então, com o decurso do período pré-

83 Art. 2º Os processos de contratação da Administração Direta e Indireta, inclusive os de obras e serviços de engenharia, cujos atos venham a ser iniciados a partir da data de publicação deste Decreto, terão cláusula de reajustamento medida pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Ampliado-Especial (IPCA-E), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a cada período de vinte e quatro meses, a contar da data da assinatura do contrato.

84 III - PRAZO DE REAJUSTE. 1) O período para reajuste do valor envolvido no contrato será, em regra, de 24 meses, contados a partir da assinatura do instrumento, tanto para contratos de serviços como para os contratos de obras e serviços de engenharia (...).

estabelecido de 12 ou 24 meses, a depender do objeto, o contratado teria o direito de requerer o reajuste.

Com as novas minutas-padrão, entretanto, constata-se que a Cláusula quinta dispõe que o prazo para o cômputo do período de reajuste inicia-se com a data do orçamento estimado. Tal inovação, ao que parece, beneficiará os contratados, visto que não terão seus preços defasados durante a execução contratual.

5.5.3. Da Desobrigação de elaboração das Minutas

Em determinadas hipóteses, é possível que o instrumento de contrato seja substituído por outro instrumento hábil. Em âmbito do Município, a praxe é a utilização da Nota de Empenho como sucedâneo contratual.

Ressalta-se que a possibilidade de substituição da minuta contratual se traduz em uma questão de eficiência. Existem contratações no âmbito da Administração que não ensejam maiores complexidades, tampouco expõem a Administração a riscos contratuais elevados, de modo que a prescindibilidade de utilização do instrumento contratual se traduz em uma quase imposição, à luz do princípio da eficiência.

Nesse sentido, a nova Lei de Licitações, em visível retrocesso procedimental, restringiu a aplicação da possibilidade de substituição do termo de contrato para as hipóteses de dispensa em razão do valor e compras com entrega imediata e integral dos bens, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, independente do valor, nos termos de seu artigo 95. Importante ressaltar que tal dispositivo é regulamentado pelo artigo 10 do Decreto Municipal nº 50.797/2022.

Constata-se que a antiga Lei previa, em seu artigo 64, *caput* e Parágrafo Quarto, outras hipóteses de substituição do instrumento contratual, como, por exemplo, para contratações diretas fundadas em inexigibilidade de licitação, desde que o valor da contratação estivesse abaixo daquele exigido para a modalidade de tomada de preços.

Retirar essa escolha da administração e impor soluções jurídicas por meio de lei, sem considerar as suas repercussões fáticas, engessa a atuação administrativa e destoia da própria finalidade da Lei Federal nº 14.133/2021.

Sequer é possível cogitar que o instrumento contratual diminui ou coíbe eventuais irregularidades ou condutas ímprobas. Deve-se lembrar que até nos casos de substituição de instrumento de contrato, o processo de contratação deverá ser instruído rigorosamente com os documentos necessários à contratação e observar todos os ritos procedimentais necessários ao cumprimento dos ditames legais.

5.5.4. Demais inovações trazidas pela Lei e pelo Decreto Municipal

Registre-se que não é o escopo do presente trabalho exaurir todas as novidades trazidas pelo Decreto Municipal nº 50.797/2022. Sequer seria possível realizar tal desiderato, diante das incontáveis alterações na estrutura do procedimento de contratação direta trazidas pela nova disciplina normativa.

Entretanto, um dos pontos que merece destaque é a necessidade de utilização do sistema informatizado para condução do processo de contratações diretas por dispensa de licitação, conforme o art. 12 do Decreto Municipal, bem como para registros de preços que utilizem tal fundamento.

Para tanto, o Decreto utiliza-se do Sistema de Dispensa Eletrônica criado pela União, e regulamentado pela Instrução Normativa SEGES/ME Nº 67, de 8 de julho de 2021. Sua observância, inicialmente, era obrigatória na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como pelos demais entes quando executassem recursos da União, conforme art. 1º e 2º da Instrução Normativa.

