

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/21): inexigibilidade/dispensa de licitação. Responsabilidade solidária do contratante e agente público (art. 73)

Flora Maria Nesi Tossi Silva¹

Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: Introdução. A regra da obrigatoriedade da licitação como preceito constitucional e exceções previstas em lei. 1. Processo de contratação direta. 2. Inexigibilidade de licitação. 3. Dispensa de licitação (licitações dispensáveis e dispensadas). 4. Responsabilidade solidária do contratante e agente público pelos danos causados em caso de dolo, fraude ou erro grosseiro, em caso de contratação indevida (art. 73). 4.1. Erro grosseiro na pandemia da covid-19 (decisão do STF nas ADIS 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC/DF). 4.2. Necessidade de observância das regras da Lei de Introdução às Normas Brasileiras (LINDB), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, também no que se refere à aplicação do art. 73, da Lei nº 14.¹³³/2021. 4.3. Não aplicação de dupla penalização na esfera administrativa/cível (“non bis in idem”). Conclusão. Bibliografia.

Introdução. A regra da obrigatoriedade da licitação como preceito constitucional e exceções previstas em lei

Os contratos da administração pública são regidos pelo princípio da estrita legalidade. Os requisitos formais para sua concretização são rígidos e o seu conteúdo se sujeita a limitações.

¹ Mestre em Direito das Relações Sociais (Área de Concentração: Direito Processual Civil) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialização em Direito Empresarial pela Escola Paulista da Magistratura. Especialização em Direito de Família e Sucessões pela Escola Paulista da Magistratura. Especialização em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Membro da Academia Paulista de Magistrados.

Para que o contrato administrativo se concretize, há necessidade, em regra, da realização de licitação, que vem a ser o procedimento pelo qual são realizados vários atos destinados a verificar a proposta mais vantajosa para a administração.

A licitação é, portanto, o procedimento administrativo, que envolve a realização de diversos atos administrativos de acordo com as regras previstas na lei.

A Constituição Federal prevê que a licitação é a regra e que é excepcional a contratação direta (art. 37, inciso XXI):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e também ao seguinte: XXI – Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

Estão sujeitas às normas gerais de licitação e contratação a Administração Pública, direta e indireta, dentre as quais se incluem as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas do governo e as empresas sob seu controle, nos termos do art. 22, XXVII, da CF. Cabe à União legislar sobre o assunto, podendo os Estados, Distrito Federal e Municípios efetuar normas meramente suplementares.

O legislador constitucional, ao inserir a obrigatoriedade da licitação no texto constitucional, teve a finalidade de preservar os princípios gerais da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no “caput” do art. 37, da CF/1988.

Como visto, a obrigatoriedade de realização do procedimento licitatório é excepcionada pela própria Constituição Federal que estabelece a possibilidade de ou a necessidade de a contratação pela administração

pública ser realizada sem um procedimento licitatório. A desnecessidade de licitação, entretanto, não significa que o administrador poderá contratar qualquer pessoa, por qualquer preço.

Em 1º de abril de 2021, entrou em vigor a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133) que visa compilar diplomas normativos esparsos e modernizar as licitações e contratos. Com a mencionada lei, houve a modernização e compilação da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral das Licitações), Lei nº 10.520/2004 (Lei do Pregão) e Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), as quais **serão** revogadas a partir de dois anos de vigência da Lei nº 14.133/2021. Até lá, o gestor público pode optar por licitar de acordo com o ordenamento jurídico anterior ou de acordo com a nova sistemática.

A Lei nº 14.133/2021, diferentemente da Lei nº 8.666/1993, traz um capítulo específico sobre a contratação direta (capítulo VIII, da Lei nº 14.133/2021), subdividido em três seções, o que demonstra a importância que o legislador atribuiu ao assunto.

O art. 72 (que compõe a seção I, do capítulo VIII, de mencionada lei) dispõe acerca das regras do processo de contratação direta, tendo sido mantida a divisão desta em hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

O art. 73 (que compõe a seção I, do Capítulo VIII, da mencionada Lei) prevê hipóteses de responsabilidade solidária se houver contratação direta de forma indevida.

O art. 74 (que compõe a seção II do capítulo VIII da referida lei) trata da inexigibilidade de licitação.

O art. 75 (que compõe a seção II do Capítulo VIII da mencionada Lei) trata da dispensa de licitação (licitações dispensáveis).

O art. 76 trata das licitações dispensadas (capítulo IX da referida Lei).

Como será analisado abaixo, a Lei nº 14.133/2021 trouxe novo tratamento à contratação direta. Houve aumento quantitativo dos limites para dispensa de licitação em razão do valor, bem como foram ampliadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade. Os artigos 74 e 75 da Lei nº 14.133/2021 apresentam mais incisos que aqueles previstos nos art. 25 e 24 da Lei nº 8.666/1993.

Serão realizadas brevíssimas considerações quanto aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstos na Lei nº 14.133/2021. Na sequência, será efetuada análise do art. 73, de mencionado diploma legal, abordando-se diversas questões pertinentes e relacionadas ao tema.

O objeto principal deste trabalho é a abordagem mais detalhada do art. 73 da Nova Lei de Licitações. Por este motivo, não serão efetuadas considerações aprofundadas sobre os vários temas correlatos a cada uma das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

1. Processo de contratação direta

Como já analisado acima, em regra, as contratações da administração devem ser precedidas de licitação, às quais devem ser aplicadas as regras pertinentes.

No entanto, a Constituição Federal (art. 37, XXI) prevê exceções a essa regra.

O fato de a administração não precisar realizar licitação em certas hipóteses não significa que não exista um procedimento a ser seguido, pois a lei relativa às licitações e contratos administrativos estabelece medidas necessárias para garantir que os princípios da lei continuem sendo respeitados.

Na Lei nº 8.666/1993 não há, de forma específica e em seção própria (como previsto no art. 72 da Lei nº 14.133/2021), uma norma sobre o processo de contratação direta. Apesar disso, naquele diploma legal há regras mínimas sobre a matéria no art. 26, que dispõem sobre alguns requisitos procedimentais básicos.

O processo de contratação direta sofreu mudanças na Lei nº 14.133/2021. Nesta, exigem-se mais documentos e justificativas para motivar o procedimento. A divulgação deve ser efetuada por via eletrônica, o que é salutar para ampliação do controle dos atos da administração, até mesmo por parte da sociedade.

O art. 72 (seção I, do Processo de contratação Direta) da Lei nº 14.133/2021 prevê que o processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: I – documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; II – estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 da lei; III – parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; IV – demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; V – comprovação de que o contratado preenche

os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; VI – razão da escolha do contratado; VII – justificativa de preço; e VIII – autorização da autoridade competente.

O parágrafo único de tal dispositivo legal prevê que o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Como bem aponta Irene Patrícia Diom Nohara²: “[...] no item justificativa que motiva a razão de escolha do contratado, não será admitida razão de escolha, isto é, motivo, que não seja correspondente ao interesse público, sob pena de desvio de poder [...]”.

O que pode ensejar a contratação direta é apenas a obtenção dos interesses públicos, devendo o agente público observar as regras que lhe atribuem competência para agir de determinado modo. Não é possível utilizar motivos, para as contratações públicas, que sejam calcados em mero favorecimento de determinados grupos empresariais ou para favorecimento dos próprios agentes públicos.

Como bem aponta Flávia Campos³, a documentação prevista no art. 72 é necessária para garantir o controle da legalidade da contratação direta, pois, conforme o art. 73, na hipótese de contratação indevida, havida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (assunto que será abordado mais detidamente no item 4 do presente trabalho).

