

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS  
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS  
CURSO DE DIREITO**

**GUSTAVO WITKOSKI SOUZA**

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A OBRIGAÇÃO DE LICITAR  
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa  
2020

**GUSTAVO WITKOSKI SOUZA**

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A OBRIGAÇÃO DE LICITAR  
TRABALHO DE CURSO**

Trabalho de curso apresentado às  
Faculdades Integradas Machado de Assis,  
como requisito parcial para avaliação do  
Componente Curricular de Trabalho de  
Curso II do Curso de Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Ms. Raquel Luciene Sawitzki Callegaro

Santa Rosa  
2020

**GUSTAVO WITKOSKI SOUZA**

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A OBRIGAÇÃO DE LICITAR  
TRABALHO DE CURSO**

Trabalho de Curso apresentado às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

**Raquel Callegaro**

[Raquel Callegaro \(Jul 25, 2020 00:59 ADT\)](#)

Prof.<sup>a</sup> Ms. Raquel Luciene Sawitzki Callegaro - Orientadora

**Luciano A. O. Paz**

[Luciano A. O. Paz \(Jul 25, 2020 14:35 ADT\)](#)

Prof. Ms. Luciano Augusto de Oliveira Paz

**Roberto Pozzebon**

[Roberto Pozzebon \(Jul 25, 2020 15:11 ADT\)](#)

Prof. Ms. Roberto Pozzebon

Santa Rosa, 24 de julho de 2020.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho à minha família, em especial os meus pais Setembrino de O. Souza e Elaine W. Souza, por estarem sempre do meu lado me apoiando para que eu enfrentasse os obstáculos e continuasse e sonhando. Ao meu irmão Gabriel W. Souza, por me ajudar em todos os momentos que precisei. E à minha namorada Tamires M. Theobald que aguentou todos os dias de trabalho e me deu todo o apoio que precisava para finalizar. Enfim, dedico este trabalho a essas pessoas, em nome do amor imenso que sinto por elas.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a toda minha família, à minha namorada, à minha professora e orientadora, às Faculdades Integradas Machado de Assis, aos meus amigos e colegas. Por fim, a todos que de alguma forma contribuíram no desenvolvimento desse trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho monográfico apresenta como temática o direito administrativo, enfatizando o papel das compras públicas e a forma como ela é realizada principalmente na Administração Pública Municipal e se a obrigação de licitar contida na Lei de Licitações está sendo cumprida de forma a não prejudicar a Administração em caso de fiscalização dos órgãos competentes. A delimitação temática tem como foco as compras públicas realizadas por meio de licitação e as formas como estas são e deveriam ser fiscalizadas de forma a se fazer cumprir a Lei 8.666/93, além da análise da Lei 13.979/2020 que trata das medidas de enfrentamento ao coronavírus e a forma como foi alterada a maneira de trabalhar e de comprar das Administrações. Este trabalho tem o intuito de estudar os processos licitatórios no âmbito da Administração pública e seus administradores como forma de adquirir bens e serviços com maior vantajosidade, além de entender a forma como a Lei de Licitações adota como a permitida para cada tipo de contratação também em meio à pandemia de Covid-19 que assola o país neste início de 2020, tendo em vista que o administrador não poderá incorrer em fracionamento de despesa ao se utilizar de mais comodidade na contratação dividindo a compra do objeto em partes a ser adquiridas durante o ano, salvo nas condições previstas na Lei consideradas como parcelamento. O problema de pesquisa que norteia o estudo visa a abordar em que medida o administrador deve se manter dentro daquilo que a Lei estipula e quando pode se utilizar de alguma modalidade inferior àquela a qual seria necessária para o objeto a ser adquirido, para que seja realizada a aquisição daquele objeto de forma a não comprometer toda a Administração Pública por conta de algum descuido ou até mesmo por fracionar o objeto para burlar a Lei, além de trazer o papel do fiscal do contrato, a importância de ser este um ente que detém conhecimento para fiscalizar o contrato para o qual foi designado e como este pode ajudar a administração a fazer cumprir os contratos com os fornecedores que venceram a licitação. Desse modo, tem-se como objetivo a demonstração da realidade da maioria das Administrações Municipais, principalmente as consideradas de pequeno porte, e a forma como deve ser aplicada a Lei de Licitações como meio de ajudar na aquisição do objeto licitado sem que haja vícios oriundos de descumprimento de contrato. A estruturação do trabalho apresenta-se, após a introdução, organizada em dois capítulos. No primeiro, abordou-se a acerca do processo licitatório e dos princípios da Administração Pública, e como esta é obrigada a licitar, além de demonstrar a importância do processo e da fiscalização do contrato para a Administração. No segundo, abordou-se a preferência dos administradores pela dispensa de licitação e até que ponto a Lei permite ou proíbe tal prática, além de expor como a Lei de enfrentamento ao coronavírus alterou o modo como eram feitas as dispensas. Por fim, apresenta-se a conclusão que, após o estudo possibilitou demonstrar como a máquina pública poderia melhorar no quesito licitação quando a fizer dentro daquilo que a Lei de Licitações permite, além de um maior entendimento acerca das atribuições do Fiscal do contrato oriundo de licitação e os problemas vividos pela Administração na hora de licitar principalmente com a pandemia vivida no início do ano de 2020, demonstrando necessitar de mais estudo para que estes sejam vencidos.

Palavras-chave: administração pública - contratação direta – lei de licitações.

## ABSTRACT

The present monographic work presents as administrative law, emphasizing the role of public procurement and the way it is performed mainly by the Municipal Public Administration and whether the obligation to bid on the content of the Bidding Law is being fulfilled in a way that is not detrimental to the Administration in case supervisory bodies. The thematic delimitation focuses on public purchases made through bidding and the ways in which they are and must be inspected in order to implement Law 8,666 / 93, in addition to the analysis of Law 13,979 / 2020 which deals with measures to combat the coronavirus and how the way of working and purchasing the Administrations has been changed. This work aims to study the bidding processes within the scope of the Public Administration and its administrators as a way to acquire goods and services with greater advantage, in addition to understanding the way the Bidding Law adopts as the one allowed for each type of contracting also in amid the Covid-19 pandemic that is plaguing the country at the beginning of 2020, considering that the administrator will not be able to incur a fraction of expenses when using more convenience in the contracting, dividing the purchase of the object in parts to be acquired during the year , except under the conditions provided for in the Law considered as installment payments. The research problem that guides the study aims to address the extent to which the administrator must keep within what the Law stipulates and when it can use any modality inferior to that which would be necessary for the object to be acquired, for it to be carried out the acquisition of that object in a way that does not compromise the entire Public Administration due to some oversight or even by splitting the object to circumvent the Law, in addition to bringing the role of the contract supervisor, the importance of this being an entity that has knowledge to inspect the contract for which it was designated and how it can help management enforce contracts with suppliers that won the bid. Thus, the objective is to demonstrate the reality of the majority of Municipal Administrations, mainly those considered small, and the way the Bidding Law should be applied as a means of helping in the acquisition of the bid object without any bias arising from it. breach of contract. The structuring of the work is presented, after the introduction, organized in two chapters. In the first, we approached about the bidding process and the principles of Public Administration, and how it is required to bid, in addition to demonstrating the importance of the process and the inspection of the contract for the Administration. In the second, the preference of administrators for waiving bidding was addressed and the extent to which the Law allows or prohibits such practice, in addition to explaining how the Law to combat coronavirus changed the way the waivers were made. Finally, it is presented the conclusion that, after the study it was possible to demonstrate how the public machine could improve in the bidding item when doing it within what the Bidding Law allows, in addition to a greater understanding about the duties of the Contractor of the contract originating from bidding and the problems experienced by the Administration when bidding mainly with the pandemic experienced at the beginning of the year 2020, demonstrating the need for further study for these to be overcome.

Keywords: public administration - direct contracting - bidding law.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>1 O PROCESSO LICITATÓRIO E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.</b> .....	<b>11</b>
1.1 O PROCESSO LICITATÓRIO COMO INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	11
1.2 A OBRIGAÇÃO DE LICITAR E A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	19
1.3. A FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO.....	26
<b>2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	<b>32</b>
2.1 A PREFERÊNCIA DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS PELA DISPENSA DE LICITAÇÃO, DA POSSIBILIDADE À PROIBIÇÃO.....	32
2.2 DO PARCELAMENTO DO OBJETO E DA CARACTERIZAÇÃO DE FRACIONAMENTO DA DESPESA.....	37
2.3 OS CONTROLES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A VERIFICAÇÃO DA CORRETA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS DECORRENTES DOS CONTRATOS NO PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19.....	46
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho, será abordado o formato das licitações e a obrigação de licitar pela administração pública, além de colocar de forma clara a obrigatoriedade de se fiscalizar de forma correta os contratos oriundos dos processos de licitação. Ainda, trará conceitos de fracionamento de despesa e parcelamento de despesa, sendo o primeiro proibido por lei e o segundo deverá seguir uma série de requisitos para que não se transforme em fracionamento indevido.

Dissertaremos sobre os princípios dos processos licitatórios a que deve se sujeitar a Administração Pública, onde veremos que a mesma não poderá adquirir novos bens ou serviços de mesma natureza daquela já adjudicada para um fornecedor, ou seja, deverá se ater àquela compra já efetuada para o exercício financeiro atual. Não é obrigatório celebrar contrato com o vencedor do objeto adjudicado, porém se o fizer, deverá nomear fiscal de contrato e fazer com que ocorra tudo nos conformes do edital.

A forma como a administração fiscaliza as licitações e o cumprimento dos contratos oriundos destas é muito precária em sua grande maioria, pois priorizam as obras de grande vulto, deixando os demais contratos de lado. Em se tratando de problemas com licitação, ainda podemos ver que os administradores preferem bater de frente à lei e dispensar licitações ou mesmo usar de modalidades inferiores àquelas que deveriam ser usadas, fracionando o objeto.

Desta forma, a administração corre riscos de ser apontada pelo Tribunal de Contas de seu estado, o que poderia ocasionar em multa ou até devolução do dinheiro envolvido ou mesmo prisão, em casos mais graves. Ao fracionar um objeto com a finalidade de se obter mais vantagens ao adquirir bens ou serviços, o administrador está prejudicando a Administração, tendo em vista que a Lei veda o fracionamento de despesas, exceto em casos pontuais.

O parcelamento, que é permitido por Lei, necessita seguir uma série de requisitos para que seja assim considerado, de outra forma será um fracionamento. Quando temos um atraso na elaboração ou aprovação do orçamento anual, é

possibilitado realizar uma compra com um valor menor do que aquele previsto na tentativa de aquisição, até regularizar a situação e poder complementar a comprar pretendida anteriormente.

Abordaremos também um assunto que tomou conta do dia a dia de todas as pessoas, que é o coronavírus ou, Covid-19, que afetou não somente o cotidiano das pessoas, mas também das empresas e principalmente da Administração Pública. A Lei de Licitações teve de ser alterada mediante medida provisória para que pudesse facilitar e agilizar as medidas de combate ao vírus, bem como diminuir a aglomeração ocasionada pelas licitações presenciais.

Com esta medida, os valores previstos em Lei aumentaram substancialmente para cada modalidade, podendo-se dispensar um valor quase três vezes maior que o previsto anteriormente na Lei 8.666/93, por consequência, isso ocasionou uma maior compra de bens por parte das administrações públicas de Brasil afora, porém, não afastando a ocorrência de fracionamento dos casos previstos em Lei.

Com isso, podemos definir como ponto principal a obrigatoriedade em licitar o objeto a ser adquirido em uma parcela grande, mas que caiba dentro do orçamento anual previsto para a Administração, a contratação deverá estar de acordo com o Edital licitatório e deverá ser fiscalizada por um fiscal competente indicado pela própria Administração e que deverá tomar nota de tudo para que saia tudo dentro dos conformes do Edital.

