

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

Coriolano Elias Antônio Mourani Naves

**A CRISE FINANCEIRA E A DISPENSA DE LICITAÇÕES DURANTE A
PANDEMIA DO COVID 19**

ITUVERAVA

2021

CORIOLANO ELIAS ANTÔNIO MOURANI NAVES

**A CRISE FINANCEIRA E A DISPENSA DE LICITAÇÕES DURANTE A
PANDEMIA DO COVID 19**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação
Educativa de Ituverava para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof. Dr. Iuri Sverzut Bellesini

**ITUVERAVA
2021**

CORIOIANO ELIAS ANTÔNIO MOURANI NAVES

**A CRISE FINANCEIRA E A DISPENSA DE LICITAÇÕES DURANTE A
PANDEMIA DO COVID 19**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação
Educativa de Ituverava para obtenção do título de
Bacharel em Direito.**

Ituverava, _____ de _____ de 2021.

Orientador: _____

Dr. Iuri Sverzut Bellesini

Examinador: _____

Nome do Examinador

Examinador: _____

Nome do Examinador

*Dedico este trabalho aos meus familiares que
me inspiraram e incentivaram nessa jornada,
porém não puderam ver o resultado*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a evolução histórica e a eficiência do processo licitatório e a realizar abordagem crítica de sua utilização e abrandamento em razão da pandemia causada pelo COVID-19. Ademais, tratará brevemente da responsabilidade dos agentes pelos danos dolosos e culposos gerados nessas questões. Será realizada, outrossim, abordagem do tratamento que deve ser realizado pelos agentes públicos de forma a garantir os interesses primários e secundários da Administração Pública e de toda a coletividade, e a eficiência das medidas adotadas, utilizando da metodologia analítica crítica de doutrinas, julgados, e do Direito Positivo, de modo a identificar os reflexos financeiros e jurídicos no período de combate e pós era pandêmica, e a responsabilidade civil, penal e administrativa dos atos de toda a cadeia envolvida no desenvolvimento aos interesses estatais e sociais.

Palavras-chave: Processo licitatório; responsabilidade; dispensa; modalidade de licitação; Covid-19

SUMMARY

This paper aims to analyze the historical evolution and the efficiency of the bidding process, the development to combat the pandemic caused by the SARS-CoV-2 virus, the liability for intentional and culpable damages generated by public or civil agents and how they should respond before the public entity in which they are bound, in order to ensure the primary and secondary interests of the Public Administration and the entire community, and the efficiency of the measures adopted, Using critical analytical methodology of doctrine, judgments, and Positive Law, in order to identify the financial and legal consequences in the period of combat and post pandemic era, and the civil, criminal and administrative responsibility of the acts of the entire chain involved in the development of state and social interests to remedy the SARS-CoV-2 virus, in a harmonic way and in accordance with the constitutional precepts that govern the Public Administration and the basic rights of any citizen.

Keywords: **Bidding process;** responsibility; dispensation; bidding modality; SARS-CoV-2

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	
1.1	Evolução Histórica.....	6
1.2	Brasil império	6
1.3	Era Vargas	7
1.4	Governo militar.....	7
1.5	Redemocratização	8
2	JUSTIFICATIVA.....	10
3	METODOLOGIA	11
4	LICITAÇÃO – NOÇÕES GERAIS DE DIREITO.....	12
4.1	Elementos constitucionais e competências.....	13
4.2	Fases e desenvolvimento do processo licitatório.....	14
4.2.1	Fase preparatória.....	15
4.2.2	Edital	16
4.2.3	Das propostas e realização dos lances	17
4.2.4	Habilitação.....	17
4.2.5	Encerramento da licitação.....	18
5	A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO INTERESSE PÚBLICO.....	19
6	A LICITAÇÃO E SUA DISPENSA. A PANDEMIA E A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR.....	22
7	CONTRATAÇÃO DIRETA E INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO	24
8	ESTADO DE CALAMIDADE E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 926.....	26
9	LEGISLAÇÃO X COVID	28
9.1	Responsabilidade administrativa	29
9.2	Do parecer jurídico em licitações	30
10	CONCLUSÃO.....	33
	REFERÊNCIAS.....	35

1 INTRODUÇÃO

A licitação é, inegavelmente, um dos mais importantes instrumentos existentes nas Administrações Públicas mundiais e verdadeiro corolário de um sistema que se pretende republicano.

Conforme abaixo explicitado, sua concepção experimenta grande ductibilidade histórica e é notável sua evolução ao longo do tempo.

Não pairam dúvidas de que se cuida de instrumento garantidor de legalidade e isonomia de tratamento entre aqueles que pleiteiam entabular avenças com a Administração Pública. Não por outro motivo que se dá numa forma de certame.

1.1 Evolução Histórica

A terminologia da Licitação é popularmente utilizada como sinônimo ou similar de “licito”. Porém, a raiz etimológica da palavra deriva de *licitatione*, sendo traduzido para a língua moderna como o ato de arrematar algo durante um leilão.

O surgimento das licitações remonta os feudos medievais europeus, tendo a nomenclatura de “Vela e Prego”, consistindo em oferecer determinado bem enquanto ardia uma vela, e os interessados realizavam suas ofertas até extinguisse a chama, arrematando aquele deu o maior valor.

1.2 Brasil império

O primeiro registro que se tem do uso de Licitação no Brasil é durante a era do Império (1822 - 1889), na data de 14 de maio de 1862, com a primeira Constituição de 1824, sendo recepcionado pela Carta Magna posterior, sendo regulamentada pelo Decreto nº 2.926/1862, que, dispunha das arrematações de serviços dos Ministérios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

O Decreto supracitado tinha como características a regulamentação dos prazos para apresentação de propostas, a qualidade do objeto ou serviços e suas amostras e, em casos de obra, o governo forneceria a planta da obra a ser realizada e os lances seriam em relação a realização, ficando o encargo do trabalho de engenharia para o Governo vigente, semelhante ao atual contrato de empreitada.

O anúncio dos processos licitatórios era realizado em praça pública, objetivando conferir maior publicidade à data e horário do feito. Todavia este meio não permitia que todos os interessados tivessem o devido conhecimento, devido à baixa tecnologia e acesso à

informação da época, além de grande interferência do governo monárquico da época, sendo detentor do poder estatal e favorecendo aqueles que lhe convinham.

Aliás, já bem ensinava FAORO:

O PATRIMONIALISMO, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo - o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência. O Estado ainda não é uma pirâmide autoritária, mas um feixe de cargos, reunidos por coordenação, com respeito à aristocracia dos subordinados (FAORO, 1984, p.84).