2. Inexigibilidade de licitação

Como bem explica José dos Santos Carvalho Filho⁴, “[...] na dispensa, a licitação é materialmente possível, mas em regra inconveniente; a inexigibilidade, é inviável a própria competição”.

A Lei nº 8.666/93, ainda em vigor, enumera os casos de inexigibilidade de licitação em seu artigo 25. No *caput* de tal dispositivo legal há indicação

² NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021, p. 304.

³ CAMPOS, Flávia. *Comentários à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Foco, 2021, p. 49.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

de ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, sendo enumeradas as hipóteses.

Houve alterações pontuais nas hipóteses de inexigibilidade, na Lei nº 14.133/2021, como será analisado um pouco mais abaixo.

Segundo o art. 74 deste diploma legal, é inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I – aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtos, empresa ou representante comercial exclusivos;

II – contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

Para que a licitação seja inexigível, é necessário que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Nesta circunstância não é possível criar um critério objetivo para se fazer uma competição entre os interessados. Entretanto, a contratação deve se dar diretamente ou por meio de empresário exclusivo, sendo que a identificação do que é empresário exclusivo está no parágrafo 2º.

III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, veda a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

Os serviços enumerados são os mesmos previstos no art. 6º., XVIII, da Lei nº 14.133/2021 que apresentam natureza técnica e intelectual, não possibilitando a utilização de critérios objetivos para se efetivar licitação entre os eventuais interessados

Para que a licitação seja inexigível, é necessário que seja contratado profissional ou empresa de notória especialização. O parágrafo 3º considera o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

IV – objetos que devem ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

O credenciamento é procedimento auxiliar à licitação, previsto no art. 79, em que a administração não visa firmar um contrato com pessoa específica, mas sim possibilitar que todos os interessados que preencham os requisitos possam se credenciar. Há inexigibilidade de licitação, pois não haverá competição entre os credenciados.

V – aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

O contido no inciso V constitui importe mudança em relação à Lei nº 8.666/93, pois a aquisição ou locação é forma de licitação dispensável, nos termos do art. 24, X, daquele diploma legal.

Por sua vez, o parágrafo 1º prevê que, para fins do disposto no inciso I do *caput* do art. 74, a administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

E o parágrafo 2º prevê que, para fins do disposto no inciso II do *caput* do art. 74, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que tebga contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no país ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

O parágrafo 3º reza que, para fins do disposto no inciso III do *caput* do art. 74, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

O parágrafo 4º dispõe que, nas contratações com fundamento no inciso III do *caput* do art. 74, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

O parágrafo 5º prevê que, nas contratações com fundamento no inciso V do *caput* do art. 74, devem ser observados os seguintes requisitos:

I – avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II – certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III – justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

Analisando-se o conteúdo do artigo 74 da Lei nº 14.133/2021, verifica-se que esta reorganizou as hipóteses de inexigibilidade, inserindo como uma das hipóteses a aquisição ou locação de imóveis cujas características de instalações tornem necessária sua escolha e prevendo (no art. 74, parágrafo 4º) os requisitos formais para as contratações. Também previu o credenciamento, o qual constitui instrumento auxiliar utilizado para contratação direta como inexigibilidade, tratado no art. 79 da mesma lei, e, ainda, a hipótese de serviço técnico especializado (controles de qualidade e tecnológico, análises, teses e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem) no disposto no inciso.

Houve a troca da expressão trabalho “indiscutivelmente” mais adequado à plena satisfação (antes prevista no § 1º do art. 25 da Lei nº 866/93) pela expressão “reconhecidamente” adequado, para configurar a notória especialização.

Examinando-se o texto legal, verifica-se que a inexigibilidade de licitação é decorrente da inviabilidade de competição.

Entretanto, a Lei nº 14.133/2021 não apresentou a fórmula do que constitui inviabilidade de competição. O art. 74 apenas forneceu, em seus incisos e parágrafos, um rol **exemplificativo** do que é considerado inviabilidade de competição.

Ricardo Marcondes Martins⁵ esclarece que as previsões legais de hipóteses de inexigibilidade de licitação são *numerus apertus* (rol exemplificativo), diferentemente das hipóteses de dispensa de licitação que são *numerus clausus* (rol taxativo).

A ideia de inviabilidade de competição é objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, sem que se tenha, até o momento, alcançado soluções que dirimam de uma vez por todas as controvérsias.

Marçal Justen Filho⁶, com base em exposição efetuada por Celso Antonio Bandeira de Mello, esclarece que a inviabilidade de competição pode se dar:

a) como situação anômala (situações em que não se encontram presentes os pressupostos para a escolha objetiva da proposta mais vantajosa);

b) como decorrência/consequência. Trata-se de um gênero, que comporta diferentes modalidades, em virtude da ausência de pressupostos necessários à licitação;

c) inexigibilidade como caso de “dupla crise” da licitação. Quando a licitação, tal como estruturada pela lei, não consegue atingir o resultado pretendido. A licitação, neste caso, não cumpre a função de selecionar a proposta mais vantajosa.

3. Dispensa de licitação (licitações dispensáveis e dispensadas)

De acordo com a Lei nº 8.666/93, os casos de dispensa de licitação estão previstos nos arts. 17, I e II, e 24 de referida Lei.

⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Inexigibilidade de Licitação: Comentários ao art. 74 da Lei 14.133/2021. in: Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da; Arruda, Carmen Sílvia L. de; Piccelli, Roberto Ricomini (coord.). *Lei de Licitações e Contratos Comentada* – volume II. . São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 359.

⁶ JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas* (Nova Lei 14.133/2021). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 958.

No que se refere à Lei nº 14.133/2021, houve poucas mudanças nos casos de dispensa de licitação, destacando-se o aumento do valor de contratação direta por licitação dispensável, como será verificado a seguir.

No art. 75 da Lei nº 14.133/2021 o legislador manteve muitas das hipóteses enumeradas, tendo, entretanto, realizado alteração da ordem de sua apresentação. Também foram eliminadas algumas hipóteses constantes da lei nº 8.666/93 e tendo sido trazidas outras, visando, em princípio, adequá-las aos tempos atuais.

O art. 75 da Lei nº 14/133/2021 prevê que é dispensável a licitação:

I – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00, no caso de outros serviços e compras;

III – para contratação que mantenha todas as condições definidas no edital de licitação realizada há menos de um ano, quando se verificar que:

- a) naquela licitação não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;
- b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes.

IV – para contratação que tenha por objeto:

- a) bens componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for dispensável para a vigência da garantia;
- b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a administração;
- c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00;

- d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a administração;
- e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;
- f) bens ou serviços produzidos ou prestados no país que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;
- g) materiais de uso das forças armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;
- h) bens e serviços para atendimentos dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da forma militar;
- i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;
- j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;
- k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;
- l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do *caput* do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto

- de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;
- m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde.

V – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos art. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida lei;

VI – para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;

VII – nos casos de guerra, estado de defesa estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;

VIII – nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares e, somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

Emergências ou calamidade pública podem ensejar, nos termos do inciso VIII, a contratação direta, quando houver urgência de atendimento. No entanto, devem ser observados os requisitos para que a licitação seja dispensável.

A licitação só será dispensável para as contratações que visem atender a situação emergencial ou calamitosa. Os contratos firmados devem ter como prazo de conclusão, no máximo, o prazo de 1 ano. São vedadas as prorrogações de tais contratos e a recontração de uma empresa que já tenha sido contratada com base na situação do inciso.

De acordo com o art. 75, parágrafo 6º, considera-se emergencial a contratação por dispensa que tenha o objetivo de manter a continuidade do serviço público. Devem ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 da Lei 14.133/2021 e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório.