Portanto, podemos dizer que se trata de um trabalho que busca entender a funcionalidade, proibições e permissões da Administração pública, com o intuito de esclarecer a forma como deve funcionar a aquisição de bens e serviços de terceiros, a forma como contratar e fiscalizar, além de buscar esclarecer sobre parcelamento e fracionamento, definindo assim a forma correta de aquisição de bens ou serviços pela Administração Pública.

## **1. O PROCESSO LICITATÓRIO E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

No presente capítulo abordar-se-ão os princípios da Administração Pública e sua efetividade na consolidação do processo licitatório. Sendo assim, verificar-se-á que existem algumas limitações referente à contratação de fornecedores, à fiscalização dos contratos administrativos e o que diz a Lei de Licitações sobre o assunto, bem como algumas súmulas e jurisprudências que contextualizam o tema.

Ainda veremos a obrigatoriedade de a Administração pública licitar e conseqüentemente redigir contrato para firmar acordo com o ente privado. A preferência do administrador pela dispensa de licitação mesmo com a obrigatoriedade de licitar e as medidas tomadas frente à pandemia do COVID-19 que se perpetua no início do ano de 2020 e vem dificultando cada vez mais a contratação por meio de licitação, flexibilizando, porém, a dispensa com o aumento de valores na modalidade.

### **1.1 O PROCESSO LICITATÓRIO COMO INSTRUMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O processo licitatório é o instrumento pelo qual a administração pública escolhe a proposta mais vantajosa para si, que não necessariamente será a de menor preço unitário. Ele é utilizado para a contratação de fornecedores em casos de compras de materiais de uso interno e externo, prestação de serviços para o ente público, ou até mesmo obras de pavimentação asfáltica ou reforma de prédios, dentre outras.

Ele deve seguir alguns princípios, que são definidos em lei, bem como o princípio da legalidade, que prevê que todos os procedimentos devem ser feitos nos conformes da lei, da impessoalidade, onde o administrador sob hipótese alguma poderá escolher uma proposta baseado nas suas preferências pessoais, da moralidade, onde a conduta deverá ser baseada na ética e nos bons costumes, tanto dos agente públicos quanto dos licitantes, na igualdade, devendo todos os licitantes ter tratamento igual, sem favorecimentos de parte à parte.

Segue ainda o princípio da publicidade, onde todos os atos do procedimento licitatório deverá ser aberto a quem tiver interesse, com exceção das propostas dos

fornecedores até o momento da sua abertura, da vinculação ao instrumento convocatório, onde a Administração fica estritamente vinculada ao edital, do julgamento objetivo, onde apenas os critérios específicos já definidos no edital podem ser utilizados pelo administrador, o que afasta qualquer possibilidade de subjetividade na análise da proposta mais vantajosa, da adjudicação compulsória, sendo a administração obrigada a adjudicar o objeto ao vencedor.

Todos os princípios citados acima são de suma importância, porém, analisar-se-á apenas o último, o princípio da adjudicação compulsória, que proíbe a administração de realizar novos procedimentos licitatórios enquanto a adjudicação anterior ainda estiver válida. Desta forma, caso a Administração pública opte por realizar uma outra licitação para contratar serviços que ainda possuem contratos vigentes, oriundos de uma concorrência ou um pregão, estará indo em desacordo a este princípio, ferindo o art. 3º da Lei de Licitações.

Contudo, é importante destacar que a Administração Pública poderá, a qualquer tempo, em decorrência dos princípios da legalidade e da economicidade, rever seus atos e buscar a contratação mais vantajosa para a administração, realizando novo procedimento licitatório, desde que obedecidos os ditames legais. Ou seja, a Administração não é obrigada a contratar com o particular, desde que comprove que a nova licitação seja mais vantajosa economicamente do que adjudicar o objeto da primeira.

O ente público não fica obrigado a celebrar contrato com o vencedor do objeto, podendo analisar se aquela proposta é realmente vantajosa para si ou se acaba ficando onerosa demais. Porém, caso opte pelo prosseguimento do processo, deverá oficializar o ato nomeando fiscal de contrato para que ocorra tudo dentro do que foi estabelecido no edital e estará estabelecido também no contrato. Fiscal este, que deverá averiguar cada detalhe do contrato e do seu cumprimento por parte do fornecedor.

Essa fiscalização deve ocorrer por agente público especialmente designado pela Administração na pessoa do seu Gestor e deve possuir um mínimo de conhecimento acerca do objeto do contrato para ter o conhecimento necessário na averiguação do correto cumprimento e, caso necessário, notificar o fornecedor de que não está cumprindo o contrato de forma correta ou no prazo definido o mesmo. Poderão haver imprevistos que irão atrasar em alguns dias a conclusão, como semana de chuvas, uma tempestade, dentre outros fatores.

Assim como o processo licitatório, o contrato também deve seguir alguns princípios, que estão contidos na Constituição Federal e na lei 8.666/93 - Lei Geral das Licitações e Contratos, permitindo que sejam aplicáveis de forma justa e eficaz, quais sejam; a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e a isonomia ou igualdade.

Em relação à vigência dos contratos firmados em decorrência do processo licitatório, é importante destacar que limita-se ao exercício financeiro no qual se deu a despesa, conforme a ordem do artigo 57 da Lei 8666/93 e suas alterações posteriores. De acordo com o artigo 34 da lei 4.320/64, o exercício financeiro coincide com o ano civil, ou seja, estende-se de 1º de janeiro a 31 de dezembro. Podendo ser alterado por lei complementar, nos termos do § 9º do artigo 165 da Constituição.

Porém, a lei permite a excepcionalidade da prorrogação desses contratos ou que sua duração seja por prazo superior a este exercício, no entanto, tal ato deve ser justificado por escrito e previamente autorizado pela autoridade competente para celebrar o contrato. A lei veda que sejam feitos contratos por prazo indeterminado, o que tem sido ratificado pela jurisprudência da Corte Suprema de Contas. Apesar de estar inscrito como parágrafo deste artigo, trata-se de norma geral aplicável a todos os contratos, mesmo aos que se não sujeitam ao artigo 57, caso do § 3º do artigo 62.

Admite a lei que, de forma excepcional, os contratos ultrapassem o exercício financeiro em caso de projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas, no plano plurianual, os contratos poderão ser prorrogados, desde que haja interesse da Administração Pública e previsão no ato convocatório (e no contrato, evidentemente), com exceção das hipóteses do § 1º. do artigo 57, e do § 5º. do artigo 79, que independem da referida previsão.

A Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, vincula as contratações realizadas pela Administração ao processo licitatório, salvo em casos específicos previstos na legislação vigente. Dessa forma, as contratações do ente público são regidas pela Lei nº 8.666/93 de 21 de junho de 1993, também conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos, e suas alterações (Leis nºs 8.883/94, 9.032/95 9.648/98 e 9.854/99). A principal decorrência da Constituição e da Lei é que todas as compras devem ser antecedidas de um processo licitatório, existindo

verdadeiro dever de licitar. Por exceção, há as modalidades ditas de contratação direta, chamadas de dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação.

Os contratos celebrados pelo ente administrativo dividem-se em contratos administrativos e contratos civis (ou privados). No primeiro ocorre a supremacia da Administração sobre o particular uma vez que se busca a concretização de um interesse público enquanto no segundo a Administração encontra-se análoga ao particular.

O contrato civil, ou privado, da administração caracteriza-se por ser um acordo de vontade entre um particular e a Administração que se submetem ao regime jurídico de Direito Privado uma vez que o ente administrativo encontra-se em condições análogas ao particular, ou seja, aplicam-se a esses contratos o disposto no Código Civil. Contudo, segundo José dos Santos Carvalho Filho, essa forma de contrato está praticamente extinta uma vez que a Lei nº 8.666/93 enquadrou todos os tipos de contratos da administração em seu regime.

O contrato administrativo caracteriza-se por ser um acordo de vontades entre um particular (objetivando o lucro) e a Administração que se submetem ao regime jurídico de Direito Público, instruído por princípios publicísticos, contendo cláusulas exorbitantes e derogatórias do direito comum. São cláusulas exorbitantes: a alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de penalidades, anulação, retomada do objeto, restrições ao uso do princípio da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido).

Os contratos administrativos de que trata a Lei de Licitações - Lei 8.666/1993, regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam. A Lei 8.666/93 prevê os casos em que a Administração pode realizar a contratação direta por meio das dispensas e inexigibilidades de licitações.

Para a instauração das dispensas ou inexigibilidades, além dos preenchimentos dos requisitos legais, faz-se necessário a realização de procedimentos tais como o parecer jurídico da assessoria jurídica da Administração,

a justificativa da compra, a reserva orçamentária, dentre outros. Acerca da definição do tipo de contrato celebrado pela administração, leciona Di Pietro:

Envolve grande controvérsia a definição de contrato administrativo, ora se defendendo que somente alguns contratos celebrados pela Administração seriam desta espécie, ora sustentando que qualquer contrato da Administração seria administrativo, ou ainda, que não haveria referido contrato. (DI PIETRO, 2001, p. 240; GASPARINI, 2002, p. 523).

Portanto, o contrato administrativo, pode ser entendido como uma convenção estabelecida entre duas ou mais partes, para construir, regular ou extinguir uma relação jurídica patrimonial, onde sempre uma das partes vai ser o poder público, visando um interesse coletivo regido pelo direito público. É regulado pelas suas cláusulas e pelos preceitos do direito público e lhe é aplicado os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado. Assim, afirma-se que “O regime jurídico dos contratos administrativos, ou seja, a forma como estes são tratados pelas normas jurídicas, é identificado por meio da verificação dos princípios que lhe dizem respeito, os quais devem ser extraídos do próprio ordenamento jurídico.” (SUNDFELD, 1996, p. 135-136).

Desta forma, podemos dizer que quem deve reger as formas de contratação é a União, as autarquias estaduais e municipais devem apenas cumprir o que lhes foi estabelecido anteriormente. Desta forma é tratado no art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal Brasileira, que segue:

À União, compete privativamente a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, nos termos do inciso XXVII do art. 22 da CF:

Art.22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (BRASIL, 1988).

Essa competência “[...] importa o poder de a União veicular regras mínimas, vinculantes para todas as órbitas federativas, inclusive as integrantes da Administração indireta e outras entidades sob controle do Poder Público.” (JUSTEN FILHO, 2000, p. 14). Com fulcro nessa atribuição, a União editou a Lei n.º 8666/93,



conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos – LLCA, que foi alterada pelas Leis n.º 8883/94, 9032/95, 9648/98, 9854/99 e 10438/02.

A União pode autorizar os Estados-membros por meio de lei complementar, a legislar sobre questões específicas acerca de licitações e contratações administrativas, conforme preceitua o § único do art. 22 da CR. Os municípios e o Distrito-Federal, também podem legislar para atender seus interesses peculiares, respeitando as normas gerais, como traz o art. 30 e 32 da CR.

Podemos ver que os contratos, de forma geral, são celebrados a partir da vontade das partes, porém nos contratos administrativos a contratação deve partir de licitação, por consequência, manifestando a vontade do particular. Neste sentido dispõe Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2012) sobre os contratos, quer sejam “[...] públicos ou privados, são acordos de vontades.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, s.p).

Ou seja, são espécies de contrato celebrado entre a Administração pública e um terceiro, sendo oriundos de licitação. Dito isto, podemos ressaltar que a diferença entre o contrato privado e o contrato administrativo é a presença constante da Administração pública em um dos polos da relação contratual, entretanto, sempre há a necessidade da manifestação da vontade do particular. Neste sentido

Cumpra assinalar, todavia, que, mesmo sendo os contratos administrativos regidos precipuamente por normas de direito público, sempre será necessária a livre manifestação de vontade do particular para a formação do vínculo contratual. O regime de direito público é caracterizado pela existência de prerrogativas especiais para a administração, às ditas cláusulas exorbitantes [...] (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 531).

