

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-155-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. II

Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II reuniu-se no II Encontro Virtual do CONPEDI, evento totalmente virtual e síncrono ocorrido entre os dias 2 e 8 de dezembro de 2020, sob a temática “Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios”.

Com 9 meses de isolamento social e todas as dificuldades decorrentes da severa pandemia da Covid-19, o CONPEDI conseguiu contornar todas as enormes adversidades e ofereceu um evento com conferências, painéis e grupos de trabalho de excelência. Um momento marcado pela alegria do reencontro, ainda que virtual, e que ficou evidente nos debates, trocas e contribuições dos participantes do Grupo de Trabalho (GT).

Os trabalhos e debates desenvolvidos produziram grande empatia entre os participantes, a repercutir as preocupações da sociedade brasileira contemporânea e sua agudização neste momento grave de pandemia, sob os eixos do combate à corrupção e à improbidade administrativa; da regulação e controle; e da transparência e eficiência administrativa.

Os artigos destes anais gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS COM ENFOQUE À EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
2. GOVERNANÇA PÚBLICA PARA GARANTIR O FINANCIAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA
3. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: UM INSTRUMENTO PARA A COMPRA INTERNACIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA
4. A ANÁLISE DAS FRAUDES AO PROGRAMA DE AUXÍLIO EMERGENCIAL DO GOVERNO FEDERAL (PANDEMIA DA COVID-19). A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM PADRÃO DE COMPORTAMENTO ÉTICO INSTITUCIONAL
5. MUNICÍPIO, FEDERALISMO FISCAL E DIREITOS SOCIAIS: POSSÍVEIS SOLUÇÕES A PARTIR DE UMA GESTÃO DESCENTRALIZADA E PARTICIPATIVA

6. A SUPOSTA ALTERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PELA NOVA REDAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)

7. A POSSE E A (IM) POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE BENS PÚBLICOS NO BRASIL

8. A TRANSPARÊNCIA E O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO ELEMENTO NECESSÁRIO DA CAPACIDADE GOVERNATIVA: O CONTROLE SOCIAL NA LICITAÇÃO COMO FORMA DE APERFEIÇOAMENTO DO PROCEDIMENTO E NO COMBATE A PATOLOGIAS CORRUPATIVAS

9. A (IM)PRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA OBJETIVANDO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO TEMA 897 DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

10. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

11. FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CONTEXTO DA DESLEGALIZAÇÃO: STF E O CASO ANVISA

12. MONOPÓLIO DO NETFLIX NO MERCADO BRASILEIRO DE SVOD - (SUBSCRIPTION VIDEO ON DEMAND)

13. GATE KEEPING E BENIGN BIG GUN NO CONTEXTO DA AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE E DO FUNDO SETORIAL AUDIOVISUAL - FSA

Com 15 (quinze) artigos aprovados e 13 (treze) efetivamente apresentados no GT, a presença maciça dos inscritos no evento confirma que o formato de CONPEDI Virtual veio para ficar, como mais uma modalidade possível ao lado dos eventos presenciais.

Será possível conferir nestes anais artigos científicos de elevada qualidade e pertinência acadêmica, com uma pluralidade de abordagens bastante originais e com indubitável relevo prático.

Registramos os cumprimentos ao CONPEDI, pelo empenho e a qualidade da organização desse II Encontro Virtual - um excepcional momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Assim, temos a satisfação de apresentar a presente obra a toda a comunidade jurídica, a confirmar que a Covid-19 pode até ter nos distanciado fisicamente, mas continuamos a pesquisar e difundir nossas pesquisas agora no formato virtual. Não temos a ternura do abraço presencial, mas temos o sorriso e a certeza da presença.

De Passo Fundo (RS) e de Florianópolis (SC), dezembro de 2020.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF)

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nota técnica: O artigo intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL” foi indicado pelo Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS DURANTE À PANDEMIA DA COVID-19 E A PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

EMERGENCY CONTRACTS DURING THE COVID-19 PANDEMIC AND THE PRACTICE OF ACTS OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Márcio De Almeida Farias ¹