Como bem apontado por Wanderley José Federigh⁷, os doutrinadores são praticamente uníssonos em mencionadas como exemplo de calamidade pública a existência de epidemia que coloque em risco a saúde da população. O mundo todo, nos tempos atuais, tem convivido com a pandemia de covid-19. No Brasil, embora tenha havido, inicialmente, negativa da gravidade da situação, acabou sendo declarado o estado de calamidade, para fins do art. 65 da Lei Complementar Federal nº 101, de 4 de maio de 2000, tendo sido editado o Decreto Legislativo nº 06/2020.

IX – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a administração pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

X – quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

XI – para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua administração pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

XII – para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;

⁷ FEDERIGH, Wanderley José. A licitação: Notas sobre a sua Dispensa e Inexigibilidade. *in*: Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da; Arruda, Carmen Silvia L. de; Piccelli, Roberto Ricomini (Coord.). *Lei de Licitações e Contratos Comentada* – volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2022. p. 333. Mencionado autor indica que, em 20 de março de 2020, o então Ministro da Saúde baixou Portaria nº 454, que declarou o estado de transmissão comunitária do novo vírus em todo o território nacional. No Estado de São Paulo, entrou em vigor o Decreto Estadual nº 64.879, de 20.03.2020, que reconheceu o Estado de calamidade pública em todo o Estado, em decorrência da disseminação do vírus. Ressalta, ainda, que, no âmbito do estado de calamidade pública, vários outros instrumentos legais entraram em vigor, como a Lei Federal nº 13.979/2020, que trouxe as medidas aplicáveis enquanto vigorar o referido estado de calamidade; o Decreto-Legislativo nº 06 de 20.03.2020, que reconheceu a ocorrência do mencionado estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do presidente da República, encaminhada por meio de mensagem nº 93, de 18 de março do mesmo ano; a medida provisória 926/2020, que altera a Lei nº 13.979/2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública.

XIII – para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;

XIV – para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;

XV – para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividade de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social de pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;

XVI – para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento, institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do “caput” do art. 75, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor da Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Por sua vez, o parágrafo 1º do art. 75 dispõe que, para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo, deverão ser observados:

I – O somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II – somatório da despesa realizada com objetos da mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

O parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal prevê que os valores referidos nos incisos I e II do *caput* do artigo 75 serão duplicados para compras,

obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei.

O parágrafo 3º dispõe que as contratações de que tratam os incisos I e II do *caput* do art. 75 serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de três dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

O parágrafo 4º do dispositivo legal em enfoque reza que as contratações de que tratam os incisos I e II do *caput* do artigo serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas.

O parágrafo 5º dispõe que a dispensa prevista na alínea “c” do inciso IV do *caput* do art. 75, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica.

O parágrafo 6º prevê que, para os fins do inciso VIII do *caput* do artigo 75, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 da Lei nº 14.133/2021 e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deveram causa à situação emergencial.

O parágrafo 7º reza que não se aplica o disposto no parágrafo 1º do art. 75 às contratações de até R\$ 8.000,00 de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças.

A Lei nº 14.333/2021 prevê, como indicado acima, diversas hipóteses de dispensa de licitação, havendo, ainda, outras hipóteses previstas em leis esparsas, sendo que há possibilidade de surgirem outras, no futuro, em futuras leis, em virtude de alterações da realidade fática, o que exige um aprofundamento do estudo do tema pelos agentes públicos. De qualquer forma, as hipóteses de dispensa de licitação constituem *numerus clausus*.

Como bem esclarecem Wanderley José Federigh⁸ e Carmen Silvia Lima de Arruda⁹ e nas hipóteses de dispensa de licitação há como elemento comum a motivação e transparência da dispensa. O ato de dispensa deve ser motivado, divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial, para que seja submetido à publicidade e conhecimento de todos.

Carmen Silvia Lima de Arruda¹⁰ assevera, ainda, com propriedade, que, para que haja a contratação direta por dispensa de licitação, devem ser observados os princípios constantes do art. 5º. da Lei nº 14.133/2021: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, proibidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, bem como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Por sua vez, além das licitações **dispensáveis**, vistas até aqui neste item 3 do presente trabalho, há as licitações **dispensadas** (tratadas no art. 17, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93 e no art. 76 da Lei nº 14.133/2021 – Capítulo IX – Das Alienações).

Como bem aponta Wanderley José Federigh¹¹, as licitações dispensáveis “[...] são aqueles casos nos quais a administração pode

⁸ FEDERIGH, Wanderley José. A licitação: Notas sobre a sua Dispensa e Inexigibilidade. *in*: Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da; Arruda, Carmen Silvia L. de; Piccelli, Roberto Ricomini (Coord.). *Lei de Licitações e Contratos Comentada* – volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 319-353.

⁹ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. Novas Hipóteses de Dispensa de Licitação da Lei 14.133/2021. *in*: Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da; Arruda, Carmen Silvia L. de; Piccelli, Roberto Ricomini (Coord.). *Lei de Licitações e Contratos Comentada* – volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2022 p. 405.

¹⁰ ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. *Op. cit.*, p. 405.

¹¹ FEDERIGH, Wanderley José. *Op. cit.* 339. Considerando os estreitos limites deste trabalho, remeto o leitor para os estudos aprofundados sobre as licitações dispensáveis, dispensadas e inexigibilidade de licitação na Lei nº 14.133/2021, e também sobre a nova Lei de Licitações e contratos, realizados por: 1) Wanderley José Federigh. *Op. cit.*, p. 319/353; 2) MARTINS, Ricardo Marcondes. *Inexigibilidade de Licitação: Comentários ao art. 74 da Lei 14.133/2021*; 3) ARRUDA, Carmen Silvia Lima. *Novas hipóteses de Dispensa de Licitação da Lei 14.133/2021*, p. 377/409; e 4) SADI, Mário. *Comentário Geral ao Capítulo IX da Lei 14.133/2021*, p. 417/427. Os quatro artigos em: Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da; Arruda, Carmen Silvia L. de; Piccelli, Roberto Ricomini (Coord.). *Lei de Licitações e Contratos Comentada* – Lei 14.133/2021; 5) MARÇAL JUSTEN Filho. *Op. cit.* 938/1123; 6) CAMPOS, Flávia Campos. *Comentários à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Foco, 2021, p. 49/79; 6) THAMAY, Rennan; GARCIA Júnior, Vanderlei; MACIEL, Igor Moura; PRADO, Jhonny. *Nova Lei de Licitações e Contratos*

realizar a licitação ou pode dispensá-la, de acordo com sua conveniência e oportunidade [...]”. As licitações dispensadas “[...] são aqueles casos em que a dispensa é taxativa, devendo o certame ser direcionado a pessoa específica [...]”.

O art. 76 da Lei nº 14/133/2021 prevê que a alienação de bens da administração pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às normas apontadas nos incisos I e II.

O parágrafo 1º do art. 76 prevê que a alienação de bens imóveis da Administração Pública cuja aquisição tenha sido derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento dispensará autorização legislativa e exigirá apenas avaliação prévia e licitação na modalidade leilão.

O art. 76 tem ainda os parágrafos 2º a 7º.

O art. 76 da Lei nº 14.133/2021 apresenta grande proximidade com as regras do art. 17 da Lei nº 8.666/1993. Há similitude na estrutura de organização das regras legais, bem como na redação.

Assim sendo, seguir-se-á a preservação da interpretação adotada quanto à lei anterior, devendo, entretanto, haver cautela para não ignorar alterações da própria sistemática.