Por fim, podemos dizer que o contrato administrativo atua nos termos da própria administração contratante, mas, sob a regência do direito público. Neste sentido, ALEXANDRINO & PAULO traz o seguinte acerca do conceito de contrato administrativo:

Podemos conceituar contrato administrativo como o ajuste entre a administração pública, atuando na qualidade de poder público, e particulares, firmado nos termos estipulados pela própria administração contratante, em conformidade com o interesse público, e sob a regência predominante do direito público. (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 532).

Portanto, os contratos administrativos celebrados prioritariamente pelo Poder Público, são dotados de características e prerrogativas do direito público em geral, ao contrário do que ocorre nos contratos da administração, que seriam “[...] o ajuste firmado entre a administração pública e particulares, no qual a administração não figura na qualidade de poder público, sendo tal ajuste, por isso, regido predominantemente pelo direito privado.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 533).

O contrato administrativo é um acordo de vontade entre as partes, com formação de vínculo e estipulação de obrigações recíprocas, ajustadas entre órgão ou entidades da Administração pública e particulares. Quando for firmado pela administração pública, no contrato devem ser observadas diversas normas que são aplicadas a ele, buscando a realização do interesse público, o que obriga o signatário a aderência dos termos do contrato à legislação vigente.

Como bem se sabe, as obras, os serviços e as compras são contratadas pelo Poder Público mediante procedimento licitatório, conforme exigência do texto constitucional (art. 37, XXI). Essa é a regra geral, sendo admissíveis as contratações diretas apenas nos casos específicos da lei. Desta forma, o contrato decorrente do processo licitatório não pode ser diferente daquilo que foi estipulado no certame, devendo ser exatamente como consta no edital, conforme orientam diversos comandos contidos na Lei nº 8.666/1993.

Mesmo nas hipóteses de contratação direta, sempre haverá um processo administrativo que precede a celebração do avença. No âmbito desse processo, são definidas as condições gerais da contratação (objeto, prazo, preço etc.). Frequentemente, a autoridade que homologou o certame e adjudicou o objeto é a mesma que assina o contrato. Mas nem sempre isso ocorre e a apuração de eventuais irregularidades e dos respectivos responsáveis devem ser feitas no exame do caso concreto.

A Lei de Licitações traz, no caput do art. 62, que “O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais [...]” (BRASIL, 1993).

O dispositivo nos traz a regra acerca dos instrumentos a serem utilizados quando da formalização dos contratos administrativos. De acordo com ele, o uso do termo de contrato será obrigatório sempre que o valor da contratação superar aquele relativo ao uso da modalidade convite. Caso contrário, a Administração poderá

substituir aquele documento por instrumentos equivalentes, bem como a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra ou a ordem de execução de serviço.

O § 4º do art. 62, por sua vez, prevê que o termo de contrato poderá ainda ser substituído nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, independentemente do valor da contratação. Essa hipótese, excepciona a regra prevista no *caput* do dispositivo. Dito de outro modo, o § 4º, do art. 62, faculta a dispensa do termo de contrato, nos casos de compra com entrega imediata, mesmo que o valor da obrigação supere aquele relativo ao uso da modalidade convite.

Nesse sentido, teríamos duas hipóteses onde o termo de contrato seria dispensado: a) aquelas nas quais o valor da obrigação não supera o limite para o uso da modalidade convite e; b) aquelas nas quais o valor da obrigação supera o limite para o uso da modalidade convite, porém o objeto do contrato consiste em compra com entrega imediata, da qual não resultam obrigações futuras. Diante disso, Joel de Menezes Niebuhr ensina que:

De acordo com o *caput* do art. 62 da Lei nº 8.666/93, 'o instrumento do contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (NIEBUHR, 2008, p. 407).

Ou seja, se o valor do contrato, independentemente se ele foi precedido de licitação ou não, ultrapassar os limites preconizados na Lei nº 8.666/93 para a modalidade convite, então ele obrigatoriamente, em regra, deve ser formalizado por meio de *instrumento de contrato*. Se o valor do contrato não ultrapassar os limites da modalidade convite, então o *instrumento de contrato* pode ser substituído por outro instrumento que, de acordo com o dispositivo legal em comento, podem ser carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

Contudo, é preciso pontuar que o Tribunal de Contas da União aparentemente possui posicionamento diverso acerca do assunto. De acordo com aquela corte, o § 4º, do art. 62, da Lei de Licitações não consiste em exceção à

regra do *caput*. Muito pelo contrário, impõe um requisito que deve ser somado àqueles previstos no *caput* para a substituição do termo de contrato.

Desta forma, apenas uma hipótese de substituição do termo de contrato por outro instrumento é válida, que seria aquela nas quais o valor do objeto da contratação não ultrapasse o estipulado na modalidade convite, e ainda cuja entrega fosse imediata, não envolvendo obrigações futuras.

Esse entendimento foi inclusive alvo de resenha elaborada pelo TCU onde diz que contratação deve ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato sempre que houver obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, independentemente da modalidade de licitação, sua dispensa ou inexigibilidade, conforme preconizado no art. 62, § 4º, da Lei nº 8.666/1993.

Na próxima seção, será abordado a importância do processo licitatório para que a Administração Pública possa realizar, efetivamente, a aquisição de produtos, bens ou serviços, observando as regras e princípios legais, dando ênfase ao princípio da legalidade.

## 1.2 A OBRIGAÇÃO DE LICITAR E A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao tocarmos no assunto da licitação, podemos dizer em poucas palavras, que é um procedimento administrativo, que se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para contratar com a Administração Pública. O que torna equivocado pensar que a licitação serve para adquirir bem mais barato e, por consequência, de menor qualidade. Mas, sim escolher a proposta mais vantajosa, que pela condição, pode ser a de menor preço. A licitação também pode ser entendida como um somatório de atos administrativos relacionados, atos estes integrantes do procedimento, tais como edital, habilitação, julgamento, classificação, entre outros.

Portanto, podemos dizer que a licitação é o princípio que visa, além da isonomia e busca de vantajosidade para a administração pública, transparência, efetividade e promoção do desenvolvimento econômico nacional. A Lei de licitações nº 8.666/93 vem exigir Licitação para as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações (art. 2º).

Logo, a finalidade da licitação é garantir um tratamento de igualdade, não admitindo em hipótese alguma, uma licitação direcionada para determinado licitante.

Além disso, esta deve em seu instrumento convocatório estabelecer exigências de qualificação técnica e econômica, apenas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações vinculadas ao objeto da licitação. Este é um dispositivo que ressalta a importância do princípio da razoabilidade, não permitindo que em uma licitação para construção de uma unidade básica de saúde, se provado, que a mesma empresa construiu uma usina hidroelétrica, pois o grau de complexidade da obra, não justifica a exigência contida no edital.

As licitações públicas em todas as suas modalidades são regidas por princípios que direcionam seu bom andamento e, por conseguinte, uma boa finalização, trazendo, desse modo, uma economicidade na condução do processo. Nos certames podemos destacar os princípios norteadores da administração pública geral, como pudemos ver no ponto 1.1 acima, quais sejam: Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. São, portanto os princípios básicos que devem ser observados sob pena de nulidade dos atos decorrentes das licitações

No pregão presencial não pode ser diferente. Como esta é a modalidade mais atual utilizada, faz-se uso destes nortes principiológicos para garantir o cumprimento das leis, tratamento imparcial entre os participantes, publicidades de todos os atos desde a solicitação do objeto proposto, moralização da aplicação dos recursos públicos bem como desenvolvimento de julgamentos eficientes, procurando fazer mais com o pouco, buscando sempre resultados positivos, perfeitos e rápidos no interesse da coletividade (MAZZA, 2014).

A realização da modalidade Pregão Presencial serve para melhorar a eficiência de aquisição de produtos e serviços da administração pública, ao passo que acirra a competição entre os participantes, promovendo uma competição sadia tendo conseqüentemente uma boa compra para a administração pública. Torna-se o processo eficiente, fazendo mais com pouco e adquirindo produtos e serviços de melhor qualidade e de maneira célere, sobretudo, quando licita produtos considerados urgentes como é o caso de medicamentos.

O ente público pode deixar de contratar com o licitante se entender que o seu preço é declaradamente superfaturado ou inexequível em relação ao mercado, declarando fracassado o certame e republicando novo processo. Se houver acordo no valor declarado pela concorrente, declara-se vencedor o licitante e homologa a

licitação. Não havendo acordo quanto ao preço, fracassa o certame republicando outro processo.

Portanto, podemos dizer que a modalidade de licitação em que a Administração Pública pode aplicar melhor os princípios da Lei, é o pregão, pois ainda poderá analisar as propostas e decidir se os preços apresentados estão dentro daquilo que pretendem pagar, ou dentro dos valores da pesquisa de mercado realizada antes de se publicar o edital, visando que seja o melhor preço com a melhor qualidade, observando todos os requisitos do edital.

Ainda no quesito normas, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, vem estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional estampado no art. 37, XXI, da CF, aplicável a todo ente da administração pública direta ou indireta, ressalvados casos específicos. Todos os contratos de obra, serviço, compras e alienações, bem como concessão e permissão de serviços públicos, deve ser precedido de um procedimento licitatório, conforme preceitua Maria Sylvia Di Pietro:

Estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos sociais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art.1º parágrafo único). (DI PIETRO, 2011, p. 369).

Também estão obrigados a licitar a Câmara de Vereadores, a Assembleia Legislativa, a Câmara dos Deputados Federais, e, o Senado Federal, bem como o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas. Conforme preceitua o doutrinador Diogenes Gasparini “Todos são obrigados a licitar, ainda que os procedimentos sejam diversos.” (GASPARINI, 2001, p. 408).

Só serão licitados objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que da licitação se pressupõe disputa e concorrência ao menos potencial, entre os ofertantes. As coisas desiguais não podem ser licitadas, só bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes.

A expressão obrigatoriedade de licitação tem um duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral como a modalidade prevista em lei

para espécie, pois atenta contra os princípios de moralidade e eficiência. Assim, “Somente a lei pode desobrigar a Administração, ou quando da autorização da dispensa de licitação, quando exigível, ou quando se é permitida a substituição de uma modalidade por outra (art. 23, §§ 3º e 4º).” (MEIRELLES, 2009, p. 280).

Sendo a licitação um processo administrativo em que a sucessão de fases e atos tem a indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração, excetuando-se os casos acima, o dever de licitar se impõe e fica evidente nas hipóteses em que a entidade está adquirindo, reformando, fazendo ou alienando suas instalações ou equipamentos. Desta forma, tais operações não têm, interferência de qualquer peculiaridade com as exigências de atividade que pode ser negociada e que lhe é pertinente.

A Lei de Licitações, além de exigir a observância ao princípio da isonomia, estabelece também ser vedado aos agentes públicos admitir, prever incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvadas duas possibilidades. (MARINELA, 2018, p. 435).

É importante observar que a Lei 8.666/1993 sofreu substancial mudança, especialmente no que diz respeito à noção de igualdade entre os participantes no procedimento licitatório, com a edição da Lei 12.349/2010. O artigo 3º, da Lei 8.666/1993, trazia em sua redação original, simplesmente, que “a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração”, foi modificado pela Lei 12.349/2010, onde acrescenta ao artigo 3º, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Para Alexandrino e Paulo, a mudança veio com um objetivo:

Estabelecer espécie de contraponto à primazia absoluta do princípio da igualdade, que era evidente na redação original do caput do art. 3º, e de “harmonizar” com a isonomia a concessão de grandes vantagens a empresas produtoras de bens e serviços nacionais. (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 576).

Posteriormente, foi editada a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que passou a regular nova modalidade de licitação – o pregão. Há também algumas disposições específicas beneficiando as micro ou pequenas empresas, instituídas

pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, para as parceiras público-privadas, modalidades de concessão, regidas pela Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2014, nas quais se apresentam peculiaridades, sem prejuízo de estarem sujeitas a Lei 8.666/1993.