Resumo

O objetivo do presente artigo é fazer uma análise crítica acerca das contratações emergenciais por meio de dispensa de licitação durante à pandemia da COVID-19. A escolha do tema justifica-se pela importância do assunto a partir da promulgação da Lei nº 13.979/2020, que criou essa modalidade de dispensa de licitação. A pesquisa é de natureza qualitativa, o método utilizado é o exploratório e a técnica de pesquisa é o levantamento bibliográfico de obras doutrinárias e jurisprudência. Conclui que o gestor público deverá fundamentar tais contratações, sob pena de incorrer em prática de ato de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Covid-19, Licitação, Contratos administrativos, Lei nº 13/979/2020, Improbidade administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of the present paper is to make a critical analysis about the emergency hiring through dispensation of bidding during the COVID-19 pandemic. The choice of the theme is justified by the importance of the subject from the promulgation of Law No. 13,979/ 2020, which created this type of exemption from bidding. The research is of a qualitative nature, the method used is exploratory and the research technique is the bibliographic survey of doctrinal works and jurisprudence. It concludes that the public manager must substantiate such hiring, under penalty of incurring an act of administrative improbity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Covid-19, Bidding, Administrative contracts, Law no. 13/979/2020, Administrative improbity

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pela UNAMA. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Pará.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia do Coronavírus (COVID-19) trouxe profundas transformações na sociedade mundial. Em razão da quarentena imposta, especialmente no início da pandemia, ocorreu uma retração da atividade econômica, com o fechamento de inúmeros estabelecimentos comerciais, inclusive, no Brasil.

Houve também uma mudança considerável na postura dos governos. O neoliberalismo (ou o libertarismo) econômico, que dava ênfase à uma política de redução do tamanho do Estado, também sofreu um abalo, pois para tentar minimizar os efeitos da crise, os governos tiveram que deixar o discurso do ajuste fiscal e foram obrigados a aumentar os gastos públicos. No Brasil, o governo federal foi obrigado a pagar o chamado auxílio emergencial para milhões de pessoas que perderam seus empregos ou que estavam inscritas em programas sociais do governo.

A pandemia da Covid-19, provocou mudanças também em alguns institutos jurídicos, como nos contratos administrativos. O Governo Federal foi levado a promulgar a Lei nº 13.979/2020, logo após alterada pela Lei 14.035/2020, a qual permitiu uma relativização das dispensas de licitação em casos de contratações emergenciais por parte da Administração Pública.

O objetivo do presente trabalho é justamente realizar uma análise crítica acerca das contratações emergenciais com dispensa de licitação, autorizadas pela Lei nº 13.979/2020, bem como os eventuais impactos dessas contratações em relação aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92.

A escolha do tema justifica-se ainda pela relevância que tais contratações emergenciais têm tido durante essa pandemia, sendo que em muitos Estados brasileiros, há registros de operações do Ministério Público, envolvendo casos de dispensas de licitação, baseadas na Lei nº 13.979/2020, ocorridas de forma fraudulenta, o que configura ato de improbidade administrativa.

A metodologia utilizada no presente trabalho é a pesquisa qualitativa, sendo que as fontes de pesquisa são obras doutrinárias, a legislação nacional e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No presente estudo, iniciaremos a abordagem apresentando os conceitos doutrinários dos institutos do procedimento de licitação e dos contratos administrativos. Vale ressaltar, que a Constituição Federal de 1988, estabelece no art. 37, XXI, que 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.

Podemos afirmar, portanto, que a regra geral para a Administração Pública é a realização de procedimento licitatório para toda e qualquer contratação de serviços, obras e compras. Os casos de dispensa e inexigibilidade estão previstos na Lei nº 8.666/93.

Em seguida, neste trabalho, iremos apresentar os principais dispositivos da Lei nº 13.979/2020, com as alterações trazidas pela Lei 14.035/2020, os quais estabelecem casos de dispensa de licitação durante à pandemia da Covid-19. Faremos uma análise crítica de tais dispositivos tendo como parâmetro a Constituição Federal de 1988.

A partir das hipóteses de dispensa de licitação para a realização de contratações emergências durante à Pandemia da Covid-19, iremos realizar um cotejo coma Lei nº 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), apresentando os principais dispositivos dessa lei que poderão ser aplicados aos agentes públicos em casos de dispensas de licitação fraudulentas.

Dessa forma, iremos demonstrar no presente trabalho que em que pese a Lei nº 13.979/2020, com as alterações trazidas pela Lei nº 14.035/2020, ter autorizado os gestores públicos a realizarem dispensas de licitação durante à pandemia, os mesmos deverão fundamentar rigorosamente tais dispensas para não incorrerem em atos de improbidade administrativa causadores de danos ao erário e aos princípios da Administração Pública.

2. CONCEITOS BÁSICOS: PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

É muito importante apresentarmos os conceitos básicos de procedimento de licitação e de contratos administrativos, pois no tópico seguinte iremos analisar as dispensas de licitação autorizadas pela Lei nº 13.979/2020.