A partir do Decreto Municipal nº 50.797/2022, todas as contratações diretas no âmbito do Município do Rio de Janeiro, salvo justificativa, deverão observar a sistemática estabelecida pela União. Trata-se, em verdade, de uma imposição, sendo certo que eventual afastamento de utilização do sistema demandará uma robusta justificativa pelo gestor, comprovando-se cabalmente que tal sistema não ensejará a melhor proposta para a contratação, conforme dispõe o parágrafo único do já citado art. 12 do Decreto Municipal.

Nesse sentido, constata-se que o procedimento delineado pelas normas supracitadas se traduzem, em verdade, em um procedimento de seleção simplificado, entretanto, nos moldes de uma licitação, inclusive com prazo mínimo para abertura do procedimento, fase de envio de lances, julgamento das propostas e habilitação, conforme disposto nos artigos 14 em diante do Decreto Municipal nº 50.797/2022.

Observa-se, ainda, que inexistente prazo recursal das decisões administrativas proferidas no bojo do procedimento. Tal fato, por si só, não impede que eventual licitante, irresignada, encaminhe pedido de reconsideração, tendo em vista o direito de petição insculpido no art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal.

Nesse caso, entretanto, não ocorrerá o efeito suspensivo *ope legis*, atribuído aos recursos administrativos no bojo dos processos licitatórios, conforme previsto no art. 168 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Outro importante ponto diz respeito à análise dos documentos de habilitação pelo agente de contratação. A regra geral nas licitações é a vedação de inclusão de documentos posteriores, após sua entrega para análise dos requisitos de habilitação, conforme reza o art. 64 da Lei Federal nº 14.133/2021.

No procedimento de contratação direta, sobretudo por não se tratar propriamente de uma modalidade de licitação, abre-se a possibilidade de inclusão posterior de documentos não constantes ou não atualizados no SICAF, quando da análise habilitatória, nos termos do art. 28, Parágrafo Único do Decreto Municipal 50.797/2022. Prestigia-se, assim, o princípio do formalismo moderado, o qual, sustenta Flávio Amaral Garcia⁸⁵,

“é aquele que resulta no melhor aproveitamento possível dos atos que integram determinado procedimento administrativo, guardando direta relação com o princípio da eficiência (a maximização na busca pelo melhor resultado possível) e com o princípio da proporcionalidade (deve-se buscar o meio menos oneroso para atingir a finalidade pública)”.

85 GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2018. pg. 81.

5.6. Conclusão

Decerto, as alterações trazidas pelo novo regime de contratações públicas inauguram uma nova era de contratações públicas diretas. Nesta toada, não restam dúvidas de que o Decreto Municipal nº 50.797/2022, editado pelo Município do Rio de Janeiro, no exercício de sua competência federativa para complementar as normas geraris federais em matéria licitatória, tornou-se um marco importante no longo percurso de implementação da Lei Federal nº 14.133/2021.

Além disso, a utilização do procedimento de dispensa eletrônica garante, em muito, a observância dos princípios da transparência, isonomia, competitividade e eficiência. A criação de uma plataforma em que eventuais interessados possam competir entre si reduz as chances de fraudes, e, por conseguinte, afasta a desconfiança que há muito tempo recai sobre as contratações diretas no âmbito da Administração Pública.

Ou seja, o prognóstico é otimista quanto ao incremento da eficiência e lisura dos processos de contratação direta, especialmente quando se analisa a nova disciplina normativa à luz de sua potencialidade em se alterar o *status quo* imposto pela já ultrapassada Lei Federal nº 8.666/1993. O caminho, entretanto, é longo; mas para toda longa jornada há que se dar o primeiro passo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAGÃO, Alexandre santos de. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Ed.Jus Podivm, 2019.

GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 90 de 15.09.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.