Devido à alta demanda global vivida nos últimos anos, tem-se exigido do Estado uma posição cada vez mais diligente quanto o assunto é gastos públicos, notadamente na aquisição de bens e serviços de terceiros. Por sua vez, o Estado criou mecanismos que possibilitaram ao gestor o desprendimento mais eficiente do dinheiro público, através do instituto das licitações. Vista como um procedimento preliminar de natureza administrativa, realizada toda vez que a Administração Pública deseja adquirir bens e serviços, realizar obras, fazer alienações e locações, coloca-se como uma medida preliminar ao contrato, senão, condição para sua assinatura.

A Administração Pública é considerada um conjunto de serviços públicos a qual compete planejar, dirigir e comandar e para tanto, possui sua estrutura administrativa dividida em administração direta e administração indireta. Tem como objetivo atender ao interesse público e para alcançá-lo precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros e a maneira utilizada pela administração pública para realizar a compra de bens e serviços é diferente da maneira pela qual a administração privada realiza essa atividade, com isto, o Poder Público tem que adotar critérios para selecionar um fornecedor dentre os vários que provavelmente estejam interessados em fazer com ele um contrato.

A licitação visa a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração; ou seja, a que melhor atenda de maneira objetiva o interesse do serviço. A Administração Pública, com o objetivo de dar maior transparência aos processos licitatórios, mostra-se como um instrumento de grande importância na defesa do princípio da igualdade de todos perante a lei, fazendo o Poder Público agir com impessoalidade, mantendo a moralidade no processo de aquisição de bens ou execução de obras e serviços e permitindo aos interessados transparência no processo.

É também um mecanismo de controle dos recursos públicos, pois evita os desvios de finalidade por parte dos administradores, combate a corrupção, a fuga do dinheiro público, além de proporcionar que as verbas públicas sejam bem destinadas, sempre visando o bem comum. Assim, todas as esferas do governo



devem se adequar às regras quando desejam contratar, pois, devem sempre pautar seus atos pela estrita observância das disposições normativas para que não haja o privilégio de poucos, nem o apadrinhamento no momento da escolha das condições que iram reger uma licitação.

A finalidade primordial da licitação é a contratação do proponente que apresentar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública conforme os parâmetros fixados no instrumento convocatório de licitação, ou seja, no edital. Por esse motivo, a licitação além de possibilitar uma igualdade de oportunidades entre aqueles que desejam contratar com a Administração, também permite que seja feita a melhor escolha dentre todos os fornecedores, possibilitando a realização da melhor contratação possível para a Administração Pública, evitando-se assim apadrinhamentos, favorecimentos e perseguições.

Diante disso, pode-se concluir que, por meio da licitação, todos os princípios expressos na constituição atinentes à Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, serão concretizados. Por isso, faz-se necessário que o procedimento licitatório esteja sempre vinculado à lei, em obediência ao princípio da legalidade. Seguindo-a, haverá um tratamento igualitário entre os licitantes, de forma que todos os que se interessar em participar do procedimento possam fazê-lo. Pertinente a conceituação do processo licitatório trazida pelo professor Mazza, que

Reunindo os elementos fundamentais [...] é possível definir licitação como o procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta. (MAZZA, 2019, p. 539).

Assim, concluímos que a Administração Pública, em todas as esferas de governo, não possui liberdade quando deseja contratar, pois deve sempre pautar seus atos pela estrita observância das disposições normativas e visando o interesse público. Nesse sentido é que reside à importância da licitação para a administração pública, pois se posiciona como mecanismo de controle dos recursos públicos, evitando-se desvios de finalidade por parte dos administradores, combatendo a corrupção, a fuga do dinheiro público e proporcionando que as verbas públicas sejam bem destinadas, sempre visando o interesse comum.

Ao afirmar que a licitação é um instrumento regulador da Administração Pública, podemos dizer que não haverá desperdício do dinheiro público, isso porque, quando bem formalizada e sem vícios, ocorre uma verdadeira gestão concreta da coisa pública. Além de regulamentar o uso do dinheiro público, deve obrigatoriamente ser eficaz, levando em consideração todos os preceitos legais a respeito da Administração Pública.

Sabemos que a sociedade precisa produzir bons gestores de recursos públicos, com conhecimentos científicos, tecnológicos e sentimento humano latente, capaz de garantir a sustentação do compromisso social e imprimir ética à administração pública, pois a licitação e seu processo dependem acima de tudo de pessoas capacitadas e com idoneidade, capazes de gerir o processo licitatório fundamentado nos seus princípios como também no bem-estar social.

É de suma importância frisar a essencialidade da Lei nº8.666/93, para controlar de forma mais estrita as atividades do administrador público, relacionados à contratação de obras, serviços, inclusive publicidade, compras, alienações e locações no âmbito da Administração Pública, aperfeiçoando as normas e estabelecendo os exatos limites acerca do processo licitatório.

Em resumo, cabe à sociedade e aos administradores, este último no papel de fiscal do contrato preferencialmente, exercer uma fiscalização constante, sempre atenta aos princípios e normas que visam o interesse público no geral e capaz de proporcionar alterações no quadro de gestão do dinheiro público, de forma a impulsionar os administradores a utilizarem a licitação.

Nesse viés, compete à administração acompanhar e fiscalizar os contratos administrativos, como determina a lei de licitações. Neste momento, é necessário verificar se estão sendo observados todos os critérios definidos no contrato, em especial, o cumprimento fiel do objeto, nos termos pactuados. Importante destacar que a administração pública possui as cláusulas exorbitantes nos contratos firmados com os particulares, decorrentes da supremacia do interesse público. Assim,

Nos contratos administrativos se inserem as chamadas cláusulas exorbitantes, que conferem à Administração privilégios em face do particular, como a obrigatoriedade de o contratado aceitar acréscimos e supressões no objeto contratado, dentro dos limites traçados no art. 65 da Lei 8.666/1993. Também, é prerrogativa da administração a aplicação de penalidades e a rescisão contratual, sem a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário, o que não dispensa a instauração do devido processo

administrativo, com garantia da ampla defesa e contraditório ao contratado. (COSTA, 2013, p. 114).

Os contratos administrativos devem observar os procedimentos relativos à execução orçamentária. Assim, não há que se falar em pagamento sem a devida liquidação da despesa, sendo que esta somente poderá ocorrer após o efetivo recebimento do bem, obra ou serviço, que ocorrerá com o ateste do fiscal do contrato.

Desse modo, é importante trazer para o debate a necessidade e a importância do fiscal do contrato não apenas em obras, mas nas compras de um modo geral, bem como das consequências no caso de descumprimento das suas atribuições no cargo e da ausência de atuação efetiva na verificação contratual, o que será abordado na próxima seção.

### 1.3. A FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO COMO DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A fiscalização do contrato administrativo não se trata de uma opção da autoridade administrativa, mas sim de um dever da mesma, visto que a lei impõe a obrigação do acompanhamento deste por uma pessoa especialmente designada pela Administração, pois trata-se de uma atividade de alta relevância. Portanto, pode-se afirmar que o fiscal é muito importante para garantir que uma obra, ou uma prestação de serviço sejam realizados com qualidade e dentro dos conformes do contrato.

A indicação do fiscal deve ser feita de maneira que um profissional entendido do assunto de que se trata o contrato deva fiscalizá-lo, de maneira a fazê-lo corretamente, inspecionando cada detalhe que fora estipulado no edital e posteriormente no contrato. Caso deixe passar algum detalhe, seja por descuido ou por negligência, poderá prejudicar tanto o ente público, quanto a si próprio.

Diante disso, observa-se que, mesmo que sem a intenção de causar dano ao erário, o fiscal atuando de forma negligente na fiscalização do contrato, pode ser responsabilizado pelo prejuízo causado pela sua conduta indevida. Verifica-se que em jurisprudência do Tribunal, este tem condenado os agentes quando estes atuam de forma dolosa, onde atestam a realização do serviço não executado, respondendo solidariamente com a empresa contratada.

Desta forma, podemos dizer que o fiscal do contrato deverá prestar contas daquilo que observou na execução do contrato ao ente público, indicando cada detalhe àquele. Desta forma nos informa o art. 67 da Lei de Licitações:

A Lei nº 8.666/1993 dispõe que

Art. 67 (...)

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado; (BRASIL, 1996).

Importante salientar que a Lei Federal 4.320<sup>1</sup>, de 1964 prevê procedimentos que devem ser observados quando da liquidação da despesa, bem como a fiscalização quanto a efetiva entrega do bem. Desta forma podemos dizer que a Administração pública tem o dever da fiscalização, podendo designar alguém para desempenhar esta função e acompanhar de perto. A respeito da fiscalização do contrato, leciona Marçal Justen Filho:

O regime de Direito Administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Compete à Administração designar um agente seu para acompanhar diretamente a atividade de outro contratante. O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a fiscalização pela Administração não é mera faculdade assegurada a ela. Trata-se de um dever, a ser exercitado para melhor realizar os interesses fundamentais. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 748).

<sup>1</sup> Já o art. 63, § 2º, III, da Lei nº 4.320/1964 estabelece que:

Art. 63. [...]

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

[...]

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço. (BRASIL, 1964).

A negligência no exercício da fiscalização de contrato atrai responsabilidade por danos, ou seja, ao se negar tacitamente ou até mesmo por descuido deixar de fiscalizar obra ou serviço e este vier a ser realizado de forma diferente da contratada, gerando prejuízo ao erário, o fiscal da Administração responderá por tal ato.

A negligência no exercício da fiscalização de contrato atrai responsabilidade por danos, ou seja, ao se negar tacitamente ou até mesmo por descuido deixar de fiscalizar obra ou serviço e este vier a ser realizado de forma diferente da contratada, gerando prejuízo ao erário, o fiscal da Administração responderá por tal ato. Acerca da negligência na fiscalização dos contratos, temos os seguintes acórdãos:

1. A omissão injustificada no fornecimento de informações, processos ou documento à equipe de inspeção ou auditoria do Tribunal é punível nos termos do art. 58, inciso VI, da Lei nº 8.443/92, mesmo quando a irregularidade possui natureza culposa. 2. O agente público que deixa de exigir da contratada a prestação das garantias contratuais, conforme previsto no art. 56 da Lei nº 8.666/93, responde pelos prejuízos decorrentes de sua omissão, bem como às penas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.443/92. 3. A negligência de fiscal da Administração na fiscalização de obra ou acompanhamento de contrato atrai para si a responsabilidade por eventuais danos que poderiam ter sido evitados, bem como às penas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.443/92. 4. A comprovação do superfaturamento faz surgir para os envolvidos o dever de ressarcir à Administração os valores indevidamente recebidos. 5. Os juros moratórios tem caráter penal e só cabem quando evidenciada a existência de má-fé. Afastada a hipótese de má-fé, deixam de integrar o valor devido. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, PLENÁRIO, 2006).

Quando o fiscal se utiliza de sua função, omitindo informações, para levar vantagem ou dar vantagem em detrimento a uma das partes, responde por isso, sendo julgado por omissão. Neste mesmo sentido, temos o acórdão nº 442/2005, também do TCU:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. OMISSÃO NO DEVER DE PRESTAR CONTAS. CONTAS IRREGULARES. A omissão no dever de prestar contas impõe o julgamento pela irregularidade das contas e a condenação em débito do responsável, com aplicação de multa, não sendo acolhida defesa desacompanhada de documentos essenciais para a verificação da destinação dada aos recursos. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, PLENÁRIO, 2005).

Quando há erro do fiscal do contrato, ou até mesmo omissão ou negligência no cumprimento de seus deveres e a Administração acabar por fazer

pagamentos em valores maiores ao contratado ou até de valores em que não foram prestados os serviços, responde solidariamente por fraude, conforme se pode ver no acórdão 692/2007, do TCU.