Marçal Justen Filho¹², ao comentar o art. 76 da Lei nº 14.133/2021 esclarece que o art. 17 da Lei nº 8.666/1993 foi objeto de diversos questionamentos perante o STF, tendo havido interpretação conforme no que diz respeito a vários dispositivos. Assim, as decisões anteriores do STF permanecem plenamente aplicáveis no que se refere ao art. 76 da Lei nº 14.133/2021 nos aspectos em que há identidade em relação ao diploma da Lei nº 8.666/1993.

Administrativos Comentada e Referenciada. São Paulo: Saraiva-Jur, 2021; 7) SARAI, Leandro (Org.). *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 14.133/2021* Comentada por Advogados Públicos. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Jus Podium, 2022; 8) *Nova Lei de Licitações e Contratos: Impactos no Estado de São Paulo – Relatório do Grupo de Trabalho* Instituído pela Resolução PGE-3/2021 para analisar os reflexos da Nova Lei de Licitações e contratos no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo, elaborado por Maria Lia Pinto Porto Corona, Eugenia Cristina Cleto Marolla, Rafael Carvalho de Fássio (coordenador do Grupo de Trabalho).

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 1093.

4. Responsabilidade solidária do contratante e agente público pelos danos causados em caso de dolo, fraude ou erro grosseiro, em caso de contratação indevida (art. 73)

Como visto acima, há necessidade de procedimento administrativo (nos moldes do art. 72 da Lei nº 14.133/2021) para que sejam analisadas as hipóteses de dispensa e ineligibilidade de licitação, sendo que deverão ser apresentados os motivos de forma explícita, sob pena de nulidade do procedimento, com possíveis danos aos contratantes e contratados.

Cumprido lembrar que, após a publicação da Lei nº 8.666, a Lei 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo) trouxe preocupações mais específicas com a motivação dos atos administrativos. O art. 2º da Lei 9.784/1999 dispõe que a administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da motivação e da razoabilidade. Assim, nos processos administrativos, devem ser indicados os pressupostos de fato e de direito que determinam as decisões (art. 2º, parágrafo único, VII).

Por sua vez, o art. 50 da Lei de Processo Administrativo prevê que todos os atos administrativos precisam ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando afetarem direitos ou interesses (inciso I).

Especificamente quanto à Lei nº 14.133/2021, o art. 73 prevê que:

[...] na hipótese de contratação indevida, ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis [...].

Verifica-se assim, que o art. 73 da Lei nº 14.133/2021 traz inovações, considerando que no art. 25, parágrafo 2º, da Lei nº 8.666/93 há a previsão de que, nos casos de dispensa de licitação, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Há precariedade do termo do que vem a ser contratação direta indevida. Não se pode considerar que toda contratação indevida seria ilegal, pois, caso contrário, estar-se-ia efetuando interpretação ampliativa do art. 73, ocasionando, em consequência, a aplicação de penalidade na esfera criminal.

Para que haja a responsabilidade pessoal do agente público e daquele que contratou com o ente público, nas hipóteses previstas no art. 73, há necessidade de estar presente o elemento subjetivo: dolo ou fraude ou o erro grosseiro. Não basta a defeituosa avaliação das circunstâncias fáticas, para ensejar o dever de indenizar. Neste sentido, a título de exemplo, encontram-se as observações realizadas, com propriedade, por Guilherme Carvalho¹³ e Marçal Justen Filho¹⁴.

Dolo, segundo Clóvis Beviláqua, é o emprego de artifício astucioso para induzir alguém à prática de ato que o prejudica e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro. No âmbito da administração pública, o ato doloso a que se refere o art. 73 da Lei nº 14.133/2021 constitui a vontade livre e consciente do agente público e do terceiro contratado visando obter vantagem ilícita que ocasione dano ao ente público (administração pública).

Nos termos do art. 145 do Código Civil, os negócios jurídicos são anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

Consoante Silvio de Salvo Venosa¹⁵, fraude é o uso de meio enganoso ou ardiloso com a finalidade de contornar a lei ou uma obrigação, preexistente ou futura.

De Plácido e Silva¹⁶ enfatiza, por seu turno, a necessidade de intenção danosa externa à relação das partes fraudadoras, para a configuração da fraude.

No que se refere à relação da fraude como fator externo, depreende-se do ensinamento de Serpa Lopes¹⁷ que, para a caracterização da fraude, é necessário que um terceiro seja efetivamente lesado pelo ato fraudulento.

No caso dos contratos administrativos, impõe-se que a fraude seja perpetrada pelo agente público e pelo contratado ocasionem dano ao erário.

No que se refere ao erro grosseiro, pode-se entender que tal conceito é bastante flexível.

¹³ CARVALHO, Guilherme. Da contratação direta indevida prevista na Lei n. 14.133/2021. Revista *CONJUR*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-17/licitacoes-contratacao-direta-indevida-previsa-lei-141332022>. acesso em: 10.11.2022.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 955.

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 213.

¹⁶ PLÁCIDO e Silva, De. *Vocabulo jurídico*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 645.

¹⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil* (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. Volume 1. 2. ed.. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 438.

No ordenamento jurídico, há uma certa indefinição quanto ao que vem a ser erro grosseiro.

A lei 13.655/2018 que fez alterações na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) prevê que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Segundo minha ótica, o erro grosseiro deve ser considerado como aquele erro substancial e inescusável, que se equipara à culpa grave.

Conforme Sidney BITTENCOURT¹⁸ erro grosseiro consiste na inobservância dos deveres básicos de cuidado, com total imprudência e negligência no trato com a coisa pública

Paulo Modesto¹⁹, por sua vez, considera que:

[...] erro, alguns afirmam, é a ignorância que se ignora. Porém, é mais do que isso: na base do erro há uma ignorância negligente de fatos e dados relevantes, que não são indevidamente desconsiderados no processo de decisão e produzem lesão que o afetado não deve suportar. Erro grosseiro é a falsa representação dos fatos ou do direito aplicável, que fundamenta ação ou omissão lesiva, evitável, antijurídica, grave e indesculpável” Por outra perspectiva, uma segunda definição pode olhar para o percurso decisório e, observado o contexto, identificar no tempo o grave incumprimento do dever de diligência exigível. Nesse caso, o erro grosseiro confunde-se com a própria omissão grave no cumprimento da diligência exigível do administrador público quando da consideração do contexto fático e normativo antecedente da ação ou omissão.

Como bem aponta Paulo Modesto²⁰, no artigo doutrinário acima apontado, o controle público da atividade administrativa exige atuação

¹⁸ BITTENCOURT, Sidney. *Nova Lei de Licitações Passo a Passo*. Belo Horizonte: Forum, 2022, p. 502.

¹⁹ MODESTO, Paulo. O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza. *CONJUR* – publicado em 30.07.2020. Disponível em: conjur.com.br/20-2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza. Acesso em: 10 nov. 2022.

²⁰ MODESTO, Paulo. *Op. cit.*

com boa-fé, segurança jurídica e motivação, tanto por parte do administrador público e o controlador público devem, quanto dos atos do agente público. Os órgãos de controle, por sua vez, apresentam ônus de argumentação e deveres de motivação. Lembra o mencionado jurista que a motivação do controlador deve incluir hoje também a indicação das consequências jurídicas e administrativas de suas decisões, nos termos do art. 21, *caput*, da LINDB.