1.3 Era Vargas

Com o advento de um Governo Republicano, surge, após aproximadamente três décadas da nova República, o Decreto nº 4.536/1922, conhecido como Código de Contabilidade da União, sendo recepcionada até a Constituição de 1946, trazendo maior credibilidade da publicidade e imparcialidade do governo durante o processo licitatório, prevalecendo a imparcialidade.

A maior alteração procedimental foi o estabelecimento de condição de empenho de despesa, ou seja, criação do ato administrativo podendo implementar uma condição ou não para realizar o pagamento. Desta forma, assegurou-se a transparência perante toda sociedade.

Art. 6º O chefe da Directoria Central de Contabilidade da Republica e os chefes das contabilidades seccionaes serão pessoalmente responsaveis pela exactidão e preparo oportuno da escripturação, contas, balanços e demonstrações dos actos relativos á receita e despesa federaes. (BRASIL, 1922)

Porém, as normas descritas não passavam de anódinos escritos, eis que fora herdado dos governos anteriores o favoritismo do governo perante parentes e amigos, por meio de práticas de nepotismo, fraudes nos processos licitatórios, entre outras situações de descompasso com o interesse público.

1.4 Governo militar

Com o Golpe de 1964, instalou-se o governo autoritário e organizado pelos militares, até marco de redemocratização de 1985. A principal contribuição para o desenvolvimento do processo licitatório foi a criação das modalidades que passaram a existir, tais como a tomada de preço, convite e concorrência.

Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:
I - Planejamento.

- II - Coordenação.
- III - Descentralização.
- IV - Delegação de Competência.
- V - Contrôlo. (BRASIL, 1967)

São advindas do Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, promulgou os princípios gerais da Administração Pública, daquela época, a serem seguidos, sendo: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle. Desta forma, pode-se dizer que, nesta fase evolucionara é encontrada a “*physis*”, “*logos*” e “*arché*” do atual procedimento licitatório.

O dever da Administração Pública e a extensão da obrigação para os entes federais, de tornar os atos públicos fora refinado, pois o Decreto Lei supracitado, inovou, para a época, obrigando que os atos e editais públicos houvesse publicidade em imprensa oficial, devendo constar o local, hora, objeto, e critérios de habilitação.

Art. 130. No edital indicar-se-á, com antecedência prevista, pelo menos:

- I - Dia, hora e local.
 - II - Quem receberá as propostas.
 - III - Condições de apresentação de propostas e da participação na licitação.
 - IV - Critério de julgamento das propostas.
 - V - Descrição sucinta e precisa da licitação.
 - VI - Local em que serão prestadas informações e fornecidas plantas, instruções, especificações e outros elementos necessários ao perfeito conhecimento do objeto da licitação.
 - VII - Prazo máximo para cumprimento do objeto da licitação.
 - VIII - Natureza da garantia, quando exigida
- Parágrafo único - O prazo de que trata o item VII será contado em dias úteis. (BRASIL, 1967)

1.5 Redemocratização

A redemocratização ocorreu no país no ano de 1985, tendo sido a Carta Magna gestada no regime anterior vigente, até a sanção do Decreto-Lei nº 2.300/1986. Em 1988 adveio a atual Constituição, conhecida como Constituição Cidadã, pois, assegura direitos e garantias individuais (notadamente direitos sociais) que foram suprimidos pelo Regime Militar.

O Decreto Lei nº 2.300/1986, aludia aos atuais princípios da Administração Pública, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (atualmente artigo 37, CF/1988). Desta forma, cabia a União legislar, privativamente sobre normas gerais de procedimentos licitatórios, cabendo aos estados e municípios criarem normas complementares em consonância com a realidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Art 85. Aplicam-se aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste decreto-lei.

Parágrafo único. As entidades mencionadas neste artigo e no artigo seguinte não poderão ampliar os casos de dispensa de licitação, nem os limites máximos de valor fixados para convite, tomada de preços e concorrência.

Parágrafo único. As entidades mencionadas neste artigo não poderão:

a) ampliar os casos de dispensa, de inexigibilidade e de vedação de licitação, nem os limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades de licitação;

b) reduzir os prazos de publicidade do edital ou do convite, nem os estabelecidos para a interposição e decisão de recursos. (BRASIL1986).

2 JUSTIFICATIVA

A discussão formada sobre o tema paira sobre a questão alhures posta, afetando diretamente o valor pecuniário e resultando, muitas das vezes, no estabelecimento de preços exorbitantes e inexequibilidade do contrato administrativo e, por consequência, resultando em impasses jurídicos.

Apesar de existir normas no ordenamento jurídico, tais questões ferem os interesses dos entes federativos, podendo o órgão gestor responder por improbidade administrativa por ferir princípios constitucionais, com consequências previstas em leis como a Lei nº 8.429/1992 e do Código Penal, podendo resultar até mesmo na perda do cargo público.

3 METODOLOGIA

Desta forma, a presente pesquisa objetiva uma análise crítica sobre acerca das atuais medidas e o cenário formado durante a pandemia sobre os contratos administrativos, sendo pautadas na jurisprudência e na análise do cenário socioeconômico desenvolvido com a flexibilização do uso das licitações, que objetiva a aquisição de bens pelo poder público para promover o combate contra a pandemia ocasionada pelo COVID-19, gerando novas responsabilidades administrativas para o órgão gestor.

4 LICITAÇÃO – NOÇÕES GERAIS DE DIREITO

Esse instituto está ligado ao processo administrativo regido pela Administração Pública sobre os interessados em celebrar contrato com ela, para escolha de proposta adequada sob o prisma do interesse público primário e secundário. Portanto, licitação é um processo administrativo de seleção competitiva (certame) entre os sujeitos que dela participam para contratar com a Administração Pública.

Pode-se dizer que a licitação é uma categoria e não um processo por si só, pois há várias modalidades que se enquadram no conceito de processo de licitação, indicando uma sequência organizada de enquadramentos e atos racionalizados a serem seguidos e distintos em cada modalidade.

É dizer: a licitação é um conceito maior, um certame que pode ser operacionalizado nas suas mais diversas espécies. De todo modo, inegável que as licitações se enquadram em um conceito estendido de processo administrativo.

No entendimento de Di Pietro, tratar-se de um processo que “deve ser observado todos os princípios norteadores de qualquer processo legal, principalmente a publicidade dos atos e a ampla defesa” (2012, p. 214), portanto, permite-se que qualquer envolvido no processo administrativo possa ter acesso as informações necessárias e defender seus interesses.