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. INEXECUÇÃO DE PARTE DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. PAGAMENTOS POR SERVIÇOS NÃO-PRESTADOS. PAGAMENTO EM DUPLICIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA EMPRESA CONTRATADA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA. REMESSA DE CÓPIA AO MPU. 1. Julgam-se irregulares, com condenação ao pagamento de débito e multa, as contas daqueles que perpetraram fraude em prejuízo do erário, inabilitando os responsáveis para o exercício de cargo em comissão ou função comissionada na Administração Pública Federal. 2. O contratado responderá solidariamente pelo débito apurado, quando constatado o recebimento de recursos e a inexecução do objeto, sujeitando-se à multa individual. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, PLENÁRIO, 2007).

Ao fiscal que se omitir do dever de informar que, a contratada ao infringir o contrato firmado, subcontratar terceiro para finalizar obra ou serviço, incorrerá multa, como demonstra o acórdão nº 2644/2009, do TCU, a seguir:

REPRESENTAÇÃO ACERCA DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES NO CONTRATO Nº 45/2006, FIRMADO ENTRE A ANVISA E A FUNDAÇÃO EUCLIDES DA CUNHA-FEC PARA DESENVOLVIMENTO E IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE GESTÃO DE CONTRATOS E CONVÊNIOS. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. CONTRATAÇÃO IRREGULAR, COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. MULTA. DETERMINAÇÕES. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, PLENÁRIO, 2009).

Podemos afirmar então, que o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas estabelecidas pela Lei 8.666/1993 (Licitações e Contratos Administrativos), respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados. As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser

solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

O contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Cumprido ressaltar que a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Os contratos administrativos são regidos pela Lei 8.666/93 e possuem como principais características: a) consensual; b) formal; c) oneroso; d) comutativo; e) realizado *intuitu personae*; f) geralmente precedido de licitação e g) possuir cláusulas exorbitantes (dentre as quais destaca-se a exigência de garantia; alteração unilateral por parte da Administração; rescisão unilateral por parte da Administração; fiscalização; retomada do objeto; aplicação de penalidades; anulação; restrições ao uso da exceção do contrato não cumprido).

Por fim, é essencial que a Administração tenha um fiscal preparado para atender às suas demandas contratuais e que efetivamente fiscalize o cumprimento do contrato na sua totalidade, tomando nota de qualquer irregularidade que possa vir a acontecer e todos os vícios decorrentes do contrato.

No próximo capítulo, será abordada a obrigatoriedade de licitação e contratação por parte da Administração pública e as formas excepcionais de contratação, bem como a incumbência em fracionamento de despesa e a possibilidade de parcelar sem sofrer sanções.



## **2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

No presente capítulo, abordar-se-á a obrigatoriedade da administração em licitar e a dispensa de licitação com suas peculiaridades e proibições contidas na Lei de Licitações, de forma a explicar de maneira fácil acerca dos procedimentos cabíveis para a realização desta modalidade incluindo o Decreto 9.412/2018 que atualiza os valores de todas as modalidades de licitação e a Lei 13.979/2020, com suas alterações, que dispõe acerca das medidas de enfrentamento à pandemia de coronavírus no Brasil.

A seguir, ainda destacando a dispensa de licitação, será abordado acerca do fracionamento de despesa bem como da sua impossibilidade pela vedação Expressa da Lei de Licitações, bem como do parcelamento de despesas e sua possibilidade, além da diferenciação entre estes dois temas que geram discordância dentre os administradores.

### **2.1. A PREFERÊNCIA DOS ADMINISTRADORES PÚBLICOS PELA DISPENSA DE LICITAÇÃO, DA POSSIBILIDADE À PROIBIÇÃO.**

Sabemos que na Lei de 8.666/93 existem vários tipos de licitação. Por lei, a administração pública é obrigada a licitar, de alguma forma, o objeto a ser adquirido ou o serviço a ser tomado, abrindo assim a concorrência aos particulares interessados. A modalidade mais utilizada é o pregão, onde os participantes podem dar lances e fornecer seu produto ou serviço a preço mais baixo que os demais. Já as hipóteses de dispensa de licitação estão previstas no art. 24 da Lei 8.666/1993.

No entanto, em momentos de pandemia, oportuniza-se uma prática que é condenada pelos tribunais e órgãos fiscalizadores, por se tratar de uma não concorrência, de certa forma, trata-se da dispensa de licitação. Desta forma, não há a fase de lances como no pregão, bem como se tolhe a concorrência dos demais, visto que para realizá-la é necessário colher preços em entes privados, porém se o primeiro der preço acima dos outros, não o será oportunizado reduzir para ter uma obrigação com o ente público.

A dispensa de licitação é tão condenada que, se não for realizada corretamente, os órgãos fiscalizadores poderão apontar os erros e até mesmo

aplicar multas à instituição e ao agente público que participou isto porque tem de ser observados todos os incisos do artigo 24 da Lei de Licitações para se realizar uma dispensa. Caso a dispensa não se enquadre em nenhum dos incisos, não será possível fazê-la, uma vez que ela não irá se enquadrar como urgência ou como calamidade pública, por exemplo. Deve-se observar que

O princípio da obrigatoriedade da licitação impõe que todos os destinatários do Estatuto façam realizar o procedimento antes de contratarem obras e serviços. Mas a lei não poderia deixar de ressaltar algumas hipóteses que, pela sua particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do processo licitatório. A ressalva à obrigatoriedade, diga-se de passagem, já é admitida na própria Constituição, a teor do que estabelece o art. 37, XXI. Regulamentando o dispositivo, coube ao legislador a incumbência de delinear tais hipóteses específicas, o que fez no art. 24 do Estatuto. A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na inexigibilidade, como se verá adiante, porque aqui sequer é viável a realização do certame. Há, porém, dois aspectos preliminares que merecem ser considerados. O primeiro diz respeito à excepcionalidade, no sentido de que as hipóteses previstas no art. 24 traduzem situações que fogem à regra geral, e só por essa razão se abriu a fenda no princípio da obrigatoriedade. O outro diz respeito à taxatividade das hipóteses. Daí a justa advertência de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador. Os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse público. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 259).

Normalmente as compras do dia-a-dia não se enquadram neste artigo, porém, os agentes públicos se utilizam dos incisos II ou IV como uma forma de “burlar o sistema”, o que eles não entendem é que a dispensa do inciso IV serve apenas para casos de calamidade pública, como compras de lonas para cobrir as casas destelhadas por uma tempestade, por exemplo, e, o inciso II é para o ano todo, se utilizando do limite disponibilizado por Lei naquele valor máximo dentro do ano fiscal vigente, não apenas para a aquisição que está sendo feita ou para o serviço que está sendo tomado.

Sabemos que a Lei 8,666/93 disponibiliza o valor de R\$17.600,00 para ser utilizado durante o ano, ou durante o exercício fiscal do ente público, porém, é muito comum vermos a administração pública, por exemplo, realizar compras de R\$5.000,00 em peças para veículos várias vezes ao ano, extrapolando o limite estipulado na última alteração da lei, que é o Decreto 9.412/2018. Este limite é apenas para compras em caráter de urgência no caso de falta de alguma coisa que se necessite às pressas (BRASIL, 2018).

O limite do valor é por natureza do produto, então, tudo o que se enquadra em gêneros alimentícios por exemplo, aumenta o valor no montante total. A lei prevê que a dispensa seja utilizada em um montante total igual ou menor do que aquele estabelecido em sua redação para o exercício fiscal vigente, ou seja, para o ano corrente. Dito isto, se presume que caso as compras ultrapassem o valor estipulado em lei, será passível de apontamento pelo Tribunal de Contas, o que pode acarretar em um congelamento nos repasses oriundos da União, no caso dos estados e da União e do estado em caso de ente municipal.

Em alguns casos, se as aquisições e tomadas de produtos e serviços de determinada natureza estiverem sendo feitas de maneira parcelada, sem organização ou previsão de consumo por parte dos agentes públicos, é considerado fracionamento de despesa, o que pode acarretar em apontamento por parte do TCE do estado do ente administrativo. Cabe apenas destacar que o valor pode ultrapassar este limite, caso a compra se enquadre no inciso I do art. 24 da Lei, ou seja, se considere como calamidade pública, o que não faz o somatório no valor final, uma vez que não tenha se enquadrado como dispensa por valor, ou dispensa por limite.

Porém, temos casos em que é possível a dispensa de licitação em maiores quantidades, é o caso de uma pandemia viral por exemplo, onde as compras em quantidades em que se extrapolem os valores estipulados por lei deverão ser deixados de lado, uma vez que se trata de calamidade pública. Apesar de ser mal utilizada pelos gestores das pastas do ente administrativo, é uma medida para a melhoria das condições dadas aos agentes de saúde no combate à pandemia. No entanto, ainda é necessário dosar ao se dispensar a licitação, pois ao exagerar nas aquisições, chama a atenção dos órgãos fiscalizadores no aumento das dispensas e diminuição das licitações.

O ano de 2020 começou trazendo grandes dificuldades aos entes públicos, principalmente no tocante às licitações e na manutenção das contas municipais, visto que houve a disseminação do novo coronavírus pelo mundo todo, tornando-se uma pandemia de nível global. Nesse cenário, uma das importantes questões envolve as contratações públicas, tendo em vista a premente necessidade de os governos agirem com rapidez para atender as necessidades da população.

Na prática, para oferecer os meios necessários aos administrados, a Administração, entre outras ações, necessita contratar serviços e adquirir materiais

que possibilitem o pronto enfrentamento à situação. Para tal, veio à tona a Lei federal nº 13.979/2020 (alterada pelas Medidas Provisórias nºs 926/2020, 927/2020, 928/2020 e 951/2020), que, conforme preceitua a sua ementa, dispõe sobre as providências para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Novo Coronavírus (BRASIL, 2020).

A lei 13.979/2020 autoriza a dispensa temporária de realização de licitação para aquisição de bens, serviços (inclusive de engenharia), e insumos destinados ao enfrentamento da crise do coronavírus, inclusive, expandindo essa possibilidade para a aquisição de equipamentos seminovos, contanto, é claro, que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido. Entretanto, tal Lei foi criada no intuito de auxiliar no combate ao vírus, portanto a grande maioria das dispensas deve ser de material a ser disponibilizado às equipes de saúde que trabalham diretamente na prevenção e proteção da saúde pública.

É dispensável a licitação em situações de flagrante excepcionalidade. Uma delas ocorre em casos de guerra ou grave perturbação da ordem (art. 24, III). Guerra é o conflito que põe em risco a soberania, e sua declaração é privativa do Presidente da República com autorização ou referendo do Congresso Nacional (art. 84, CF). Perturbação da ordem é a situação que afeta a paz e a disciplina social e política, gerando as medidas de estado de defesa (art. 136, CF) e estado de sítio (art. 137, I, CF). Todavia, não basta qualquer comoção interna; é preciso que se caracterize como grave para justificar a dispensa. Outro caso de dispensa é aquele em que ocorre calamidade pública, situação, natural ou não, que destrói ou põe em risco a vida, a saúde ou os bens de certos agrupamentos sociais. Normalmente deriva de fatos naturais, como chuvas torrenciais, alagamentos, transbordamentos de rios e outros fenômenos naturais. Verificada tal situação fática, a licitação se torna dispensável, dada a necessidade de contratação rápida de obras, serviços e compras. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 261).

É necessário frisar que a dispensa temporária de licitação a que se refere a lei diz respeito à uma atuação estatal emergencial e extraordinária, que guarde relação com o combate à pandemia enfrentada. Isto é, nem toda contratação com o Poder Público realizada durante este período terá como objetivo o combate à covid-19. Nesse caso, “Advirta-se que a avaliação das hipóteses de dispensa de licitação é reservada à autoridade administrativa, que, em compensação, assume a consequência pela má aplicação do Estatuto.” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 259). Ou seja, não se pode consertar um carro da Secretaria Municipal de Obras

Públicas, que apenas leva funcionários para lugares distantes para trabalhar e alegar que é para auxiliar no combate ao vírus.