Esclarece, também, Paulo Modesto²¹, com propriedade, que, para se avaliar se o juízo administrativo é equivocado ou não, há necessidade de analisar as possibilidades do gestor e os meios à sua disposição para o enfrentamento e o controle da incerteza na tomada de decisão. Este entendimento, esclarece o jurista, harmoniza-se com o art. 22 da LINDB, que dispõe que deve se dar atenção ao contexto real na interpretação de normas administrativas, que devem ser avaliadas “[...] considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados [...]”, bem como “[...] as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente [...]” (§ 1º).

Os conceitos de conveniência e oportunidade empregados para identificar a discricionariedade são fluidos e, em consequência, há um espectro amplo para identificar se o caso atende ou não aos regramentos legais. Por este motivo, é muito importante a motivação específica do agente público e do controlador, para identificar se houve ou não o cumprimento das previsões legais.

Impõe-se que os entes que participam dos atos administrativos (tanto o agente público quanto ao controlador público) analisem as questões visando ao atendimento da boa-fé, cooperação, e que seja observada a segurança jurídica e atendida a obrigatoriedade de motivação dos atos do ente público. Os órgãos de controle também têm ônus de argumentação, deveres de motivação e devem atender, assim como os agentes públicos, o que prevê o art. 21, *caput* da LINDB, levando em conta, portanto, as consequências jurídicas e administrativas de suas decisões.

Ainda que haja urgência ou incerteza, isto não autoriza a dispensa do dever de eficiência, de boa administração, de avaliação dos riscos e consequências jurídicas, da análise detalhada dos fatos e dos custos,

²¹ MODESTO, Paulo. *Op. cit.*

da observância e do cumprimento das normas de cautela e dos procedimentos legais aplicáveis aos atos administrativos. A emergência pública pode reduzir e até mesmo elidir a responsabilidade pessoal do gestor por erros, se estes forem escusáveis ou inevitáveis, assumidos em circunstâncias de incerteza severa e preservados os deveres de confiança de que os atos foram realizados com diligência.

Paulo Modesto esclarece em seu artigo no *Conjur*, já acima apontado, que Pedro de Holanda Dionísio²² faz abordagem vanguardista, e sugere quatro critérios pragmáticos para identificar a escusabilidade do erro administrativo: 1) a presença de grau mínimo de diligência na instrução da decisão (quanto mais intensa a diligência e maior o espaço de tolerância, sendo essa diligência mínima calibrada pelo grau de urgência da medida, pela dificuldade de obtenção das informações e pela relevância da decisão; 2) proximidade do cargo ocupado pelo gestor do erro analisado (quanto menos próximo for o erro das funções e conhecimentos exigidos pelo cargo, maior será o espaço de tolerância ao erro; 3) grau de incerteza fática ou jurídica envolvida na decisão (quanto ao maior o nível de incerteza, maior o espaço de tolerância; e 4) grau de aderência na escolha realizada em relação aos dados coletados pelo administrador ao longo do processo decisório (quanto mais coerente for a decisão em relação às informações obtidas, maior também deverá ser o espaço de tolerância ao cometimento de equívocos).

Nos casos em que houver incerteza, há necessidade de analisar o grau de previsibilidade e evitabilidade do dano e se foram cumpridos os deveres de cuidado e avaliação diligente e informada. Esta situação é objeto de previsão no art. 28 da LINDB, que impõe a responsabilidade pessoal do agente em caso de dolo ou erro grosseiro.

Por sua vez, a Medida Provisória nº 966/2020 (que não chegou a ser transformada em lei porque não votada pelo Congresso) previa que o erro grosseiro é caracterizado como sendo “[...] o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia [...]” (art. 2º.).

Como bem aponta Paulo Modesto na obra acima já apontada, a responsabilidade pessoal de agentes públicos comuns é graduada, de modo que visa analisar a questão de modo realista e visa ao atendimento da

²² MODESTO, Paulo. *Op. cit.* e DIONÍSIO, Pedro de Holanda. *O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019. p. 115-162.

segurança jurídica, à semelhança do que é previsto para magistrados (art. 143, I, do CPC/2015, e art. 49 da LC 39/1979), membros do Ministério Público (art. 181, d, CPC/2015), advogados públicos (art. 184 do CPC/2015) e defensores públicos (art. 187 do CPC/2015).

No caso de erro grosseiro, há violação grave do dever de diligência que é exigido do agente público e ação ou omissão lesiva reprovável decorre da falsa e culposa representação do contexto fático jurídico. Considera-se, portanto, que se trata de culpa grave, no caso de erro grosseiro.

Conforme meu entendimento, não basta a interpretação equivocada da legislação e sua aplicação no caso concreto, para ensejar a caracterização do erro grosseiro. Há necessidade de que sejam descumpridas interpretações consolidadas sobre o tema, daquelas consolidadas pelos tribunais jurisdicionais ou pelos tribunais de contas ou, ainda, interpretações realizadas de forma sedimentada pela administração.

No Acórdão do TCU nº 2860/2018 – Plenário, o Relator (Min. Augusto Sherman) associou a ocorrência de erro grosseiro à “[...] conduta culposa do agente público quando se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto [...]”. O Min. Bruno Dantas, por seu turno, ressaltou que o erro grosseiro ocorreria com a “[...] negligência extrema, imperícia ou imprudência extraordinárias, que só uma pessoa bastante descuidada ou imperita comete [...]”.

Como examinado rapidamente nos tópicos anteriores, a lei estabelece os pressupostos para a contratação, sendo que os pressupostos relativos à dispensa de licitação são mais específicos e delimitados do que os relativos à inexigibilidade.

Como bem aponta Marçal Justen Filho²³, o reconhecimento da prática de infração, a eventual invalidação dos atos praticados e a eventual responsabilização do agente público e do particular devem ser efetuados com observância das normas da LINDB, como será analisado no item 4.2 deste trabalho.

Para que haja a responsabilização dos agentes, há necessidade de ocorrência de prejuízo, ou seja, não basta que o agente público adote indevida forma de licitação para ensejar a responsabilização. Há necessidade de que a contratação direta indevida ocasione prejuízo ao erário bem como necessidade de provar a existência do dano ao erário.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 955.

Sem a existência de dano ao erário não há incidência do art. 73 da Lei nº 14.133/2021. Neste sentido, a título de exemplo, manifestam-se Marçal Justen Filho²⁴, Guilherme Carvalho²⁵ e Juliano Heinen²⁶.

Como apontam Marçal Justen Filho²⁷, o dano ao erário não pode ser apenas presumido, nem pode haver a consideração de que houve dano ao erário apenas porque não foram obedecidos os todos os regramentos para a efetivação da dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Guilherme Carvalho²⁸ também sustenta que não há responsabilização por presunção, pois o legislador foi enfático ao apontar os vocábulos dolo, fraude ou erro grosseiro para ensejar a responsabilização do agente público e do contratado. Como aponta mencionado jurista, “[...] cabe, portanto, à administração pública o ônus de comprovar o prejuízo estatal [...]”. Incumbe, portanto, à administração demonstrar que houve o prejuízo, bem como comprovar que houve o sobrepreço ou superfaturamento na contratação, para ensejar a responsabilização pelo dano causado.

No mesmo sentido, encontra-se o posicionamento de Juliano Heinen²⁹, para quem compete ao Estado (ônus seu) demonstrar que ocorreu o prejuízo ao erário.

Por sua vez, somente é possível haver a incidência do art. 73 da Lei nº 14.133/2021 se estiver presente no processo de contratação direta indevida algum agente administrativo. Não é cabível atribuir apenas ao contratado a responsabilidade pela indenização ao ente público.

Há necessidade de analisar caso a caso os eventuais vícios das contratações diretas. Tais vícios decorrem do fato de não terem sido observados os mecanismos de controle e fiscalização que devem ser utilizados para manter a competição de forma adequada.