Existem ressalvas quanto ao tratamento igualitário entre os licitantes, podendo ocorrer em casos de preferência de produtos nacionais, tendo o Estado por meio do ente federativo o papel de protecionismo da economia nacional. Outra hipótese são as microempresas e empresas de pequeno porte que possuem regulamentação especial advinda da Lei do Simples Nacional (LC 123/06), inclusive no tocante às contratações públicas. Sendo assim, existem condições vantajosas para licitar e contratar para as Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP).

Justifica-se esse tratamento pois o conceito de isonomia não deve ser entendido em sua acepção meramente formal, mas sim material. Nesse diapasão, sabe-se que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente (na medida de suas desigualdades).

Quando o objeto da licitação envolver repartição pública localizada em território estrangeiro, empréstimo ou doação internacional, é permitida a aplicação de condições previstas em acordos internacionais ou que se mostrem necessárias, desde que não contrariem os princípios constitucionais elencados anteriormente.

Por tratar-se de processo administrativo, qualquer membro da administração pública, indireta ou indireta, pode executar o procedimento, pois exercem atividades de função administrativa.

O objetivo do presente instrumento de seleção para assegurar a escolha da melhor proposta em consonância com a realidade do momento; permitir a participação de qualquer pessoa (natural ou jurídica) que atenda aos requisitos presentes em editais, assegurando tratamento igualitário; e auxiliar no desenvolvimento dos interesses públicos.

Existe a hipótese da utilização do presente instrumento processual de alienação de um bem público em favor de pessoa natural ou jurídica, desde que o bem seja disponível, como por exemplo: bem público dominical ou outorga de uso de bem.

Há possibilidades de contratação sem o uso do procedimento licitatório, podendo ocorrer em virtude da contratação direta por dispensa ou inexorabilidade, ocorrendo a perda do elemento de competição, permitindo que a administração pública escolha diretamente aquela que irá tratar, podendo ocorrer em caso de calamidade pública ou emergência.

Art. 24. É dispensável a licitação:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos (BRASIL, 1993).

4.1 Elementos constitucionais e competências

A atual Carta Magna prevê o dever da administração pública de licitar, atribuindo competência União e os Entes Federativos competência de legislar, sendo o primeiro sobre a matéria em caráter geral, e a segunda em caráter complementar e em consonância com as realidades dos Estados e Municípios, com as ressalvas de empresas públicas.

Isso porque conforme o artigo 173, §1º, III, CFRB/88, pela Emenda Constitucional de 19/1998, a União, pelo Congresso Nacional, deve criar lei contendo o estatuto jurídico de empresas estatais, entendendo como sociedade de economia mista, empresas públicas e aquelas controladas pelo Estado, dando azo a Lei de nº 13.303/2016, que prevê meios e individualidades de licitação.

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

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

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública. (BRASIL, 1988)

Doutrina de peso critica a previsão constitucional de competência do Congresso Nacional para criar normas de licitação de caráter geral. Isso porque a realidade de uma licitação do governo federal é dissonante em relação à estadual e municipal, havendo nítida inadequação da lei federal em relação a esses entes.

Aduz José Adércio Leite Sampaio, sobre o tema em análise:

Assim, por exemplo, a União recebeu competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais dela própria, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 22, XXVII). Pois bem, no exercício dessa competência, ela terminou cometendo excessos. Os dispositivos da Lei n. 8.666/1993 que proibiam a doação de imóvel e a permuta de bem móvel, que não fossem para outro órgão da Administração Pública, bem como a imposição obrigatória de condição resolutiva às doações de imóveis – permitida a inalienabilidade, pelos donatários, dos bens doados – que, por entrarem em detalhamento na disciplina do assunto, fugiam do conceito de norma geral. (SAMPAIO, 2013, p. 253)

4.2 Fases e desenvolvimento do processo licitatório

A sequência programática a ser seguida é prevista no artigo 17 da Lei nº 14.133/21, pressupõem as seguintes fases:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I - preparatória;

II - de divulgação do edital de licitação;

III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV - de julgamento;

V - de habilitação;

VI - recursal;

VII - de homologação (BRASIL,2021)

É possível a existência de previsões legais nas quais essa sequência seja modificada, como ocorre por exemplo em previsões editalícias de mais de uma fase de julgamento, devido a gama de comissões que avaliam o objeto do contrato.

Ordinariamente os processos licitatórios são presenciais necessariamente por sessões públicas, permitindo a publicidade e transparência da pessoa do ofertante e conhecimento da imagem física da proposta pelos concorrentes.

Porém, durante esse período pandêmico o procedimento eletrônico se sobressaiu, pois a presença física dos ofertantes fora dispensada, devendo ser respeitando a validade e eficácia impostas pela Administração Pública em edital.

4.2.1 Fase preparatória

A fase preparatória ou fase interna é o início do processo de licitação, sendo constituída pelo planejamento, forma de contratação e estudo das características e conveniência do objeto a ser adquirido.

A nova Lei de Licitações nº 14.133/21 inovou ao trazer o Plano Anual de Contratações, devendo ter consonância com a Lei Orçamentária Anual (LOA), havendo a análise de compatibilidade, conveniência e mercadológico do objeto pleiteado pelo administrador da Administração Pública.

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

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V - a elaboração do edital de licitação;

VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei. (BRASIL, 2021)

Outra importante mudança surgida com o advento da Lei nº 12.133/21 se faz presente no artigo 20, que modificou a fase do processo administrativo em análise ao dispor que “deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam” (BRASIL, 2021). São casos em que, exemplificativamente se veda a licitação de objetos luxuosos, mesmo que suas atribuições sejam compatíveis com o presente no edital.

Anota-se que não há definição de qualidade comum ou de objeto luxuoso, devendo existir complemento por outro ato administrativo, portanto, trata-se de norma heterogênea.

Antes da elaboração do edital, a Administração pode convocar uma audiência ou consulta pública para a manifestação de todos os interessados sobre a licitação, vale ressaltar que é qualquer pessoa, não apenas os licitantes, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis da formalização do ato.

O parecer jurídico sobre o desenvolvimento da formação do processo licitatório é obrigatório, sendo instrumento prévio da contratação, devendo ser claro e objetivo, pois, através desta em consonância e harmonia com a lei. Existem hipóteses de dispensa do parecer jurídico, quando a complexidade e os valores forem de baixa complexidade.