Inicialmente, podemos afirmar que a regra geral na Administração Pública é a realização de procedimento de licitação para a contratação de qualquer serviço ou a aquisição de produtos. É o que concluímos a partir do previsto no art. 37, XXI, e no art. 175, caput, ambos da Constituição de 1988.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal assim dispõe:

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. (Grifamos)

O art. 175, caput, da Constituição também dispõe:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (Grifamos)

A Lei nº 8.666/93, por sua vez, regulamentou o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, prevendo, inclusive, os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação para a contratação de obras, serviços e compras.

Em relação ao conceito de licitação, podemos citar Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.519) que assim define licitação:

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 298) apresenta o seguinte conceito de licitação:

Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi (1975:92), pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Importante ainda transcrevermos o art. 3º da Lei de Licitações, o qual apresenta a finalidade e os princípios da licitação, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será

processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 519) leciona ainda, ao comentar o referido dispositivo, que a licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.

Desse modo, concretizar o princípio da isonomia, ou seja, igualdade, é uma finalidade dos procedimentos licitatórios. Vemos ainda que os princípios elencados no art. 3º são de suma relevância para a validade desses procedimentos, sob pena dos mesmos serem considerados como nulos. Um administrador público que não observa tais princípios poderá, inclusive, responder por ato de improbidade administrativa.

No que tange aos casos de dispensa e de inexigibilidade, os mesmos estão elencados, respectivamente, nos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, 310), diferencia os institutos do seguinte modo:

(...) na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração: a licitação é, portanto, inviável.

No tópico seguinte iremos analisar uma nova modalidade de dispensa de licitação criada pela Lei nº 13.979/2020, para atender a situações emergenciais durante à pandemia da Covid-19.

Ao vencedor de um procedimento licitatório, ou de algum particular que preencheu os requisitos legais para a dispensa e inexigibilidade da licitação, é dado o direito de celebrar um contrato administrativo com o ente público correspondente.

De acordo com o art. 2º, § único, da Lei de Licitações, contrato, em nosso entender administrativo, pode ser definido como todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 500), contrato administrativo pode ser conceituado como o ajuste firmado pela Administração Pública, agindo nessa qualidade, com particulares, ou com outras entidades administrativas, nos termos estipulados

pela própria administração pública contratante, em conformidade com o interesse público, sob regência predominantemente do direito público.

O que podemos destacar dos contratos administrativos também é a possibilidade da Administração Pública estabelecer cláusulas exorbitantes nesses contratos, visando a prevalência do interesse público sobre o privado. Em contratos comuns, regidos pelo direito privados, essas cláusulas inexistem.

As cláusulas exorbitantes estão previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93 e como já afirmado objetivam dar a Administração Pública certas prerrogativas em face dos contratados, como a possibilidade de modificação unilateral dos contratos, para atender sempre o interesse público.

Assim, concluímos o tópico, afirmando que a licitação é um procedimento administrativo que tem como finalidade permitir que a Administração Pública selecione a melhor proposta, com igualdade de condições entre os participantes, afim de que seja celebrado o contrato administrativo correspondente, onde a Administração terá a possibilidade de fixar cláusulas exorbitantes em nome do princípio da prevalência do interesse público sobre o privado.

3. DISPENSA DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS NA PANDEMIA DA COVID-19: ANÁLISE DA LEI Nº 13.979/2020

O Governo federal brasileiro, com o advento da pandemia da Covid-19, foi obrigado pelas circunstâncias, a promulgar a Lei nº 13.979/2020, destinada “a adoção de medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do corona vírus responsável pelo surto de 2019”.

Analizando os dispositivos da referida lei, vemos que no art. 1º e seus parágrafos são apresentadas algumas regras gerais acerca das medidas de combate à pandemia. Essas medidas objetivam a proteção da coletividade, conforme dispõe o § 1º.

Em relação ao prazo de duração do estado de emergência, vemos que a lei estabelece que ato do Ministro de Estado da Saúde disporá sobre a duração da situação de emergência de saúde pública. Entretanto, esse prazo não poderá ser superior ao declarado pela OMS (Organização Mundial da Saúde), conforme podemos verificar nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei nº 13.979/2020. Assim, a palavra final acerca da duração do estado de emergência decorrente da pandemia da Covid-19 é da Organização Mundial da Saúde. Entendemos ser válido esse

dispositivo, tendo em vista que a situação da pandemia é global, onde muitos países estão sofrendo os efeitos, inclusive, na área econômica do novo coronavírus.

O art. 2º da lei em estudo, apresenta os conceitos legais de isolamento e de quarentena. Define o primeiro como a separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus (art. 2º, I) e a quarentena é definida como a restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do corona vírus (art. 2º, II).