A ausência de licitação pode ensejar a oportunidade para desvios dolosos ou falhas culposas, havendo necessidade de analisar caso a caso concreto, para identificar o elemento subjetivo dos envolvidos e as circunstâncias em que se deram a contratação e se houve ou não danos.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* 955.

²⁵ CARVALHO, Guilherme, *op. cit.*

²⁶ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Lei 14.133/2021. 2. ed. São Paulo: JusPodium, 2022, p. 451.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* 955.

²⁸ CARVALHO, Guilherme, *op. cit.*

²⁹ HEINEN, Juliano. *Op. cit.*, p. 451.

Não é possível utilizar presunção de irregularidade em todas as contratações diretas. Há necessidade de analisar como o procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação se deu, para identificar se houve ou não irregularidade.

Concordo com Marçal Justen Filho³⁰, que esclarece que não se pode aceitar a tese formalista de que a ausência de licitação, por si só, ocasiona a responsabilidade de indenizar. Ora, como já indicado acima, há necessidade de apurar caso a caso, se houve o prejuízo. Há necessidade de identificar o valor desembolsado pela administração com aquele considerado adequado.

E, para identificar o valor adequado, devem ser utilizados os parâmetros previstos no art. 23 da Lei nº 14.133/2021, que prevê, em seu *caput* que o valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades da execução do objeto. Somente se pode falar em dever de indenizar por parte do agente público responsável e do contratado, se houver efetivo prejuízo ao erário.

Os parágrafos 1º a 5º do art. 23, por sua vez, apresentam os detalhes para a identificação do valor previamente estimado de contratação, bem como devem ser levados em conta para identificar se o valor desembolsado pela administração foi o adequado ou não.

Como bem aponta Marçal Justen Filho³¹, o art. 72 remete aos critérios do art. 23 da Lei nº 14.133/2021 para a fixação do valor estimado para a contratação. E é juridicamente impossível considerar que a contratação direta é equivocada, apenas porque a contratação não foi precedida de licitação. Se houve a estimativa de preço, não há possibilidade de afirmar que se tivesse ocorrido a licitação, poderia ter sido obtido preço menor. Somente é possível considerar que não houve regularidade, se o orçamento estimativo padecia de defeitos e imprecisões.

Ainda segundo o mesmo doutrinador, com o qual concordo, há duas ordens de fatores que ocasionam a contratação direta indevida:

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas* (Nova Lei 14.133/2021). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 956.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 956.

1) interpretação que infrinja a norma jurídica pertinente e 2) defeituosa avaliação das circunstâncias fáticas.

Por outro lado, em julgado publicado no DJe de 08.05.2020 o Colendo STJ decidiu:

Nos casos em que se discute a regularidade de procedimento licitatório, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a contratação direta de empresa prestadora de serviço, quando não caracterizada situação de inexigibilidade de licitação, gera lesão ao erário, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, dando ensejo ao chamado dano in re ipsa, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado, descabendo-se exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema. (STJ, AgInt n. Resp. 1.520.982/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma Dje 08.05.2020).

Considerando o que foi dito acima, no que toca à interpretação do art. 73 da Lei nº 14.133/2021, com base nas regras da LINDB (com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018), é possível que o Colendo STJ venha a rever o seu posicionamento, no sentido de que a contratação direta de empresa prestadora de serviço quando não caracterizada situação de inexigibilidade de licitação, gera lesão ao erário *in re ipsa*, passando a adotar o entendimento de que a administração é que deve demonstrar a existência do dano ao erário.

Como bem pondera Marçal Justen Filho, incumbe à autoridade administrativa determinar o sentido e a extensão das normas que disciplinam a contratação direta. Esta atuação pode apresentar defeito, o que acarreta uma contratação que não corresponde às existências previstas na norma.

Entretanto, incumbe levar em consideração que é vedada a adoção do crime de hermenêutica. Assim, se a interpretação é razoável e encontra amparo na legislação, não há que se falar em infração e aplicação do art. 73 da Lei nº 14.133/2021.

Mencionado dispositivo legal está em consonância com o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018. Isto significa que o agente público apenas responderá se houver dolo, fraude ou erro grosseiro em sua conduta.

Por sua vez, no que diz respeito ao membro da advocacia pública, o art. 53, parágrafo 6º, da Lei nº 14.133/2021 prevê que este será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico de que trata tal dispositivo legal.

Nos termos do que preleciona Marçal Justen Filho³², ocorre a contratação direta indevida quando o sujeito que atua na administração pública ignora a disciplina legal, desconsidera a orientação doutrinária e infringe a jurisprudência prevalente. Trata-se, portanto, de casos patológicos, que resultam em interpretação teratológica. Outra causa de contratação direta indevida é a defeituosa avaliação das circunstâncias da realidade (o agente considera que estão presentes os pressupostos fáticos previstos na norma legal), mas a falha ocorre na avaliação da realidade.

Pode se caracterizar, ainda, contratação direta indevida, quando se contrata particular destituído dos requisitos necessários para satisfazer a disciplina normativa.

Conforme está expressamente previsto no art. 73 da nº Lei 14.133/2021 serão responsabilizados pessoal e solidariamente pelo dano causado o contratado e o agente público.

Segundo Marçal Justen Filho³³, para que haja a responsabilização pessoal do particular contratado, há necessidade de conduta autônoma a ele imputável (ações ou omissões específicas pelo particular, que tenham contribuído ou dado oportunidade para a realização da contratação direta indevida).

Ainda consoante Marçal Justen Filho³⁴, a simples participação na contratação não é suficiente para ensejar a responsabilização do particular. Mencionado doutrinador considera que é indispensável a existência do elemento subjetivo reprovável (dolo, qual seja, consciência da ilicitude da contratação e vontade de participar desta irregularidade). Entende mencionado jurista que não existe elemento subjetivo apto a ensejar a responsabilização do particular quando este desconhece o defeito na atuação da administração e que, se existiam elementos objetivos indicando a validade da atuação administrativa, a participação do particular na contratação direta não autoriza a imputação de infração à ordem jurídica, não sendo possível imputar-lhe responsabilidade pela efetivação da contratação.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 956.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 957.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 957.

Discordo parcialmente do posicionamento de Marçal Justen Filho, considerando que a ninguém é dado alegar o desconhecimento da lei.

Como já apontado ao longo do presente trabalho, haverá necessidade de ser analisado cada caso concreto para identificar se haverá ou não responsabilização solidária do agente público e do contratado. Se estão presentes ou não os elementos anímicos (erro grosseiro, dolo ou fraude), bem como se está ou não presente o dano ao erário.

Isto porque há situações em que a interpretação da norma jurídica pode ensejar diferentes posicionamentos, não se podendo falar em punição do agente e do contratado apenas porque houve interpretação da norma de maneira diversa daquela apontada pela administração, se várias são as interpretações possíveis acerca da regra jurídica.