O parecer tem caráter técnico, devendo o profissional zelar pelo interesse público e preceitos constitucionais, porém pode ocorrer negligência, imprudência e imperícia do profissional, dando azo a responsabilidade do agente público mediante ao erro, sendo a matéria não pacificada pela doutrina, tal tema será abordado em capítulo próprio.

4.2.2 Edital

O edital deve conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos, às penalidades da licitação e às condições de pagamento, além de parâmetros de fiscalização e gestão do contrato.

Sempre que possível, a Administração deve adotar um padrão de edital e de contrato com cláusulas uniformes. O edital, quando publicado, deve constar também no site oficial do órgão responsável e no Diário Oficial da União.

Com relação ao pagamento, o edital deve prever um índice de reajustamento de preço para o pagamento do contratado, tomando como referência a data do orçamento estimado. Há ainda a possibilidade de o edital exigir que os serviços possuam um percentual mínimo de mão de obra composta por mulheres vítimas de violência doméstica ou oriundos do sistema prisional, objetivando a ressocialização e a dignidade da pessoa.

4.2.3 Das propostas e realização dos lances

Inicia-se com a publicação do edital, com os licitantes apresentando suas propostas ou oferecendo lances, de acordo com a modalidade da licitação do caso concreto, e encerra-se com o prazo descrito no próprio instrumento ou no período determinado por lei.

A entrega de propostas é contada com o início da publicação do edital, tendo os prazos decadenciais mínimos estabelecidos por lei, conforme a modalidade licitatória adotada, sendo:

Figura 1- Quadro de prazos de propostas e lances

	AQUISIÇÃO DE BENS	SERVIÇOS E OBRAS	CRITÉRIO DE MAIOR LANCE	CRITÉRIO DE MELHOR TÉCNICA OU TÉCNICA E PREÇO
PRAZO	8 dias úteis (menor preço, maior desconto)	10 dias úteis - menor preço, maior desconto, - serviços comuns - obras e serviços comuns de engenharia	15 dias úteis	35 dias úteis
		25 dias úteis - menor preço, maior desconto, - serviços especiais - obras e serviços especiais de engenharia		
	15 dias úteis (demais hipóteses)	35 dias úteis - execução por contratação semi-integrada - demais hipóteses		
		60 dias úteis - execução por contratação integrada		

Fonte: Trilhante (2021)

Vale mencionar que, os prazos podem ser reduzidos até o limite de metade para as licitações realizadas pelo Ministério da Saúde, quando for em benefício ao Sistema Único de Saúde (S.U.S).

Os lances e propostas podem ser realizados em conjunto ou isolados com outros licitantes, ou seja, pode haver a publicidade ou sigilo, de forma a vedar a concorrência desleal. Destarte, na modalidade de menor preço e maior desconto é defeso a utilização do sigilo, devido a sua menor complexidade de concorrência.

4.2.4 Habilitação

De maneira geral, está fase tem como objetivo verificar a capacidade jurídica, técnica, administrativa e econômica do licitante vencedor de realizar as obrigações do contrato

administrativo. Tal habilitação justifica-se na prevenção no descumprimento a legislação para obter vantagens estranhas aos preceitos legais.

Nesse diapasão o Tribunal de Contas da União:

Exigências habilitatórias não podem ultrapassar os limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado. O momento para verificar a habilitação é após a fase de julgamento, porém, com o advento da Lei nº 12.133/21, em seu artigo 17, §10, deu azo para a possibilidade de inversão motivada, desde que, a autoridade contratante tenha justo motivo, devendo todos, em tal hipóteses, apresentar habilitação; como por exemplo: verificação de idoneidade das empresas participantes. (TCU, 2010)

Existem hipóteses da dispensa total ou parcial do procedimento de habilitação, independentemente se configurado no edital, sendo em licitações na modalidade leilão e em caráter de entrega imediata em valores inferiores a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

A justificativa dessa dispensa é o valor irrisório dos produtos a serem adquiridos, pois o valor material e de recursos humanos utilizados para os procedimentos seriam incompatíveis com o valor total da licitação, além de incentivar o campo de pesquisa e desenvolvimento.

O artigo 64 da Lei nº 12.133/21, inovou ao vedar a substituição ou implementação após a entrega, podendo ser complementados caso o documento já apresentado expira após o recebimento da proposta. Vale ressaltar que, erros substanciais não altera a idoneidade e integralidade da informação apresentada.

4.2.5 Encerramento da licitação

Após o decorrido todas as etapas e exauridas os recursos administrativos impetrados, o processo licitatório seguirá para autoridade superior, que poderá: devolver os autos para sanar eventual vício; revogar a licitação por conveniência e oportunidade (conforme súmula 346 e 473 STJ); anular a licitação, caso identifique irregularidade insanável; homologar a licitação.

Todos os atos devem ser fundamentados, em caso de nulidade, a autoridade indicará expressamente qual o vício insanável, tornando-o sem efeito e todos aqueles originários deste, devendo ser observados a ampla manifestação dos interessados.

5 A LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DO INTERESSE PÚBLICO

Conforme o artigo 37 da CRFB, “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL,1988).

Mais adiante, no seu inciso XXI aduz que:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL,1988)

Temos, assim, indubitavelmente, a previsão da licitação como um dos mais notáveis instrumentos garantidores do interesse público (primário) e patrimonial do Estado (secundário).

Doutrinariamente a licitação apresenta-se multifacetada, podendo gerar até mesmo algumas dúvidas. Poder-se-ia questionar: trata-se de simples procedimento? Cuida-se de princípio constitucional ou de norma? Tratando-se de princípio, é este fundamental ou não?

Para tanto, necessário é asseverar que em termos constitucionais temos não apenas os princípios explicitamente nela elencados. É dizer: uma ordem constitucional é “maior” do que a própria Constituição.

Ensina Medauar:

O rol dos princípios do direito administrativo não é idêntico nos diversos ordenamentos e na doutrina. Por outro lado, há princípios de maior abrangência (exemplo: princípio da impessoalidade) e princípios setorializados (exemplo: prescritibilidade dos ilícitos administrativos).

Na Constituição de 1988 encontram-se mencionados explicitamente como princípios os seguintes: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (este último acrescentado pela Emenda nº 19/98 – Reforma Administrativa). Alguns autores buscam extrair outros princípios do texto constitucional como um todo; seriam outros princípios implícitos. Outros princípios do direito administrativo decorrem classicamente de elaboração jurisprudencial e doutrinária. (MEDAUAR, 2018, p. 116)

Ainda que não estivesse expreso na Constituição, o princípio licitatório poder-se-ia dizer como sendo corolário dos vetores principais da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Seria, nesse caso, no mínimo, princípio implícito densificador dos mencionados

acima e, portanto, componente do chamado “bloco de constitucionalidade”, pois os princípios norteadores são mais complexos e coexistentes.