Portanto, o isolamento social é aplicado para aquelas pessoas que ficaram doentes ou estão contaminadas pelo vírus, enquanto a quarentena é destinada para pessoas que não estão doentes, mas devem evitar contato com as demais para evitar o contágio pelo vírus.

Entendemos que tais institutos (isolamento e quarentena) são constitucionais. Isto porque, visam o salvaguarda da saúde pública da população, nos termos do artigo 196 da Constituição de 1988, que assim dispõe:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, **garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença** e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Grifamos)

Pouco tempo depois do advento da Lei nº 13.979/2020, o Governo Federal promulgou a Lei nº 14.035/2020, alterando diversos dispositivos da lei em estudo, em especial, os artigos 3º e 4º.

O art. 3º da Lei 13.979/2020, com a redação da Lei nº 14.035/2020, estabelece as medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades públicas no enfrentamento à pandemia. Essas medidas são: I – isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; IV - estudo ou investigação epidemiológica; V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; VI – restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal; VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e VIII – autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos,

equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do corona vírus.

Dessas medidas podemos destacar, o isolamento social, que é a separação obrigatória de pessoas infectadas, para se evitar o contágio, como já explicamos, e a quarentena, a qual muitos governadores e prefeitos brasileiros, implantaram por meio de decretos, instituindo o chamado “*lockdown*”, com fechamento de atividades não essenciais por tempo determinado tentando retardar o avanço do vírus.

Destacamos também as medidas previstas no art. 3º, III, alínea “d”, a qual dispõe sobre a possibilidade de realização compulsória de vacinação e a medida prevista no art. 3º, III-A, que trata do uso obrigatório de máscaras de proteção individual.

Consideramos duas medidas acertadas que levam em conta o interesse público, o qual deve prevalecer em questões envolvendo à saúde pública. Interesses individuais não podem, durante uma pandemia dessa magnitude, se sobrepor ao bem estar da coletividade. A constitucionalidade das medidas também é incontestável, nos termos do art. 196 da Constituição Federal acima referido.

Passamos neste momento, a analisar o art. 4º da lei em comento, com as alterações introduzidas pela Lei nº 14.035/2020. Tal dispositivo cria mais uma hipótese de dispensa de licitação, tendo como justificativa a ocorrência da pandemia da Covid-19.

Inicialmente, vemos que no caput do art. 4º, a dispensa de licitação criada tem como objeto a aquisição ou “a contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional¹.”

Podemos afirmar que o caput do art. 4º delimita a finalidade da nova espécie de dispensa de licitação, que deverá ser exclusivamente para o enfrentamento da pandemia. Assim, as dispensas realizadas pelas autoridades públicas, sejam federais, estaduais e municipais, devem ter como foco o combate à pandemia e incrementar as atividades de saúde pública.

Um prefeito, por exemplo, em seu município, poderá determinar a dispensa de uma licitação para a compra de EPIs (Equipamentos de Proteção Individual) para atender os profissionais da saúde. A destinação, nesse caso, foi o enfrentamento da pandemia. Entretanto, se realizar uma dispensa de licitação visando outra destinação, que não o combate à pandemia,

¹ Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020) (Grifamos).

mas justificar a mesma com base na lei em comento, a mesma deverá ser declarada nula, inclusive, pelo Poder Judiciário, tendo em vista o desvio de finalidade.

No § 1º, do art. 4º, vemos que essa espécie de dispensa de licitação terá o caráter temporário e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Ou seja, enquanto a OMS não declarar o fim da pandemia, tais dispensas de licitação, para atender questões relativas ao combate ao vírus, serão possíveis².

O § 2º do art. 4º, com a nova redação, estabelece uma exigência para as autoridades públicas que tenham determinado dispensas de licitação para o enfrentamento da pandemia. De acordo com o dispositivo, todas as aquisições ou contratações realizadas com base na lei em estudo “serão disponibilizadas, no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na internet”, devendo indicar o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação, além das seguintes informações: o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato; a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação; o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista; as informações sobre eventuais aditivos contratuais e a quantidade entregue em cada unidade da Federação durante a execução do contrato, nas contratações de bens e serviços³.

Entendemos que o dispositivo contempla a necessária transparência no serviço público no que tange aos contratos administrativos e à gestão dos recursos públicos, conforme prevê o art. 37, caput, da Constituição de 1988, o qual estabelece o dever de publicidade com um princípio da Administração Pública.