Nesses casos, as medidas trazidas pela lei 13.979/2020 não se aplicam, devendo ser observadas as normas gerais de licitações e contratos contidas na lei 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como demais legislações aplicáveis à matéria, sob pena de incidirem, tanto o gestor público, quanto o particular contratado, nas responsabilidades e penalidades previstas em lei, portanto devem ser observadas as orientações e proibições da Lei 8.666/93 e Decreto 9.412/2018 acerca dos valores permitidos.

No tocante à dispensa de licitação, ainda temos que arguir sobre a impossibilidade de fracionamento de despesa, que é adquirir vários produtos ou serviços de mesma natureza em diversos períodos do ano. O parcelamento do objeto é permitido, desde que comprovadas algumas características, como a aquisição total do objeto não ter sido concluída porque, seja qual for o motivo, ainda não havia sido aprovado o plano de contas do atual exercício fiscal, por exemplo, caso não seja enquadrado nisto, se caracteriza como fracionamento. A vedação ao fracionamento da despesa, é prevista no art. 23, § 5º, que segue:

**Art. 23.** As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: [...]

**§ 5º** É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Na sequência, observaremos a caracterização do parcelamento do objeto e a forma como deve e pode ser realizado, bem como a caracterização do fracionamento de despesa realizada pelo administrador e a previsão na Lei 8.666/93 da proibição de tal ato. Poderemos ver que o simples descuido quanto aos valores ou até mesmo a intencionalidade do ato de parcelar o objeto a fim de se utilizar modalidade inferior àquela que seria praticada ao adquirir a totalidade do objeto é vedado e pode haver consequências caso descumprido.

## 2.2 DO PARCELAMENTO DO OBJETO E DA CARACTERIZAÇÃO DE FRACIONAMENTO DE DESPESA

O fracionamento de despesa, previsto no art. 23, §5º da Lei de Licitações, é vedada por esta, pois ocorre quando o administrador público utiliza de fracionamento de objeto para escapar de modalidade licitatória mais rigorosa, ou que demanda de mais tempo para ser realizada. Desta forma, este administrador está burlando a Lei para que seja adquirida de forma imediata aquele bem ou serviço que deveria ser objeto de licitação pelo ente público.

Mesmo que este administrador saiba dos limites impostos pela Lei de Licitações e que deveria passar pelo trâmite mais demorado, porém mais vantajoso a toda a Administração, ele prefere se valer do caminho tortuoso e mais vantajoso para si no momento, ainda que na maioria das vezes tenha conhecimento de que possa haver consequências pelos atos praticados.

Já no tocante ao parcelamento, pode ser observado no art. 23, §1º da Lei de Licitações que, apesar de se parecer com o parcelamento, trata-se do parcelamento permitido em Lei, uma vez que, o parágrafo traz a forma correta de se adquirir bens ou serviços em mais de uma parcela, ou seja, mais de uma licitação.

Para que o parcelamento seja realizado de forma efetiva, deve-se comprovar que será tecnicamente viável e economicamente vantajoso para a Administração, pois o objetivo do parcelamento é ampliar a competitividade ao permitir que mais empresas ganhem lotes ou itens e forneçam produtos ou executem serviços.

De acordo com o jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a 8.666 estabeleceu como regra a necessidade de parcelamento do objeto, sempre que for possível e vantajoso. “Enquanto parcelar o objeto é a regra, o fracionamento pode caracterizar crime – ver arts. 89 e 93 da Lei nº 8.666/93 – pois, ao adotar modalidade inferior, restringe-se a competição, ou, no caso da contratação direta, esta deixa de existir”, explica. Para o autor,

O fracionamento é considerado uma irregularidade presente nas licitações. Ele é caracterizado pela divisão de uma despesa com o propósito de utilizar uma modalidade de licitação que não deveria ser utilizada naquele caso ou para justificar indevidamente a contratação direta. A modalidade concorrência pública, por exemplo, deve ser usada em licitações com valor

superior a R\$ 1,5 milhão. Em vez de realizar uma obra completa de reforma, o administrador opta por dividir o objeto para contratar empresas via convite ou por dispensa de licitação. (FERNANDES, 2000, p. 92).

Desta forma, como prevê a própria Lei de Licitações, o valor estipulado para as dispensas é de 10% do valor da modalidade Convite, chegando num total de R\$17.600,00, não podendo ser ultrapassado este valor. Além de que, mesmo que não ultrapasse este valor, é vedado por lei realizar várias aquisições de materiais ou tomadas de serviços para mesma natureza, sendo que poderia ter sido feita em um único processo licitatório.

Destaca-se primeiramente que, embora o parágrafo fale de “obra ou serviço”, sendo entendido como de engenharia, da mesma forma a regra se impões para a aquisição de bens e execução de serviços de outra natureza. Desta forma,

O § 5º do art. 23 tem uma redação esdrúxula e difícil, o que se agrava por referir-se apenas a obras e serviços (de engenharia, como é implícito). Uma interpretação formalista e literal conduziria ao raciocínio de que o somatório nunca poderia ser aplicado a compras. Mas essa conclusão seria equivocada, eis que o § 5º do art. 23 deriva de princípios gerais e abstratos, cuja compreensão deve ser buscada através da atividade do intérprete. A vedação contida no § 5º (e as ressalvas ali encontradas) se aplicam a todas as espécies contratuais. Essa conclusão é reforçada, ademais, pelo disposto no art. 24, inc. II, que adota fórmula semelhante para disciplinar as contratações de compras e serviços em geral. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 212).

Desta forma, a aplicação deste conceito pode ser feita aos casos de dispensa de licitação e da relação entre convite e tomada de preços. A lei veda o parcelamento com a finalidade de fugir da modalidade convite, dispensando-se assim, a licitação pelo valor inferior ao dessa modalidade, assim como quando se pretende evitar modalidades superiores se utilizando de modalidades inferiores.

Podemos ver isto na redação da parte final dos incisos I e II do art. 24, que repete a condição de “que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente” (inciso I) e “desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez” (inciso II). (BRASIL, 1993).

É de suma importância analisar que a redação da parte final do dispositivo abre exceção à regra, para admitir o fracionamento para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade

diversa daquela do executor da obra ou serviço, ou seja, tratando-se de parte do serviço que exija uma especialidade diversa do todo, não há o dever de somatório.

De acordo com o § 5º do art. 23, que trata do fracionamento de despesas, caracterizado pela adoção de modalidade de licitação mais simples quando exigível modalidade mais complexa, utilizando-se de meios para adequar-se, bem como a redução de quantitativos para que o valor fique dentro dos limites da modalidade de menor exigência, com o intuito de se repetir o procedimento em curto espaço de tempo.

Contudo, para que fique claro o fracionamento vedado, não basta apenas a soma das duas ou mais parcelas cujo resultado levaria à necessidade de realização de procedimento licitatório ou mudança para modalidade mais complexa. É necessário que fique claro que não se trata de um mero parcelamento de bens ou serviços já adjudicados, mas sim uma nova tentativa de aquisição realizando uma mesma modalidade de licitação ou até inferior, para “fugir” dos trâmites legais.

A Lei visa coibir a fraude e a conduta deliberada de fracionar o total da aquisição de bens ou contratação de serviços. Diante disso, há que se questionar sobre a existência de outros fatores que configuram a ocorrência da infração, bem como saber qual período deve se considerar para se enquadrar como fracionamento, se a contratação seguinte era prevista, se poderia ter sido planejada, se houve falta de planejamento por parte dos agentes públicos, se havia previsão orçamentária para realizar a despesa total, enfim, devemos analisar todas as informações para afirmar a ocorrência do fracionamento.

Já a lei destaca os requisitos referentes ao local da realização dos serviços e a possibilidade de se realizar conjunta e concomitantemente, ou seja, na necessidade de ser realizado uma aquisição de algum objeto e a tomada de algum serviço dependa deste objeto, deve ser realizado o certame licitatório de forma única. Porém para ser configurado o parcelamento do objeto, isto deve estar dificultado de alguma forma. Diante disso, conceitua Marcelo Palavéri que, “[...] tem significado físico, de modo a somente poderem ser somadas as obras e serviços realizados no mesmo próprio público.” (PALAVÉRI, 2009, p. 326).

Já quanto à possibilidade de serem executados conjunta e concomitantemente, ou seja, desconsiderando-se a hipótese de fracionamento e adotando a postura de parcelamento de objeto ou parcelamento de despesa, diante



das necessidades da Administração, da urgência do administrador e dentro dos limites legais impostos pela Lei, continua o autor:

[...] quer dizer que o objeto precisa ser passível de se realizar ao mesmo tempo ou sequencialmente, sendo de se entender que qualquer evento técnico, financeiro, administrativo ou orçamentário impeditivo dessa somatória será suficiente para considerar o objeto separadamente. (PALAVÉRI, 2009, p. 326).

No tocante ao período de tempo decorrido entre a primeira aquisição e a segunda, na seguinte orientação do TCU está claro que a divisão ocorrendo dentro do mesmo exercício financeiro se caracteriza como fracionamento:

Em resumo, se a Administração optar por realizar várias licitações ao longo do exercício financeiro, para um mesmo objeto ou finalidade, deverá preservar sempre a modalidade de licitação pertinente ao todo que deveria ser contratado." (...) Não raras vezes, ocorre fracionamento da despesa pela ausência de planejamento da Administração. O planejamento do exercício deve observar o princípio da anualidade do orçamento. Logo, não pode o agente público justificar o fracionamento da despesa com várias aquisições ou contratações no mesmo exercício, sob modalidade de licitação inferior àquela exigida para o total da despesa no ano, quando decorrente da falta de planejamento (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2010, p. 105).

Como vimos, é extremamente necessário haver planejamento quanto aos orçamentos públicos e as despesas que serão feitas com ele, portanto é necessário que o agente público tenha ciência do seu orçamento anual e planejar seus gastos para o exercício fiscal, não para um curto período. Acerca do assunto, leciona Leonardo Baes:

A Constituição Federal de 1988 determina a observância do princípio da anualidade do orçamento no art. 165, §5º, II. Paralelamente, a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101/2000, em seu art. 16, §1º, inciso I, considera adequada a despesa que, somadas todas as de mesma espécie, realizadas e a realizar, não ultrapasse os limites estabelecidos para o exercício. Conclui-se, destarte, que o lapso temporal a ser observado para caracterização ou não do fracionamento indevido de despesas é o do exercício financeiro, que corresponde ao ano civil. (SOUZA, 2015, p. 01).

Não há dúvidas de que deve-se haver planejamento por parte do administrador para as suas despesas que incorrerão dentro do exercício financeiro em questão. No entanto, por vezes o próprio orçamento exige a realização de certas despesas em mais de uma parcela durante o exercício, sem que isso signifique falta de planejamento. O que não isenta o administrador de fazer o planejamento para a

realidade orçamentária atual, para que, quando a nova realidade orçamentária se fizer presente, se realize novo planejamento.

Tendo em vista que há todo um trâmite legal para a aprovação do orçamento anual, vemos que o mesmo pode ser alterado. Há ainda a possibilidade de congelamento de partes do orçamento, considerando que a receita prevista é meramente estimativa, o que faz com que seja necessário novo planejamento anual para o órgão. Congelamento esse que, eventualmente, será liberado ao longo do exercício.

Portanto, aquilo que foi inicialmente planejado, sofre cortes e não permite ao Administrador executar, de uma só vez, o que pretendia, sujeitando-o a parcelar despesas. Desta forma, podemos dizer que o fracionamento pode ocorrer quando houver novo planejamento, de acordo com as novas dotações orçamentárias que foram liberadas pelo órgão financeiro. Assim, não se pode culpar o administrador por falta de planejamento, uma vez que não decorreu de culpa sua o fracionamento.