Pode ser citado como exemplo o seguinte, apontado por Ricardo Marcondes Martins³⁵: a Lei nº 8.666/93 proibia, em três dispositivos, a especificação da marca (art. 7º, parágrafo 5º; art. 15, parágrafo 7º; e art. 25, I). Mencionado jurista esclarece que, ao fixar a marca, a administração reduz o universo de participantes no certame. Entretanto, pondera o jurista que, apesar de tal previsão em lei, a doutrina e a jurisprudência admitem várias exceções à proibição. A Lei nº 14.133/2021, apesar de também vedar a preferência de marca no parágrafo 1º do art. 74, explicitou as exceções no art. 41, I, de modo parecido com o que está previsto no art. 7º da Lei nº 12.462/11 (Lei do RDC). Como indica referido doutrinador, “[...] evidente que a necessidade de padronização, em prol da economicidade e eficiência, pode justificar a fixação de marca e, pois, a redução do universo de afluentes (letras ‘a’ e ‘b’ do inciso I do art. 41) [...]”. Lembra, ainda, Ricardo Marcondes Martins que a lição do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello continua atual: “[...] se a fixação da marca singularizar o fornecedor, continua vedada, salvo se a marca for a única a atender a finalidade administrativa, vale dizer, se o bem for, em si, singular (letra ‘c’ do inciso I do art. 41) [...]”. Ora, neste caso, reputo que não poderia haver a responsabilização do agente e do contratado, ainda que tivesse ocorrido a dispensa de licitação de forma que inicialmente tivesse sido considerada equivocada por parte da administração.

³⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Inexigibilidade de Licitação: Comentários ao art. 74 da Lei 14.133/21. *in*: Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da; Arruda, Carmen Silvia L. de; Piccelli, Roberto Ricomini (Coord.). Lei de Licitações e Contratos Comentada – volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 360-361.

A responsabilidade solidária do contratado e do agente responsável pela contratação direta indevida se resume, no âmbito do art. 73, da Lei 14.133/2021, ao ressarcimento do dano causado à administração pública, que, segundo já examinado anteriormente, deve ser comprovado por esta. Em princípio, considero que pode haver até mesmo práticas conciliatórias, visando à reparação ao erário, nos termos do art. 151 da Lei nº 14.133/2021, que prevê que o cálculo das indenizações constitui direitos patrimoniais disponíveis, submetidos aos meios alternativos de solução de controvérsias. Neste sentido, a título de exemplo, encontra-se o posicionamento de Guilherme Carvalho³⁶.

Havendo dano, e tendo sido caracterizada uma das hipóteses previstas no art. 73, o agente público responsável e o contratado serão solidariamente responsáveis pelo ressarcimento, o que significa dizer que, nos termos do art. 264 do Código Civil, é possível a cobrança total do débito de qualquer um dos devedores, incumbindo a quem pagar cobrar as respectivas quotas partes dos demais.

Em resumo: respondem de forma solidária o agente público e o contratado, quando houver contratação direta indevida, por dolo, fraude ou erro grosseiro, incumbindo à administração a prova do dano ao erário. A boa fé dos envolvidos é presumida. A má-fé deve ser provada pela administração.

4.1 Erro grosseiro na pandemia da covid-19 (decisão do STF nas ADIS 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC/DF)

O STF já havia analisado a questão do erro grosseiro, no sentido de culpa grave, para responsabilização de agentes públicos, em algumas ocasiões, como, por exemplo, no que toca à responsabilização de agentes públicos a partir de decisões sobre sanções aplicadas a pareceristas públicos e situações semelhantes (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º.02.2008; MS 27867 AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 18.09.2012; MS 30928 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe-171.15.08.2016.

O Colendo STF, depois da vigência da Lei nº 13.655/2018, efetuou maior aprofundamento do tema, analisando também a questão do erro grosseiro, no julgamento do MS 3196 AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.11.2019, DJe-04-02.2020.

³⁶ CARVALHO, Guilherme. *op. cit.*

Em 13 de maio de 2020, foi editada a medida provisória nº 966, publicada no DOU de 14.05.2020 (dispunha sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19).

O art. 1º de referida Medida Provisória estabelecia que somente haveria a responsabilidade administrativa de agentes públicos por atos relacionados à emergência de saúde da covid-19 ou combate a seus efeitos econômicos e sociais no caso de ação ou omissão com dolo ou erro grosseiro. Em seu parágrafo 1º, ficou estabelecido que, como regra geral, não haveria responsabilização automática do agente público que tomasse decisão com base em opinião técnica, exceto se houvesse elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes. O artigo, em seu parágrafo 2º, estabelecia que o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implicaria responsabilização do agente público.

A Medida Provisória acima apontada, em seu artigo 2º, definia o erro grosseiro como o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

O art. 3º da Medida provisória acima apontada estabelecia os seguintes elementos que deveriam ser considerados para a identificação do erro grosseiro na conduta do agente público:

- I – os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;
- II – a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;
- III – a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;
- IV – as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público;
- V – o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive econômicas.

A medida provisória nº 966 de 13 de maio de 2020 perdeu a eficácia, em decorrência do término do prazo para sua votação no congresso, conforme verificado no *site* do Congresso Nacional³⁷.

³⁷ Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141949>. Acesso em: 10 nov. 2022.

Em 21 de maio de 2020, no julgamento das ADIS 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 – MC/DF, o Colendo STF analisou o conceito de erro grosseiro e aprofundou debates inéditos.

Na vigência da Medida Provisória nº 966 de 13 de maio de 2020, o E. STF (Rel. Ministro Luís Roberto Barroso) proferiu, por maioria de votos, decisão que concedeu o provimento parcial à cautelar e fixou interpretação conforme, tendo sido fixadas as seguintes teses:

- 1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.*
- 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da preocupação e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações e direitos.*

No julgamento do caso pelo STF houve a manutenção do art. 28 da LINDB, sem qualquer ressalva. Houve consenso entre os Ministros do STF sobre a importância de combate à inibição defensiva do gestor público submetido a orientações vagas e instáveis do controlador.

A maioria dos julgadores do E. STF entendeu que não basta exigir decisão do gestor baseada em pareceres técnicos fundamentados. Indicou-se na decisão do Supremo Tribunal Federal que o gestor e o parecerista devem observar as normas, critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacionais e nacionais reconhecidas, bem como dos princípios da precaução e prevenção.

Entretanto, tal decisão do E. STF criou, por certo, dúvidas nos gestores, sobre qual o entendimento técnico prevalente na comunidade científica para cada matéria a ser decidida pela administração pública. Será difícil identificar em outras modalidades de casos (diversos da pandemia) sobre qual o entendimento técnico pacificado, e, apesar disso, o gestor público não

estava ou estará isento de tomar uma determinada providência. Ademais, o parâmetro da comunidade científica pode ser alterado ao longo do tempo. Estas são questões que deverão ser analisadas em cada caso concreto, levando em conta suas especificidades.

Como bem aponta Paulo Modesto³⁸, a decisão do E. STF sobre a questão da responsabilidade dos administradores no âmbito da atuação na pandemia de covid-19 é digna de elogios, pois foi prudente e fundamentada, mas trouxe novos problemas ao cenário jurídico e não finaliza o debate sobre o que vem a ser o erro grosseiro em todo tipo de situações em que há incerteza de natureza grave.

Somente com a análise reiterada de casos diferentes com situações diversas pelos Tribunais poder-se-á falar em cristalização da jurisprudência sobre o assunto.

4.2 Necessidade de observância das regras da Lei de Introdução às Normas Brasileiras (LINDB), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, também no que se refere à aplicação do art. 73 da Lei nº 14.133/2021

Como já foi indicado acima, o reconhecimento da prática de infração às normas sobre dispensa/inexigibilidade de contratação, a eventual invalidação dos atos praticados e a eventual responsabilização do agente público e do particular devem ser efetuados com observância das normas da LINDB.

No que diz respeito à esta matéria, cumpre salientar que o art. 147 da Lei nº 14.133/2021, em posicionamento mais consentâneo com a realidade (do que as disposições da Lei nº 8666/93), prevê os casos de nulidade dos contratos em que se verifique irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento. Ainda consoante o mesmo dispositivo legal, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos aspectos discriminados nos incisos I a XI do art. 147 do diploma legal acima apontado.