Nesse diapasão, preleciona Canotilho:

O parâmetro da constitucionalidade não se reduz positivadamente às regras e princípios escritos nas leis constitucionais; alarga-se também a outros princípios não expressamente consignados na constituição, desde que tais princípios ainda se possam incluir no âmbito normativo-constitucional. (CANOTILHO, 2003, p.920)

A solução da questão, contudo, passa pela previsão do supracitado inciso XXI do artigo 37 da Carta Republicana, uma vez que o procedimento licitatório foi expressamente estabelecido.

É dizer: cuida-se de princípio constitucional, corolário e densificador de “superprincípios” constitucionais, garantidor do interesse público, prevendo que os contratos administrativos sejam antecedidos por certame que irá escolher a melhor proposta no sentido técnico e econômico.

Os contratos administrativos existem nas várias formas e são antecedidos, igualmente (e em regra), por modalidades licitatórias, objetivando a aquisição de bens e serviços para os entes componentes da Administração Pública em geral, sendo atos de entidades privadas ou públicas.

Devem, nessa linha, os atos da entidade ligada à administração pública, sejam estas de direito privado ou público, ser conformes aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de forma a não lesar o erário público e, reflexamente, toda sociedade.

Também inegável seu caráter de fundamentalidade. Adotando as lições ALEXY(2015, p. 42), observa-se a “fundamentalidade” do princípio pois, formalmente, estão essas normas no vértice da ordem jurídica, sendo limitadas na sua revisão, além de vincular imediatamente os entes públicos. No mais, materialmente, é este estruturante do Estado e da sociedade (fundamentalidade material).

Ou seja, sem pretender enorme discussão, tem-se por certo que a licitação é importante instrumento garantidor de aquisição ou contratação pública, tendo os princípios fundantes da nossa ordem jurídica e fora alçado pelo constituinte, igualmente, a um princípio fundamental constitucional.

Destarte, a ocorrência da pandemia causada pela COVID-19 gerou às Leis de nº 14.035/20 e 13.979/20 que flexibilizaram as regras para a formação da licitação. Nesse diapasão, a dispensa em alguns casos passando a permitir com que o ente federativo realizasse

um contrato administrativo com empresas (algumas vezes até mesmo de discutível idoneidade), vulnerando a normatividade dos princípios constitucionais e pagando preços muitas vezes desconformes com os observados no mercado, o que chega a dificultar até mesmo o combate contra a pandemia.

Com o advento da pandemia gerou-se um cenário conturbado no meio jurídico, pois houve a necessidade de adquirir equipamentos para o combate do novo vírus de forma rápida.

Indiscutivelmente, neste cenário, a vetusta Lei nº 8.666/1993, não atendia as necessidades geradas pelo contexto pandemônio, dando azo à reformulação jurídica no sistema licitatório, Lei nº 14.133/2021, trazendo novos aspectos e regulamentações para o regramento das licitações, dobrando os prazos e revogando a normativa anterior.

Porém, a Lei nº 8.666/1993, permanecerá em vigor por dois anos contados da publicação de sua sucessora, Lei nº 14.133/2021, devendo o Poder Público optar em edital qual procedimento será adotado durante todo o processo licitatório.

6 A LICITAÇÃO E SUA DISPENSA. A PANDEMIA E A RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR.

A licitação é o conjunto de atos da administração pública tendentes à realização de contratações de serviços ou aquisições de produtos pelos entes federativos, devendo seguir normas a fim de assegurar a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência do ato, pois caso contrário, poderia lesar a administração pública como um todo e, em última análise os cidadãos que seriam beneficiados com o eventual e consequente contrato administrativo.

O Estado tem grande capacidade aquisitiva e em paralelo a necessidade de atender as garantias do mínimo existencial asseguradas pela Carta Magna. Tendo-se em tela tais contrapesos, nasce-se a necessidade de negociação de preços em contratos realizados com a Administração Pública para atender seus melhores interesses socioeconômicos de forma isonômica

Preleciona Odília Ferreira da Luz Oliveira, sobre a importância do uso do processo licitatório:

A licitação é procedimento administrativo, exigível, em princípio, e deve preceder obrigatoriamente todos os contratos da Administração, salvo dispensa legal, sendo que a exigência do procedimento licitatório atinge todos os órgãos da Administração Pública direta e os entes da Administração Pública Indireta, dos três poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (OLIVEIRA, 1997, p.143).

O processo licitatório tem como objetivo atender ao interesse público. Quer-se a realização de determinado contrato que será oferecido ao povo de forma menos onerosa. Destarte, toda modalidade de licitação é competitiva, compreendendo aos interessados mostrar a qualidades e provar que seu produto ou serviço é o melhor para determinada incumbência.

No entendimento de Di Pietro, na definição de licitação, a expressão “administração pública no exercício da função administrativa” é substituída por “ente público no exercício da função administrativa” acrescentando que “se destina a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório” (2012, p.340).

Tal modificação da expressão “ente público no exercício da função administrativa” justifica-se que mesmo se determinada entidade privada esteja no exercício de uma atividade pública, ela deverá obedecer (em termos de ônus e bônus) o regime jurídico publicista, sendo tratada como se pública fosse e realizando procedimentos licitatórios.

Como bem destaca Carvalho Filho:

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos. (CARVALHO FILHO, 2016. P. 329)

A licitação surge, assim, como uma forma de contornar os riscos acima, consubstanciando-se em procedimento anterior ao contrato, de caráter vinculado e por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

7 CONTRATAÇÃO DIRETA E INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O instituto dispensa a realização do procedimento licitatório, em casos especificados na legislação, permitindo que a administração pública possa contratar diretamente, desburocratizando e acelerando o a aquisição do bem ou serviço.

Tais hipóteses está a luz da atual Carta Magna, artigo 37, XXI

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL,1988)

O afastamento do procedimento licitatório deve ser procedido por lei formal e caráter complementar ao texto constitucional, em óbice ao instituto da hierarquia das normas. Destarte, com o advento da lei 14.133/2021, deu-se azo para um novo rol de situações de dispensa da licitação.