² § 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. (Grifamos)

³ § 2º Todas as aquisições ou contratações realizadas com base nesta Lei serão disponibilizadas, **no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site oficial específico na internet**, observados, no que couber, os requisitos previstos no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, **com o nome do contratado, o número de sua inscrição na Secretaria da Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de aquisição ou contratação, além das seguintes informações:** (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020) I – o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) II – a discriminação do bem adquirido ou do serviço contratado e o local de entrega ou de prestação; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) III – o valor global do contrato, as parcelas do objeto, os montantes pagos e o saldo disponível ou bloqueado, caso exista; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) IV – as informações sobre eventuais aditivos contratuais; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) V – a quantidade entregue em cada unidade da Federação durante a execução do contrato, nas contratações de bens e serviços. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) (Grifamos)

No § 3º, do art. 4º, vemos que a lei permite até mesmo a contratação emergencial de empresas que tenham recebido alguma sanção de impedimento ou estejam em situação de suspensão de contratar com o poder público, desde que a empresa seja a única a fornecer o serviço ou o produto⁴. Nesse caso, a lei obriga que a mesma apresente uma garantia na forma do art. 56 da Lei nº 8.666/93, que não poderá exceder a 10 % (dez por cento) do valor do contrato, conforme previsão do § 3-A⁵.

No art. 4º-A, da lei em estudo, é previsto que “a aquisição ou contratação de bens e serviços, inclusive de engenharia, a que se refere o caput do art. 4º desta Lei, não se restringe a equipamentos novos”, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e de funcionamento do objeto contratado.

Ou seja, a norma permite o fornecimento de equipamentos usados pela empresa contratada, mas o fornecedor do objeto é obrigado a garantir o correto funcionamento do mesmo.

Ainda temos o art. 4º-B, da Lei nº 13.979/2020, que estabelece que nas dispensas de licitação previstas pela presente lei, presumem-se comprovadas as condições de: I – ocorrência de situação de emergência; II – necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; III – existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares e IV – limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Entendemos que estas condições presumidas devem ser vistas com extrema cautela. Não basta apenas o administrador público declarar que exista uma situação de emergência, por exemplo, para realizar uma dispensa de licitação para a aquisição de um determinado objeto. Deverá demonstrar fatos concretos que comprovem a situação de emergência, sob pena de ocorrer desvio de finalidade nessas dispensas de licitação, o que poderá ensejar prática de ato de improbidade administrativa, sendo que mais adiante iremos tratar desse aspecto.

O art. 4º - C, estabelece, por sua vez, que para a aquisição ou a contratação de bens, serviços, inclusive, os de engenharia, e insumos necessários ao enfrentamento da pandemia,

⁴ § 3º Na situação excepcional de, comprovadamente, haver uma única fornecedora do bem ou prestadora do serviço, será possível a sua contratação, independentemente da existência de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) (Grifamos)

⁵ § 3º-A. No caso de que trata o § 3º deste artigo, é obrigatória a prestação de garantia nas modalidades previstas no art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor do contrato. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) (Grifamos)

“não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e de serviços comuns”.

O objetivo do legislador nesse dispositivo foi tentar desburocratizar o processo de dispensa de licitação, tendo em vista a situação de emergência em decorrência da própria pandemia.

Já o art. 4º-D, dispõe que “o gerenciamento de riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato”. Entendemos que esta é uma obrigação do contratante. Devendo a administração pública fiscalizar a sua execução.

A lei traz uma novidade no caput do art. 4º- E. Foi criada a figura do “termo de referência simplificado” ou “projeto básico simplificado”. De acordo com o dispositivo, nas aquisições ou contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública na pandemia, será admitido a apresentação, por parte da autoridade pública contratante, de um termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado. É um documento onde deverão estar presentes os seguintes requisitos, estabelecidos no § 1º: I – declaração do objeto; II – fundamentação simplificada da contratação; III – descrição resumida da solução apresentada; IV – requisitos da contratação; V – critérios de medição e de pagamento; VI – estimativa de preços obtida por meio de, no mínimo, 1 (um) dos seguintes parâmetros: a) Portal de Compras do Governo Federal; b) pesquisa publicada em mídia especializada; c) sites especializados ou de domínio amplo) contratações similares de outros entes públicos; ou e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores e VII – adequação orçamentária.

O termo de referência simplificado ou projeto básico simplificado será o ato administrativo que dará início ao procedimento de dispensa de licitação. O administrador público deverá estar atento a todos os requisitos legais previstos no § 1º, do art. 4º -E, da lei em estudo. Caso algum dos requisitos não esteja presente, a dispensa de licitação poderá ser anulada.