Para evitar o risco, a Administração poderia adotar o Registro de preços, previsto no art. 15, II, da Lei 8.666/93, porém, como ainda há dúvidas sobre qual será o orçamento aprovado, entende-se não ser a solução mais viável, uma vez que poderia criar uma expectativa que pode não ser atendida pela Administração. Portanto, caso seja realmente necessário realizar despesas sem que se tenha certeza que será criada tamanha demanda, que se faça um planejamento para estar de acordo com o orçamento que possui em mãos.

Outro fator que contribui para que haja o fracionamento da contratação, é a imprevisibilidade, visto que pode ocorrer emergência ou calamidade pública (art. 24, IV, da Lei 8.666/93), que como bem se sabe, pode acontecer a qualquer momento por fenômenos da natureza, por exemplo. Diante disso podemos dizer que o administrador deve observar sempre a previsão do que será contratado para o orçamento financeiro vigente.

Mas, há sim que falar em previsibilidade se a nova despesa decorre de fato não previsto, nem previsível, quando da primeira contratação. Se a nova despesa decorrer de fato não previsto ou imprevisível, deve-se observar tal fato para não incorrer em fracionamento de despesa, assim diz Marçal Justen Filho acerca da Administração:

[...] dispõe da faculdade de programar suas contratações e de tratá-las autonomamente respeitados limites muito menos rigorosos do que se vem

admitindo. [...] Não é possível tratar objetos semelhantes como parcelas de uma única contratação. Ainda quando a natureza dos objetos for a mesma, se as contratações não puderem ser realizadas conjunta e concomitantemente, no mesmo local, não haverá o dever de somatório. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 215).

Desta forma, observamos que não se pode considerar como um todo duas contratações distintas, que foram realizadas de maneira distinta e por razões que não denotam qualquer vínculo entre elas, uma vez que a segunda seria adequada ao inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações. Neste sentido, afirma Marçal:

Ou seja, se a segunda contratação era imprevisível, configura-se como impossível seu tratamento conjugado com a primeira. Não há como estabelecer o dever de prever o imprevisível, nem de tratar conjuntamente dois contratos quando nem se podia imaginar a existência de um deles. Portanto, se a segunda aquisição era imprevisível, a primeira deve ser tratada como autônoma. A primeira contratação foi realizada validamente, na modalidade de convite. A segunda contratação não apresenta vínculo com a primeira e, considerando exclusivamente seu valor, o caso é de dispensa. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 216).

Sabe-se que a Lei veda o fracionamento deliberado, com intenção, ou seja, aquele que decorre por pura e simples vontade do administrador, adotado como subterfúgio para escapar do dever de licitar ou de proceder a modalidade de licitação mais complexa. Sendo assim, quando ocorrem duas contratações de serviços ou compras de objetos idênticos ou semelhantes em curto espaço de tempo, sendo a segunda decorrente de fato não previsto, nem previsível quando da primeira, não está configurado o fracionamento vedado pela lei.

Ao se contratar serviço de terceiros para dedetização de prédio da Administração em determinado período do ano e, posteriormente, se procede com a locação de novo imóvel por se entender que seja necessário deslocar pessoal para que diminua as aglomerações, e a necessidade de se dedetizar o ambiente se faz iminente, não se pode configurar fracionamento, uma vez que a locação não era prevista anteriormente e o serviço é essencial para utilização do novo prédio.

Desta forma, podemos ver que mesmo em se tratando de despesa de mesma natureza, dentro do exercício financeiro vigente e realizado em período relativamente curto, não se caracteriza como fracionamento, uma vez que se trata de fator superveniente (locação de imóvel). Nesse sentido também trazem a jurisprudência:

“I. Obras e serviços de engenharia realizados em locais diversos, com valores individuais abaixo de quinze mil reais: dispensa de licitação – II. Obras e serviços de engenharia de mesma natureza realizados num mesmo local: II. 1. Regra: contratação única; II.2. Possibilidade de realização de várias contratações desde que mantida a modalidade licitatória pertinente ao valor do conjunto dos empreendimentos anuais; II.3. **Possibilidade de parcelamento de contratações em modalidades de licitação mais simples ou ausência de licitação, quando comprovada imprevisibilidade** ou maior vantagem para a administração pública.” (TCE-ES, TC-2311/2006, Consulta, j. 03/08/2006, Rel. Cons. Mário Alves Moreira).

Para que não se caracterize a vedação da lei, é essencial que o fracionamento decorra de circunstâncias que impeçam a concretização da despesa como um todo, inclusive pela imprevisibilidade, e não da intenção deliberada do Administrador de assim agir para fugir da realização da licitação ou de modalidade mais complexa. Neste último caso configurado está o crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, ou, mesmo, ato de improbidade administrativa previsto nos arts. 10 ou 11 da Lei n. 8.429/92, independentemente da existência de prejuízo ao erário.

Assim, ocorrendo duas contratações de serviços ou compras de objetos idênticos ou semelhantes em curto espaço de tempo, sendo a segunda decorrente de fato não previsto, nem previsível quando da primeira, não está configurado o fracionamento vedado pela lei.

O que a lei proíbe, é o fracionamento deliberado, intencional, adotado como subterfúgio para escapar do dever de licitar ou de proceder à modalidade de licitação mais complexa. Desta forma o administrador se faz valer da “esperteza” que lhe incumbe os vários anos de funcionalismo público naquela instituição e fraciona o objeto de forma a ficar mais cômodo e poder ser realizada de forma mais “eficiente”, pois entende que é a forma mais fácil.

No entanto, conforme vimos a Lei proíbe tal ato, pois aquela aquisição do objeto poderia ter sido de maneira única, já que seria realizada em um local ou para um bem do ente público. Portanto, o administrador não deve se precipitar ao adotar medidas leves ao licitar ou dispensar a licitação apenas por sua vontade ou para que seja adquirido o objeto de forma imediata por que estará infringindo a Lei. Desta forma, podemos dizer que a lei possibilita formas legais de facilitar a demanda, resta apenas o administrador saber usá-las de forma sábia.

### 2.3. OS CONTROLES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A VERIFICAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS DECORRENTES DOS CONTRATOS NO PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19.

Para que a Administração Pública possa realizar as atividades de enfrentamento à pandemia, situação trazida para a discussão no presente trabalho, é essencial que as atividades relativas à aquisição de bens, produtos ou serviços sejam corretamente fiscalizadas. Nesse sentido, os órgãos de controle interno e externo atuam de forma conjunta para evitar aplicação irregular de recursos públicos. Assim, antes de adentrarmos nas questões relativas aos controles propriamente ditos, torna-se importante destacar que “Os contratos administrativos são negócios jurídicos que exigem a participação do Poder Público, buscando a proteção de um interesse coletivo, o que justifica a aplicação do regime público e um tratamento diferenciado para a Administração.” (MARINELA, 2018, p. 539).

Vale mencionar que todos os cidadãos são responsáveis pelo zelo e cuidado com a “coisa pública”, indicando um dos mais importantes papéis que o administrador possui, ou seja, a aplicação dos recursos com ênfase no interesse público e em prol de toda a sociedade. Para que o enfrentamento da pandemia seja combatido com todas as forças necessárias, é preciso que a Administração Pública planeje seus atos e observe, de modo muito atuante, a aplicação dos recursos públicos. Por meio da elaboração de políticas públicas os administradores e administrados podem planejar ações que visem a atender a finalidade pública.

Cumpramos enfatizar que elaborar políticas públicas ou planos de governo não significa atuar ao arrepio da lei. Deveras, a administração pública, mesmo tomada em sentido amplo, tem toda sua atuação subordinada à lei – isto é, à Constituição, às leis propriamente ditas e a outros atos de natureza legislativa, enfim, ao direito, globalmente considerado. Entretanto, no que toca aos fins do estado, o ordenamento jurídico estabelece normas genéricas, amplas, muitas vezes traduzidas em normas programáticas, indicando objetivos gerais, a serem perseguidos pelo Poder Público (“o que fazer”). O “como fazer”, a formulação e o detalhamento dos planos, projetos e programas concernentes à atuação estatal a ser concretizada, o estabelecimento das prioridades na execução, tudo isso é atividade administrativa em sentido amplo, vale dizer, atividade política, para o exercício da qual o Poder Público, embora subordinado à lei e ao direito, dispõe de ampla discricionariedade. (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 481).

Uma das formas existentes para que sejam traçados bons programas dá-se por meio do planejamento das ações, decorrentes da elaboração do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei de Orçamento Anual. Contudo, não foi cogitado, quando da elaboração dos referidos planejamentos que fossemos acometidos pela pandemia da Covid-19. Desse modo, toda e qualquer previsão orçamentária teve de ser revista para enfrentar e combater os efeitos do coronavírus.

A partir de inúmeras discussões que ocorreram nos cenários nacional, estaduais e municipais, diversas legislações foram criadas visando auxiliar os gestores no enfrentamento da doença. Nesse diapasão, merece destaque a Lei Complementar nº 173/2020 que flexibiliza a Lei Complementar nº 101/2000, principalmente no tocante ao cumprimento dos indicadores da gestão fiscal. Ocorre que, mesmo com as normativas e legislações elaboradas, os estados e municípios ainda encontram-se sem condições financeiras para o “combate” ao coronavírus.

Os repasses de recursos federais que autorizam os poderes públicos a realizarem aquisições de insumos e produtos para o enfrentamento da doença despertaram a atenção especial dos órgãos de controle. Desse modo, visando facilitar as compras, muitos processos licitatórios foram dispensados visando atender a demanda por bens e produtos, em especial àqueles que se destinam diretamente aos profissionais de saúde. A importância da fiscalização dos recursos públicos perpassa a própria atividade administrativa, sendo que

O controle externo é o dever-poder atribuído constitucionalmente e instituído por lei como competência específica de certos Poderes e órgãos, tendo por objetivo identificar e prevenir defeitos ou aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias para tanto. [...] O controle externo não é uma decorrência da titularidade da competência administrativa, diversamente do que se passa com o controle interno. Ele também apresenta natureza de um dever-poder, mas se constitui em uma competência específica e diferenciada, objeto de discriminação constitucional. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 1118).

A própria administração pública deve elaborar controles efetivos buscando evitar que as compras, justificadas como “enfrentamento do Coronavírus” sejam ampliadas e possibilitem desvios de recursos públicos. Desse modo, os portais públicos devem apresentar todos os gastos relativos ao combate da Covid-19 em suas páginas oficiais para que todos tenham acesso e possam acompanhar a efetiva destinação. Assim, “[...] se o Estado é uma coisa de todos, isso significa que sua

administração deve ser sempre controlada e fiscalizada evitando assim imperfeições, falhas e abusos por parte de seus administradores.” (MARINELA, 2018, p. 1080).

As demandas urgentes e a nova forma de trabalho que as administrações públicas precisaram adotar, passou, também, pela necessidade de otimização de recursos humanos e tecnológicos. Nesse contexto, o pregão eletrônico tornou-se uma das melhores ferramentas do processo licitatório, para que a administração pública possa continuar realizando as atividades que estavam em seu planejamento antes da pandemia. Contudo, ainda encontra restrição e aceitabilidade, principalmente, em pequenos municípios. Tendo em vista que

O pregão não é modalidade de uso obrigatório pelos órgãos públicos. Trata-se, pois, de atuação discricionária, na qual a Administração terá a faculdade de adotar o pregão (nas hipóteses cabíveis) ou alguma das modalidades previstas no Estatuto geral. O art. 1º da lei estabelece que, para a aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a modalidade de pregão, expressão que confirma a facultatividade do administrador. A despeito da faculdade conferida à Administração Pública, é preciso levar em consideração a finalidade do novo diploma, que é a de propiciar maior celeridade e eficiência no processo de seleção de futuros contratados. Surgindo hipótese que admita o pregão, temos para nós que a faculdade praticamente desaparece, ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei. É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade. Entretanto, se optar por outra modalidade, caber-lhe-á justificar devidamente sua escolha, a fim de que se possa verificar se os motivos alegados guardam congruência com o objeto do ato optativo. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 318).