Desta forma, tem-se três institutos destinados a dispensa, sendo estes: inexigibilidade, ou seja, é inviável ao produto, devido a sua individualidade ou *intuitu personae* (personalíssima); dispensa para aquisição de bens, obras e serviços, devido ao baixo preço da contratação; dispensa para alienação ou outorga de uso do bem público para uso e gozo de particulares.

O artigo 72, Lei de nº 14.133/2021 apresenta aspectos gerais a serem observados as dispensas mencionadas acima, devendo, por exemplo, ser comprovada a necessidade da inexigibilidade do procedimento licitatório e urgência ou emergência para aquisição de bens para combate a pandemia, pautados em estudos científicos e demonstrada a necessidade.

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

- VI - razão da escolha do contratado;
- VII - justificativa de preço;
- VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial. (BRASIL, 2021)

Vale ressaltar que, a indevida contratação direta ocasiona a responsabilidade solidária do agente público e do contratado pelo dano ao erário, podendo responder nas esferas cíveis, penais e administrativas concomitantemente.

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. (BRASIL, 2021).

No ano de 2018, o plenário do Supremo Tribunal do Federal, afastou a prescrição de agente público que causou danos ao erário por dolo, sobre a justificativa de interesse público e social

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS. 1. Recurso Extraordinário leading case do tema 897 da repercussão geral: “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa”. 2. Processo julgado pelo Supremo Tribunal Federal, fixando-se a seguinte tese: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. 3. Oposição de embargos de declaração, em que se suscita a existência de vícios que possibilitariam a atribuição de efeitos infringentes ao recurso, impondo a modificação do aresto. 4. Embora a conclusão do julgado seja contrária à pretensão do embargante, não há demonstração de vício apto a possibilitar o acolhimento dos embargos para reforma da decisão. O acórdão impugnado analisou devida e fundamentadamente as questões indispensáveis ao deslinde da controvérsia. Parecer pela rejeição dos embargos (STF, 2018)

O princípio da singularidade, tem como fundamento analisar se a notória especialização utilizada para a inexigibilidade do procedimento licitatório é fundamental para a formulação da execução do serviço, caso não seja o afastamento é ilícito, devendo ser anulado e o agente público responsabilizado.

8 ESTADO DE CALAMIDADE E A MEDIDA PROVISÓRIA N° 926

A Medida Provisória n° 926, entrou em vigo na data de 20 de março de 2020, tendo por objetivo regulamentar, auxiliar e desburocratizar as medidas de combate à pandemia do SARS-CoV-2. Trouxe, no seu bojo, permissivo de dispensa de licitações em consideração ao estado de calamidade na saúde pública. Possibilitou, outrossim, alterações unilaterais nos contratos pela Administração Pública.

Preliminarmente, a Medida Provisória se desenvolveu na vigência da lei 8.666/93 sem, contudo, alterá-la. Todavia, modificou significativamente a modalidade de pregão (ainda que em caráter temporário), visando o enfrentamento pandêmico.

A Medida Provisória instituiu dispensa para bens e serviços de engenharia para obras destinadas ao tratamento e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de nível global.

Importante destacar que o texto permite a contratação de pessoa física ou jurídica que tenha sido declarada inidônea ou que tenha o seu direito de licitar suspenso com o poder público, desde que esta seja a única capaz de fornecer o objeto do contrato.

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do SARS-CoV-2 de que trata esta Lei.

(...)

§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido. (BRASIL, 2020)

Ocorre também a dispensa dos estudos preliminares sobre a necessidade e características do objeto a ser adquiridos, pois, passa a ser presumidas devido ao estado de calamidade, porém o próprio texto não traz garantias da idoneidade do agente público.

Dessa forma, as ações cometidas durante a vigência da Medida Provisória estão consoantes com a legalidade, porém fere a segurança jurídica, e, por lógica os interesses de primeiro e de segundo grau do Poder Público, pois os demais princípios norteadores, como a eficácia ou moralidade são obscurecidos, existindo conflito, cabendo a ponderação para resolver o conflito.

Vale destacar ainda que, Medida Provisória é criada pelo chefe do poder executivo, sendo equiparada a lei com efeito imediato, ou seja, faz parte do sistema de freios e contrapesos, permitindo que o executivo legisle sobre assuntos que entenda como urgentes, tendo seu tramite simplificado em comparação a uma lei ordinária.

Portanto o conflito da Medida Provisória com os preceitos constitucionais norteadores da administração pública é descabido, tendo em vista que a segunda é regida pela Carta Magna, e, sua afronta desestabiliza o sistema hierárquico das normas.

9 LEGISLAÇÃO X COVID

Com o advento do COVID-19 surgiu-se a necessidade de adquirir equipamentos, insumos e outros bens e serviços para o combate contra a doença, gerando o Estado de Calamidade disposto na Lei 8.666/63, artigo 24, IV e a Medida Provisória 961/2020, que, posteriormente transformou-se na Lei 14.065/2020 aumentou dos valores pecuniários para dispensa de licitação, inclusive

Dessa forma, as Leis Federais de nº. 14.133/2021 e 10.520/2002, juntamente com a Carta Magna, regulamenta as modalidades de licitações. Ambas as normas permitem que o próprio ente federativo possa adaptar entre os modelos a serem seguidos, permitindo maior autonomia de acordo com a necessidade da aquisição do bem ou serviço, porém é vedado a criação de regras ou atos infralegais que contrariem as normas regulamentadoras, ressaltando-se apenas as regras complementares *secundum legem*.

Em óbice a supremacia do interesse público, a Administração Pública Direta e Indireta deve realizar o processo licitatório, inclusive as Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, diferenciando estas não precisam seguir apenas as leis que norteiam as licitações, podendo criar regimentos internos próprios que tratem sobre o tema.

Ademais, trilhando a o artigo 28, §3º,I da Lei nº 13.303/2016, as sociedades de economia mista e as empresas públicas não se submetem à exigência licitatória para comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput , de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais.

Desta forma, em óbice ao artigo 37, *caput*, CF, no edital da licitação, devendo contar todas as legislações existentes de fácil compreensão e acesso, e ser publicado em local público, permitindo que qualquer entidade privada ou interessado possa acompanhar os atos, que devem ser realizados de forma transparente.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (BRASIL,1988)

Sabido que, com o advento da pandemia causada pelo COVID-19, surgiu a necessidade o enorme desafio dos entes federativos em adquirir, com urgência, equipamentos voltados a prevenção e ao combate do novo vírus, fazendo surgir as Leis de nº 14.035/20 e 13.979/20, flexibilizando as regras do processo licitatório, inclusive prevendo sua dispensa.