Entendemos que o requisito do inciso VI, é o mais importante. É o requisito da estimativa de preços. O administrador deverá fazer uma pesquisa no mercado, tendo pelo menos um parâmetro, seja através do Portal de Compras do Governo Federal, da mídia especializada, sites especializados, etc, conforme prevê a própria lei, afim de encontrar o produto ou serviço com o preço mais vantajoso.

Entretanto, apesar da importância desse requisito, o legislador no § 2º, do art. 4º - E, permite de forma excepcional, “mediante justificativa da autoridade competente”, a dispensa da estimativa de preços.

No § 3º, do art. 4º-E, estabelece ainda que os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo “não impedem a contratação pelo poder público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços,” desde que observadas as seguintes condições: I – negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas; e II – efetiva fundamentação, nos autos da contratação correspondente, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente.

Entendemos que o legislador criou um pretexto para que o administrador público possa realizar contratações por valores acima do praticado pelo mercado. Em que pese a autorização legislativa, tal prática não é a mais indicada, tendo em vista a possibilidade de danos ao erário por malversação do dinheiro público.

O art. 4º-F, dispõe que na hipótese de haver restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço, a autoridade competente, “ excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou, ainda, o cumprimento de 1 (um) ou mais requisitos de habilitação”, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

Nesse dispositivo o legislador, em nosso entender, não agiu bem. A regularidade fiscal, ou seja, a comprovação de que o contratado esteja em dias com suas obrigações tributárias é de suma importância. Exigir a regularidade fiscal nada mais é do que cumprir os princípios da legalidade, moralidade administrativa, previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal, aqui já citado.

O art. 4º-G, da lei em questão, estabelece que nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade.

No § 1º do artigo mencionado, a lei prevê ainda que “quando o prazo original de que trata o caput deste artigo for número ímpar, este será arredondado para o número inteiro antecedente.”

Consta ainda um § 2º, no mesmo artigo, onde a lei prevê que “os recursos dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo”. Significa dizer que as decisões administrativas podem ser executadas imediatamente, independente de eventual recurso administrativo interposto.

Há também um § 3º, nesse artigo, onde é estabelecido que “fica dispensada a realização de audiência pública a que se refere o art. 39⁶ da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as licitações de que trata o caput deste artigo”.

Entendemos que o legislador pátrio mais uma vez errou, pois as audiências públicas, mesmo se realizadas por vídeoconferência, devido a necessidade de isolamento social por causa da pandemia, concretizam o princípio da publicidade, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Em relação aos prazos de duração dos contratos administrativos, oriundos de dispensas de licitação previstas pela lei em questão, o art. 4º-H, prevê que “os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até 6 (seis) meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto vigorar o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020⁷, respeitados os prazos pactuados”.

A lei em questão previu também a possibilidade de revisão desses contratos emergenciais. O art. 4º-I, dispõe que para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que “os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado de até 50% (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato”.

Entendemos que a revisão contratual, desde que observadas os requisitos legais, é uma prerrogativa do Poder Público e deve ser utilizada sempre em prol do interesse da coletividade. Essa prerrogativa não muda necessariamente em momentos de pandemia, como estamos vivenciando. O interesse público deve prevalecer.

⁶ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

⁷ O Decreto em questão reconheceu o estado de calamidade pública, em decorrência da pandemia da Covid-19. Assim dispõe, o art. 1º do decreto: Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Desse modo, concluímos a análise da Lei nº 13.979/2020, com as alterações feitas pela Lei nº 14.035/2020 e podemos afirmar que a legislação em questão criou uma nova modalidade de dispensa de licitação, a qual permite a realização de contratações emergenciais destinadas ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, ou seja, contratações relacionadas exclusivamente para questões envolvendo à saúde pública, não sendo permitido ao administrador público extrapolar essas dispensas de licitação para outros setores que não envolvam o enfrentamento direto da pandemia.

4. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A probidade administrativa, ou seja, a honestidade que deve nortear toda a atividade dos agentes públicos, é um dever que está previsto na própria Constituição Federal, a partir do instante que a moralidade foi alçada a princípio da Administração Pública, nos termos do caput do art. 37.

Atos de improbidade administrativa, portanto, são atos praticados por agentes públicos e em alguns casos particulares, que denotam a prática da desonestidade e da corrupção, no sentido amplo, causando prejuízos à Administração Pública e violando princípios constitucionais, dentre outras situações, as quais adiante serão analisadas.