A resistência que ainda existe em relação a adoção do pregão, principalmente na versão eletrônica acaba por impedir que a administração consiga realizar compras de modo mais célere e econômico. Assim, importante mencionar que “Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado de contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.” (DI PIETRO, 2016, p. 457).

Sendo assim, aumenta ainda mais a verificação dos controles por parte dos órgãos interno e externos da administração, buscando evitar superfaturamentos, compras desnecessárias, desvios de recursos públicos, fraudes em processos licitatórios, liquidação de despesas inexistentes, dentre tantas outras formas de “burlar” a lei e “desviar” recursos públicos. É sempre importante lembrar que “[...] vivemos num Estado Democrático de Direito em que a coletividade é quem

“sustenta” a Administração Pública [...] daí a necessidade de modos de controle do exercício de suas atividades, para que sempre se verifique se o objetivo maior, o “bem comum”, está sendo perseguido.” (MARINELA, 2018, p. 1080).

O Ministério Público do Rio Grande do Sul, com o auxílio do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, vem acompanhando diretamente as compras definidas pelas administrações como necessárias para o enfrentamento da Covid-19. Também, determinaram às Unidades Centrais de Controle Interno de cada município para que promovam as auditorias de verificação em todas os empenhos decorrentes de recursos para o combate à pandemia, objetivando verificar se não há qualquer ilegalidade ou irregularidade no processo. Importante destacar que atos que gerem enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário são considerados atos de improbidade administrativa, conforme preceitua a lei federal 8.429/1992.<sup>2</sup>

No decorrer deste ano de 2020, foi possível verificar inúmeras situações em que houve desvio de aplicação dos recursos destinados ao combate do coronavírus. Por esta razão, as ações e os controles são tão importantes para evitar o desperdício e a má aplicação dos recursos, tão necessários no momento que estamos vivendo. Faz-se necessário mencionar que a declaração da situação de emergência ou de calamidade pública por meio dos governos (municipais, estaduais ou federal), torna-se necessária a elaboração de um plano de contingência. O objetivo do documento é balizar os gastos, de forma planejada, indicando a previsão das ações necessárias no âmbito de atuação, como resposta ao enfrentamento da doença. Nesse plano de contingência, devem estar previstas as contratações diretas, por dispensa de licitação, autorizadas pela Lei 13.979/2020, primando pela

---

<sup>2</sup> 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: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; [...] 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: [...]. (BRASIL, 1992).



fiel observância dos deveres de eficiência, moralidade administrativa e transparência com os recursos públicos.

Em relação a regulação da matéria – aquisições pela Administração Pública – decorrentes da Lei 13.979/2020, é importante destacar que a mesma refere-se exclusivamente para a aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos que tenham por finalidade o enfrentamento da situação de emergência decorrente da Covid-19. Assim, é necessário demonstrar a necessidade da aquisição utilizando-se da dispensa de licitação, fundamentando a decisão com base na respectiva lei, sendo impossibilitada sua interpretação extensiva, ou seja, não se poderá utilizar para toda e qualquer compra a dispensa de licitação. (BRASIL, 2020).

Merece destaque o montante de recursos públicos que estão sendo destinados pelo Governo Federal para ações relativas ao combate à pandemia. Por meio de duas Medidas Provisórias, a MP nº 939, de 02 de abril de 2020, que autoriza a abertura de crédito extraordinário em favor de Estados, Distrito Federal e Municípios no valor de R\$16.000.000.000,00 e a MP nº 978, de 04 de junho de 2020, cujo montante chega a R\$60.189.488.452,00 (BRASIL, 2020).

Como a lei 13.979/2020 trata-se de uma lei excepcional, sua vigência é limitada a duração da pandemia, caracterizada pela situação de emergência ou calamidade pública. Desse modo, assim que a situação for cessada, a qual dependerá de inúmeros fatores, perderá a eficácia a referida norma, impossibilitando que seja utilizada como fundamento para compras posteriormente realizadas. Importante destacar que:

A fiscalização e a revisão dos seus comportamentos constituem dever do Poder Público e direito de qualquer cidadão, das quais resultam a possibilidade de se verificar a situação fática e a adequação ao ato praticado, hipótese presente quando o Administrador verifica a necessidade de celebrar um contrato, com a realização de um procedimento licitatório prévio, o que se realiza de forma prévia, anterior à prática do ato, entretanto, uma vez contratado, também é possível a verificação do cumprimento das regras, o que, de forma posterior, também é um controle que vai garantir a regularidade na prestação da atividade administrativa. É dever do Administrador e direito do cidadão na busca de uma gestão responsável. (MARINELA, 2018, p. 1083).

Por todo o contexto probatório e pela importância que o processo licitatório, bem como da fiscalização dos contratos administrativos desempenham na organização da administração pública, a atuação conjunta de todos os entes, de todos os órgãos e de todos os cidadãos, demonstra-se a medida mais efetiva para o

real enfrentamento à pandemia. Busca-se trazer para a discussão a importância do princípio do direito à vida, como sendo um dos mais valiosos previstos em nossa Constituição. Pois, “[...] sem vida, nenhum outro direito poderá ser fruído, ou sequer cogitado.” (PAULO; ALEXANDRINO, 2019, p. 118).

É necessário que os recursos públicos sejam utilizados de modo a promover a melhoria e o combate à doença. Os processos licitatórios, ou mesmo a dispensa de licitação, devem obedecer a critérios ainda mais rigorosos e o acompanhamento e fiscalização do contrato devem verificar que o objeto está em consonância com o disposto no termo. Ainda, ao concluir a etapa de fiscalização, a administração pública deverá observar se o procedimento contábil foi atendido, incluindo-se o acompanhamento das etapas de empenho, liquidação e pagamento, este somente após o aval do fiscal do contrato.

Após todo o procedimento administrativo, deverão os dados serem disponibilizados nos sítios institucionais de cada ente, possibilitando que toda a sociedade possa fazer uso de sua ferramenta de fiscalização. Essas são algumas formas de controle que a Administração Pública poderá realizar para que possa ser verificado se as aplicações dos recursos públicos estão sendo utilizados para a finalidade maior neste momento de pandemia, ou seja, o combate ao coronavírus em detrimento ao bem maior do cidadão, a vida.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, foram abordados temas de grande valia para a nossa sociedade de forma a abrir os olhos dos Administradores acerca das licitações e dos contratos oriundos delas, uma vez que nos permitiu observar a questão da melhor forma de contratação pela Administração e as possibilidades de parcelar as licitações.

O novo Coronavírus nos trouxe grandes dificuldades econômicas enquanto cidadãos, mas também trouxe grandes dificuldades para a Administração, pois com as medidas tomadas pelos governos estaduais e federal ficou mais difícil de realizar licitações presenciais nos órgãos em que ainda não vigora o pregão eletrônico. No entanto, o governo federal editou uma Lei que auxilia no combate ao vírus.

Diante da situação em que começamos o ano de 2020, em meio a uma pandemia de magnitude global, compreendemos a Lei nº 13.979/2020 permitir dispensas de licitação em valores maiores àqueles praticados anteriormente quando estava em vigor somente a lei de Licitações e suas alterações, tendo em vista garantir maiores quantidades de equipamentos para tratar e cuidar dos enfermos.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como a máquina pública poderia melhorar no quesito licitação quando a fizer dentro daquilo que a Lei de Licitações permite. Além disso, também, permitiu um maior entendimento acerca do Fiscal do contrato oriundo de licitação, demonstrando que este estando preparado para exercer a sua função de fiscal, não há com o que se preocupar com os órgãos fiscalizadores.

Pudemos avaliar as questões de contratação entre a Administração e o particular, sendo mediante contrato licitatório ou dispensa de licitação, adotando as formalidades da Lei. Diante disso, pudemos ver que a melhora nas licitações possibilita uma melhor vigilância por parte dos cidadãos, o que por consequência, faz com que a máquina pública trabalhe de forma mais eficiente, já que estaria sendo vigiada de perto pelo povo.

O presente trabalho foi elaborado de forma a apresentar os problemas vividos pela Administração Pública, principalmente a municipal, na atualidade. Trouxe um problema que assola o início do ano de 2020, que é a pandemia de coronavírus, e

as medidas que foram tomadas pelos governantes a fim de evitar uma contaminação maior e prevenir que as administrações públicas fossem prejudicadas ainda mais.

No entanto, mesmo com esta maior flexibilização, os administradores ainda tentam se valer de medidas corriqueiras, bem como se utilizar de modalidades de licitação inferiores àquelas em que o objeto efetivamente caberia. Para tanto, seria necessário que fosse realizado algum estudo para auxiliar os administradores e instigá-los a licitar ou dispensar de maneira correta, o que careceria de muito tempo e demasiado trabalho.

Conforme o exposto, conclui-se que ainda há uma grande dificuldade, principalmente em Municípios de pequeno porte, de se realizar todas as licitações de forma correta inclusive na hora de finalizada e redigido o contrato, no papel do fiscal, pois há um certo desconhecimento ou descuido quanto a estes temas que por eles é considerado como difícil.

Para que a Administração funcione de forma ao menos próxima ao ideal, será necessário um estudo mais aprofundado do porquê estas autarquias públicas não conseguem se adequar ao que está exposto na Lei. No entanto, será necessária uma pesquisa de campo muito ampla e que demandaria bastante tempo a ser concluída, tendo em vista que há autarquias em que ainda há muito trabalho para que se aproxime do considerado ideal para as licitações e contratos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL, **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm). Acesso em: 12 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 12 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 12 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 12 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 939, de 02 de abril de 2020**. Abre crédito extraordinário, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor de R\$ 16.000.000.000,00, para os fins que especifica. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-978-de-4-de-junho-de-2020-260154108>. Acesso em: 13 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 978, de 04 de junho de 2020**. Abre crédito extraordinário, em favor de Transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, no valor de R\$ 60.189.488.452,00, para o fim que especifica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-978-de-4-de-junho-de-2020-260154108>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos – Orientações do TCU, 4ª ed., 2010, p. 105, Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF> Acesso em 13 de junho de 2020.>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

COSTA, Antônio França da. Aspectos gerais sobre o fiscal de contratos públicos. **Revista Controle: Doutrinas e artigos**, Vol. 11, Nº 1, 2013, pág. 105-128. Disponível em: [dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6167747](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6167747). Acesso em: 12 jun. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 29ª edição, São Paulo: Forense, 2016.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Espírito Santo. Consulta TC-028/2006, Processo - TC-2311/2006, Disponível em: <http://www.tce.es.gov.br/portais/Portais/14/Arquivos/Biblioteca/AtosNormativos/PC028-06.pdf> Acesso em 20 de junho de 2020.

GASPARINI, Diogenes, **Direito Administrativo**, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 11ª ed., São Paulo, Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo** – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo** – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 39ªedição, São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 13ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes, **Licitação pública e contrato administrativo**. 1ª Ed. Curitiba: Zenite, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 18. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

PALAVÉRI, Marcelo, **Licitações Públicas**, São Paulo: Fórum, 2009.

SOUZA, Leonardo Baes L. de. Caracterização do fracionamento ilegal de despesas sob a ótica do Tribunal de Contas da União. **Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba, PR, Zênite, n. 250, p. 1165-1174, dez. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41108/caracterizacao-do-fracionamento-ilegal-de-despesas-sob-a-otica-do-tribunal-de-contas-da-uniao/1> Acesso em 09 de maio de 2020.