Permitiu-se que os entes públicos realizassem contratação de serviços ou compras diretamente de entidades privadas.

Para realização de uma licitação é necessário que a parte tenha capacidade nos termos da lei. Nesse sentido, Romanello Neto cita “com a relação à capacidade das partes, essa capacidade deve ser a mesma necessária para a elaboração do contrato definitivo; a liceidade do objeto é aquela exigida em qualquer contrato” (1999, p. 11).

Tem sido verificado, ainda, que, muitas vezes, essas contratações de produtos e servos se dão com preços superiores ao do mercado. Não bastasse, em grande parte dos casos o Administrador, nem mesmo diante disso, responde por improbidade administrativa, pois, tal ato é positivado, estando, inclusive, pautado pelo princípio constitucional da legalidade aplicada ao ente público (permitido apenas realizar os atos expressamente previstos em lei-legalidade restrita ou estrita).

Contudo, mesmo que seja identificado preço abusivo em relação a contratação ou compra de determinado bem, com a dispensa da licitação, o dano gerado é permanente, neste sentido, pode-se afirmar que:

Ainda que a dispensa tenha sido realmente indevida e o contrato através do qual o particular se vinculou à Administração Pública seja conseqüentemente nulo, não se pode simplesmente obrigá-lo a ressarcir os valores que recebeu do Estado, como se sua contratação tivesse gerado, presumidamente, um dano ao Erário. (FARIA, 2018, p. 177).

Desta forma, Gagliardi cita que “o objeto imediato do contrato preliminar de compra e venda é a celebração do contrato definitivo e seu objeto imediato será a prestação translativa mediante prestação pecuniária prometida” (2011, p. 599).

Destarte, o superfaturamento do objeto do contrato admirativo caracteriza ilícito, pois fere a economicidade e efetividade, e, por consequência, o interesse público.

9.1 Responsabilidade administrativa

A Lei nº 8.112/90, rege o regime jurídico de toda a administração pública civil, imputando as sanções e seus limites conforme a ato praticado pelo servidor público, de forma a proteger o interesse coletivo e os interesses de Estado.

Agente Público é toda pessoa física, aprovada e empossada em cargo público de caráter transitório ou permanente, devendo, por meio dos atos administrativos os quais são competentes, realizarem atividades de interesse estatal, e, quando ultrapassada os limites norteados pelo ordenamento jurídico, pode vir a cometer ato ilícito.

O princípio da legalidade aplicado ao agente público é diferente ao da pessoa civil, no segundo, a constituição assegura ao sujeito que só poderá deixar de fazer caso esteja

positivado, em paralelo, o primeiro só poderá realizar aquilo que está tipificado e elencado em lei, ou seja, seus atos são restritos e suprimidos em lei.

Destarte, os atos ilícitos praticados por agente público, são aqueles que fogem da tipificação legal, sendo a ação comissiva ou omissiva *extra legem*, sendo de grande interesse do Estado devido à grande repercussão e dano gerado, podendo ser discutidos nas esferas civil, para reparação do dano e na esfera penal, os crimes funcionais.

A esfera civil será analisada conforme o dano causado ao erário, podendo ser mantido na função e ressarcir os valores materiais exauridos, podendo haver parcelamento do valor a ser ressarcido de, no mínimo 10% (dez por cento) da remuneração do agente, ou, em hipótese de existência da perda do cargo, o ressarcimento deverá ser feito de forma integral no prazo de 60 (sessenta dias), podendo ser inscrito em cadastro de dívida ativa.

No tocante a esfera administrativa é o próprio órgão público exercendo o seu poder de autoexecutoriedade, o seja, procedimento é extrajudicial, pois é a própria instituição que irá realizar o caráter pedagógico ao agente público, devendo ser resguardado o seu contraditório e ampla defesa, podendo haver incidência judicial em caso de abuso de qualquer uma das partes envolvidas.

Os processos nessas esferas são independentes, ou seja, não aplica-se a regra do julgamento pelo mesmo fato (*ibis idem*) ou eventual absolvição em alguma área jurídica implique, necessariamente, efeitos sobre as demais esferas, pois as sanções são cumulativas.

A exceção das sanções cumulativas do agente público é perante a esfera penal, pois, em hipóteses de ausência de materialidade ou autoria, deverá haver a absolvição sumária nas demais esferas. Destarte, se houver inconsistência de provas sobre a materialidade ou autoria no âmbito penal, não existirá reflexo nas demais searas.

9.2 Do parecer jurídico em licitações

Vale ressaltar a importância e a responsabilidade do parecer jurídico na formação do processo licitatório, pois, através deste é possível identificar e sanar eventuais danos aos interesses primários e secundários da administração pública e do licitante.

O instrumento formulado, por duas vezes, por um profissional da área jurídica sobre o cumprimento da legislação vigente sobre os profissionais responsáveis pela formulação antecedente da licitação.

Desta forma, o parecer é restrito a matéria de direito, afastando-se da matéria de fato, porém, caso o erro seja grosseiro, visível ao entendimento de um homem médio, é possível a alegação, de formar a adequar os interesses a serem preservados da administração pública.

O primeiro parecer é feito na avaliação da minuta, devendo informar se está regular perante o ordenamento jurídico, informando ou não se a situação é regular ou não, certificando de forma positiva ou negativa, conforme a sua fundamentação. Na segunda fase o processo já se tornou público, devendo demonstrar todos os critérios a serem utilizados para definir o licitante vendedor.

Destarte, observa-se que na primeira fase o parecer não tem caráter vinculante, pois, o profissional que o formula não tem poderes para sanar os vícios, apenas de torná-los públicos aos agentes que estão formulando o procedimento licitatório.

A dialética do tema nasce quando o parecer é desfavorável à formação do processo licitatório e este é formulado. Em tal hipótese, os agentes públicos irão responder nas esferas administrativas, penais e civis, isentando o profissional jurídico de sua responsabilidade, salvo por erro grosseiro, conforme entendimento do STF.