De acordo com Flávia Cristina Moura de Andrade e Lucas dos Santos Pavione (2014, p. 13), o “termo improbidade tem sua origem no latim – *improbitate* – e significa, dentre outras acepções, desonestidade, falsidade, desonradez, corrupção”.

Sobre o tema, assim leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 670):

Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública. .

Pois bem, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, § 4º, estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, “na forma e gradação previstas em lei,” sem prejuízo da ação penal cabível.

Gilmar Mendes (2011, p. 863) defende que o dispositivo constitucional acima citado deu uma densidade concreta ao princípio da moralidade administrativa.

Nesse sentido:

O princípio da moralidade, portanto, para funcionar como parâmetro de controle do ato administrativo, deve vir aliado aos outros princípios fundamentais, dentre os quais assumem relevância aqueles que funcionam como diretriz para a atuação da Administração Pública. Nesse sentido, pode-se extrair da própria Constituição elementos para a densificação do princípio em exame. O parágrafo 4º do art. 37 da Constituição Federal afirma que atos de improbidade administrativa poderão gerar, dentre outras sanções, a perda da função pública e o dever de ressarcimento ao erário (...) (MENDES, 2011, p. 863).

A Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) regulamentou o art. 37, § 4º da Constituição Federal, estabelecendo, dentre outras situações, as modalidades de atos de improbidade administrativa, suas penalidades, além de regras processuais.

De acordo com a Lei nº 8.429/92, existem atualmente 04 (quatro) modalidades de atos de improbidade administrativa:

- a) os que importam em enriquecimento ilícito (art.9º)⁸;
- b) os que causam prejuízo ao erário (art. 10)⁹;
- c) os decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10 -A)¹⁰;
- d) os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11)¹¹.

Ainda sobre a temática da improbidade administrativa, dois pontos merecem uma reflexão. Em primeiro lugar, em relação à legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública de improbidade administrativa. Podemos afirmar que o principal legitimado é o órgão do Ministério Público, em que pese a lei também dar às pessoas jurídicas lesadas, essa legitimidade. Inteligência do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

⁸ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente (...)

⁹ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

¹⁰ Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016) (Produção de efeito)

¹¹ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)

O Ministério Público, especialmente, o ramo do Ministério Público Estadual, tem realizado um grande trabalho investigativo no âmbito de contratações emergenciais e dispensas de licitação fraudulentas realizadas por prefeitos e governadores durante a pandemia. Sendo que já foram realizadas diversas operações Brasil afora, como no Estado do Pará, para apurar atos de improbidade acerca do tema¹².

Outro ponto que merece consideração é em relação à exigência de dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa.

De acordo com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, é exigida a presença do chamado dolo específico em atos de improbidade administrativa constantes do art. 9º e 10 e do dolo genérico para as hipóteses do art. 11, ou seja, o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, “é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública”, não se exigindo a presença de dolo específico, conforme podemos verificar no REsp 951.389.

As condutas culposas, isto é, por negligência, imprudência e imperícia, somente são previstas nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/92, conforme podemos verificar no REsp 1.127.143.

A questão que se coloca é a seguinte: em quais dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa poderá ser enquadrado um determinado agente público que tenha realizado, no âmbito de suas atribuições, uma dispensa de licitação com base na Lei nº 13.979/2020, de forma fraudulenta? Quais seriam, em tese, as penalidades aplicadas ao mesmo?

Inicialmente, podemos afirmar que o agente público em questão incorre no atos de improbidade previstos no art. 10, caput, inciso VIII, e no art. 11, caput, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92.

O art. 10, caput, da Lei nº 8.429/92, estabelece que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente (...) VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente

¹² Ver a seguinte notícia: Operação investiga organização criminosa com atuação na SESPA. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/noticias/operacao-investiga-organizacao-criminosa-com-atuacao-na-sespa.htm>. Acesso: 21/09/2020.

O agente público será enquadrado nesse dispositivo, devendo o Ministério Público apurar se a conduta foi dolosa ou culposa, ou seja, se feita por negligência, imprudência ou imperícia, na dispensa indevida de licitação. A contratação emergencial com base no combate à pandemia da Covid-19, oriunda de uma dispensa de licitação fraudulenta, será nula de pleno direito, devendo, também ser buscada a reparação pelo eventual dano ao erário.