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O advogado é passível de responsabilização pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa, consoante os artigos 133 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei 8.906/94, que estabelece os limites à inviolabilidade funcional. 2. O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliada desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público. 3. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. 4. A diligência exigível do parecerista no enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993 autoriza a revisão do contrato quando houver risco econômico anormal, tal qual aquele decorrente de fatos previsíveis, porém de consequências incalculáveis. 5. Os preços, posto variáveis, podem ensejar a revisão contratual in concreto, na hipótese de serem inevitáveis, excepcionais e não precificadas no contrato, ainda que haja cláusula de reajuste motivada por inflação ou outro índice, razão pela qual não se configura a responsabilização do parecerista tão somente por não ter feito referência expressa à cláusula contratual. 6. A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que assegura ao parecerista a liberdade de se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos, ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso. 7. In casu, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, lastreando-se em mera interpretação distinta dos fatos, deixou de comprovar o erro inescusável pelo

agravado para sustentar a irregularidade do aditivo, que somente restaria configurado caso houvesse expressa previsão contratual do fato ensejador da revisão, na extensão devida, a afastar a imprevisão inerente à álea extraordinária. 8. O agravado no caso sub examine efetivamente justificou a adequação jurídica do aditivo contratual à norma aplicável, ao assentar que o equilíbrio econômico da mencionada obra civil foi afetado por distorções dos preços dos serviços e aos insumos básicos, logo após explicitar que se tratava de hipóteses motivadas por fatos supervenientes, de ordem natural, legal ou econômica e de trazer referências doutrinárias específicas de atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da economia. 9. Agravo interno a que NEGO PROVIMENTO por manifesta improcedência. (STF, 2019)

10 CONCLUSÃO

Desta forma, compreende-se que o processo licitatório tem como principal objetivo a aquisição de produtos ou serviços para atender os interesses primários e secundários do Poder Público, cominado com a economia gerado pela modalidade adotada.

Tais procedimentos são atos solenes, devendo ser realizados na forma descrita pelo Direito Positivo, evitando mal grados aos interesses já mencionados e alargando o máximo do custo-benefício ofertado, permitindo igualdade entre os licitantes, independentemente de sua influência ou apoio político.

In loco a situação pandêmica, ocorreu-se conflitos entre a solenidade do procedimento com a demanda emergencial, dando azo ao surgimento da Lei nº 14.133/21, prolatando os prazos e valores, além de apresentar novas modalidades de licitação.

Destarte, a Medida Provisória nº 926 apresentou possibilidades de dispensa para facilitar o combate a pandemia e em contrapartida ofendeu alguns princípios constitucionais já mencionados, devido à falta de técnica jurídica somados ao desespero, dando azo a problemática da responsabilidade do agente público frente a licitação, pois Medida Provisória não pode prevalecer sobre a Carta Magna, causando insegurança jurídica e ofensa a hierarquia das normas.

Menciona-se também que a Medida Provisória nº 926 é em contramão de qualquer processo licitatório, pois, permite a contratação direta de pessoa física ou impedida de tratar com o ente público, favorecendo atos maculados e eivados de vícios jurídicos e sociais a refletirem sobre a sociedade e a Administração Pública após a pandemia.

Portanto, conclui-se que, o procedimento licitatório tem como existência assegurar concorrência legal para tratar com qualquer ente da Administração Pública, ocorrendo cooperativismo entre os sujeitos da relação, mas, em hipótese de dano doloso causado por sujeito público ou privado, a relação à responsabilidade é imprescritível, devendo existir o ressarcimento total e passível de multa, com caráter pedagógico e em caso de dano culposo apenas o ressarcimento do dano causado.

Em relação ao parecer jurídico, o operador do direito só terá responsabilidade em hipótese de o dano ser aparente ao senso do homem médio, pois seu parecer é opinativo, não existindo meios para extinguir o vício devido a solenidade que rege os procedimentos licitatórios.

Finaliza-se o presente com o entendimento que, faltou habilidade jurídica para combater a pandemia a atender aos interesses públicos, providos pelo processo licitatório, de

forma uniforme, devendo os agentes públicos e privados a responderem por seus atos com razoabilidade e proporcionalidade ao dano causado ao difuso.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015

ALVES, Ana Paula Gross. A Evolução Histórica Das Licitações e o Atual Processo de Compras Públicas em Situação de Emergência no Brasil. **Revista REGEN**. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/regen/article/view/5162> . Acesso em: 19 de jul. de 2021

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília - DF Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de nov. de 2020

BRASIL. **Decreto Lei N° 2.300 de 21 de Novembro de 1986**. Brasília – DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm . Acesso em: 19 de jul. de 2021

BRASIL. **Decreto Lei N° 200 de 25 de Fevereiro de 1967**. Brasília – DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm . Acesso em: 19 de jul. de 2021

BRASIL. **Decreto N° 4.536/1922 de 28 de Janeiro de 1922**. Brasília – DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4536-1922.htm . Acesso em: 18 de jul. de 2021

BRASIL. **Lei N° 14.133 de 1° de Abril de 2021**. Brasília – DF Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884> . Acesso em: 21 de abr. de 2021

BRASIL. **Lei N° 8.666 de 21 de Junho de 1993**. Brasília – DF Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm . Acesso em: 25 de agos. de 2021

BRASIL. Superior Tribunal Federal. RE n° 852475 ED/SP. Brasília – DF. 2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950> Acesso em: 22 de set. de 2021.

BRASILIA. **Tribunal de Contas da União – Licitações e Contratos Orientações e Jurisprudência do TCU**. Brasília – DF. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC_CONTR/2057620.PDF . Acesso em: 12 de set. de 2021

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, Lisboa: Coimbra, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Porto Alegre: Globo, 1984.

FARIA, Luzardo. Improbidade Administrativa e Dano ao Erário Presumido por Dispensa Indevida de Licitação: uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Capes**. Belo Horizonte – MG. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1012/742>. Acesso em: 20 de nov.de 2020

GAGLIARDI, Rafael Villar. **Contratos preliminares. teoria geral dos contratos**. São Paulo, 2011, p. 559.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Contrato Preliminar e Compromisso de Compra e Venda**. 1ª ed. Curitiba. JM&MPA. 1993, p.10

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. Belo Horizonte - MG: Editora: Fórum, 2018.

Medida provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília – DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm .Acesso em: 28 de set. de 2021

OLIVEIRA, Odília Ferreira ad Luz. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 1997

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROMANELLO NETO, Jerônimo. **Contrato Preliminar: Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p.11

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

STF, MS 35196 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, Julgado em: 12/11/2019, Processo Eletrônico DJe-022 DIVULG 04-02-2020 PUBLIC 05-02-2020)

TRILHANTE, **OAB – Licitação II**. São Paulo – SP. Disponível em <https://trilhante.com.br/trilha/oab-1-fase/curso/plano-de-estudos-90-dias/aula/licitacao-9?filter=materias> . Acesso em: 08 de set. de 2021.