Por sua vez, o art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92 dispõe que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Desse modo, o agente público em questão também será enquadrado nos dispositivos acima referido, tendo em vista que o mesmo ao realizar uma dispensa indevida de licitação, estará violando, independentemente de haver prejuízo ao erário, diversos princípios da Administração Pública, como o da legalidade, moralidade, publicidade, etc. O agente estará agindo também com desvio de finalidade e deixando de praticar indevidamente, ato de ofício, ou seja, a necessidade de abertura de procedimento licitatório, conforme previsão dos incisos I e II, do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

O agente público não necessariamente irá incorrer em ato de improbidade causador de enriquecimento ilícito previsto no art. 9 da Lei 8.429/92. Essa situação irá depender do caso concreto e do resultado da apuração realizada pelo Ministério Público.

Configurado a prática dos atos de improbidade administrativa, deve o agente público que fraudou o procedimento de dispensa de licitação, ser penalizado nos termos do art. 12, incisos II e III da Lei nº 8.429/92.

Essas penalidades poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, nos termos do caput do art. 12. E são as seguintes: na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (inciso II) e na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil

de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (inciso III).

Entretanto, em que pese o disposto no caput do artigo em estudo, para a jurisprudência do STJ, “as penas do art. 12 da Lei 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa”, do que decorre a necessidade de se fundamentar o porquê da escolha das penas aplicadas, “bem como da sua cumulação, de acordo com fatos e provas abstraídos dos autos” (...), conforme decidido no REsp 658.389.

Dessa forma, caso um agente público, quer no âmbito da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, realize uma dispensa de licitação, prevista no art. 4º da Lei Nº 13.979/2020, de forma fraudulenta durante à pandemia da Covid-19, desrespeitando princípios constitucionais e causando danos ao erário, deverá ser enquadrado, a princípio, nos atos de improbidade descritos no art. 10, caput, VIII e no art. 11, caput, I e II, da Lei nº 8.429/92, devendo ser penalizado na forma das sanções previstas no art. 12, II e III, da mesma lei.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de tudo o que foi exposto, podemos concluir que a regra geral na Administração Pública brasileira é a realização de procedimento de licitação para a celebração de contratos administrativos de obras, serviços e compras, nos termos do art. 37, XXI, e também do art. 175, caput, ambos da Constituição de 1988.

Vimos que licitação pode ser conceituada como um procedimento administrativo destinado a escolha da proposta mais vantajosa à Administração e que contratos administrativos são ajustes celebrados entre os entes públicos e os particulares, para o fornecimento de bens, serviços ou aquisição de compras, após o devido procedimento de licitação, tendo a Administração a possibilidade de fixar cláusulas exorbitantes no referido contrato, nos termos do art. 58 da Lei nº 8.666/93, a qual regulamentou o art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, por sua vez, são previstos na Lei nº 8.666/93, em seus artigos 24 e 25, permitindo que a Administração deixe de realizar o procedimento licitatório, em determinadas situações.

A pandemia do novo coronavírus (COVID-19) provocou profundas transformações nas atividades humanas, obrigando os governos a tomarem medidas drásticas para conter o avanço do vírus e para recuperar as atividades econômicas, severamente prejudicadas. A pandemia atingiu também alguns institutos jurídicos no Brasil, como os procedimentos licitatórios e os contratos administrativos. Nesse sentido o governo brasileiro promulgou a Lei nº 13.979/2020, que estabeleceu uma série de medidas para o combate à pandemia, inclusive, criando uma nova modalidade de dispensa de licitação para a celebração de contratos administrativos emergenciais, conforme previsto em seu art. 4º.

Por fim, podemos afirmar que caso os administradores públicos, deixem de observar os requisitos legais de tais dispensas de licitação, durante à pandemia da Covid-19, realizando contratações fraudulentas e causadoras de prejuízo ao Erário, poderão responder pelos atos de improbidade administrativa, previstos nos artigo 10, caput, inciso VIII, e no art. 11, caput, incisos I e II, da Lei nº 8.429/92, a partir da atuação do Ministério Público, estando sujeitos às penalidades previstas no art. 12, II e III, da Lei nº 8.429/92.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Flavia Cristina Moura de; PAVIONE, Lucas dos Santos. **Lei de Improbidade Administrativa**. 4ª edição. Salvador: Jus Podivm: 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25/09/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm> Acesso em: 25/09/2020.

BRASIL. **Lei nº 14.035, de 11 de agosto de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14035.htm> Acesso em: 25/09/2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm> Acesso em: 25/09/2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em: 25/09/2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no REsp 1.127.143. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900429879&dt_publicacao=03/08/2010> Acesso em: 26/09/2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no REsp 658.389. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400586411&dt_publicacao=03/08/2007> Acesso em: 26/09/2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no REsp 951.389. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700680206&dt_publicacao=04/05/2011. > Acesso em: 26/09/2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª edição. São Paulo: Método, 2011.