A lei nº 8666/93 previa que os defeitos verificados acarretavam necessariamente a nulidade, cujos efeitos retroagiam à data do ato viciado. O defeito, acarretava, de forma compulsória, a invalidação do ato e desfazimento de todos os efeitos concretos que pudesse ter produzido.

³⁸ MODESTO, Paulo. *Op. cit.*

O STF havia firmado as Súmulas 346 (“A administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”) e 473 (“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”).

Entretanto, este posicionamento do STF, firmado com base na Lei nº 8666/93 já havia deixado de ser aplicado, no que toca à inconstitucionalidade, uma vez que o art. 27 da Lei 9868/1999 admitiu a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por sua vez, orientação semelhante foi prevista nos arts. 20 e 21 do Decreto-lei nº 46576/1942 (com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018).

Segundo os ditames da Lei nº 14.133/2021, o reconhecimento da existência de vício na contratação não impõe, necessariamente, a desconstituição do vínculo, com efeitos retroativos.

É admitida a preservação da licitação e do contrato, bem como a modulação dos efeitos da pronúncia do vício. Assim, eventualmente, uma contratação eivada de vícios pode ter sua execução preservada. Pode até mesmo ocorrer a determinação de medidas para eliminar os defeitos e os seus efeitos danosos. Se for o caso, é possível até mesmo a adoção de providências de cunho compensatório, destinadas a suprimir vantagens ou benefícios indevidos.

Esta orientação já vinha sendo utilizada há bastante tempo pelo TCU em situações específicas.

Ademais, a Lei nº 13.655/2018 acrescentou diversos artigos ao Decreto-Lei nº 4657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), que visam reduzir a insegurança jurídica e tratar das decisões de invalidação dos atos administrativos. E a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 5º,

expressamente reconhece a aplicação das normas da LINDB às situações tratadas na Lei nº 14.133/2021.

Regra importante para o tema encontra-se no art. 20 da LINDB que prevê: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”.

Incumbe à autoridade examinar os atos e os valores jurídicos concretos, realizando juízo de ponderação entre os atos praticados e as consequências jurídicas do que será decidido.

E o parágrafo 1º do art. 20 dispõe que:

[...] motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas [...].

O art. 21, parágrafo único, da redação atualizada da LINDB prevê:

[...] a decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais não podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivas.

Assim sendo, a LINDB admite que seja sanado o ato jurídico nos casos em que os efeitos de seu desfazimento sejam excessivamente nocivos. A decisão de invalidação do ato administrativo deve considerar as consequências e sopesar o que ocasionará mais danos: a manutenção ou o desfazimento do ato.

O art. 22 prevê que:

[...] na interpretação das normas sobre gestão pública serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

E o parágrafo 1º dispõe que:

[...] em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas³⁹ indicam que muitas vezes os juízos são realizados pelos órgãos fiscalizadores, quanto aos atos praticados pelos agentes públicos, muito tempo após a conduta e que este distanciamento temporal acaba atrapalhando a avaliação e acabam deixando de ser analisadas e ponderadas circunstâncias que não podem ser desconsideradas pelos órgãos de controle. Com base neste fato, reputam que o art. 22 da Lei nº 13.655/2018 propicia a utilização do pragmatismo no âmbito do Direito Administrativo sancionador.

Verifica-se, portanto, que tais regras impõem à autoridade que realizará o controle da validade do ato administrativo a obrigação de avaliar em que circunstâncias se deu a conduta das partes envolvidas. Isto é importante porque, muitas vezes, o agente público não dispunha de condições materiais, de recursos ou de conhecimento para ter conduta diferente.

Há o dever de contextualização, devendo ser consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes ligadas à atuação do agente público (art. 22, parágrafo 2º), bem como deve ser efetuada a dosimetria das sanções, levando em conta sanções anteriores da mesma natureza e relativas aos mesmos fatos (art. 22, parágrafo 3º).

Estas regras se relacionam a dois temas do Direito Administrativo Sancionador: a pluralidade de regimes incidente sobre os particulares e a aceitação ou não do *bis in idem*. A nova LINDB trata destes temas, como será analisado no tópico 4.3. deste trabalho.

O art. 27 prevê que:

[...] a decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação

³⁹ AZEVEDO MARQUES, Florianio de. O art. 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. *CONJUR*. 22 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. acesso em: 10 nov. 2022.

por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

Ora, todas estas normas devem ser ponderadas no momento de aplicar a penalidade e responsabilização por ter sido efetuada dispensa ou inexistência de licitação de forma indevida, lembrando-se que, para a responsabilização, o ato deve ter sido praticado com dolo, fraude ou erro grosseiro e deve ter ocasionado danos ao erário (dano este que deverá ser bastante sopesado), considerando as circunstâncias de cada caso concreto, como já analisado anteriormente.

4.3 Não aplicação de dupla penalização na esfera administrativa/cível (*non bis in idem*)

Como bem aponta Carlos Ari Sundfeld, a partir da década de 1980, o Brasil vivenciou a luta pela redemocratização e seus desdobramentos, sendo que os órgãos de controle se tornaram mais fortes e ativos. Surgiram novas instâncias de fiscalização, como a Controladoria-Geral da União (CGU), bem como novas leis que previram competências sancionadoras, a exemplo da LAC e da Lei de Ação Civil Pública (LACP)⁴⁰.

O Brasil passou, a partir de então, a contar com forte controle múltiplo, composto por diversos órgãos, como o Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas e as controladorias internas. Muitas vezes, atuam de forma simultânea sobre as mesmas situações e com soluções sancionadoras variadas.

Esclarece Carlos Ari Sundfeld⁴¹ que a expansão das possibilidades de aplicação de sanções deu margem à ocorrência de aplicação de penalidades com efeitos muito parecidos ou mesmo idênticos, contra o mesmo agente,

⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo – O novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Forum, 2022, p. 147.

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 148. Mencionado jurista cita em nota de rodapé relativa ao assunto que Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Palma defendem, nesse cenário, que haveria falta de articulação entre as instituições de controle, na medida em que seriam poucas as iniciativas de cooperação entre os entes. A cooperação estaria, ainda, restrita à fase de investigação e à instrução processual, preservando-se a autonomia de cada ente para conduzir o seu próprio processo de responsabilização (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bornarcorci de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: Perez, Marco Augusto; Pagani, Rodrigo (coord). *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Forum, 2015, p. 33).

com base na mesma conduta, sendo provenientes de autoridades ou instâncias estatais diferentes, tanto administrativas quanto judiciais.

Carlos Ari Sunfeld sustenta que, inicialmente, prevaleceu na jurisprudência e na literatura especializada a ideia de independência das sanções. Segundo este posicionamento, as sanções provenientes de autoridades ou instâncias diferentes não seriam propriamente repetições, ainda que aplicadas em decorrência da mesma irregularidade. O STF, por exemplo, sustentou em várias ocasiões que a possibilidade de punição em jurisdições sancionadoras diversas não importava em punição reiterada.

Como houve fragmentação dos regimes sancionadores de forma exponencial, houve movimento de reação ao crescimento do direito administrativo sancionador. Atualmente, para fins da nova LINDB, é relevante a preocupação com os critérios de dosimetria das sanções.

Afirma Carlos Ari Sunfeld⁴² que:

[...] a reação ao crescimento da atividade pública sancionadora levou o mundo público a retomar a discussão sobre a possível aplicabilidade, na esfera administrativa, da tradicional ideia do non bis in idem. Passou a defender a necessidade de utilizá-la como critério para aplicação de sanções relativas a questões administrativas, o que estava adormecido até então.

Esta preocupação esteve presente, tanto que foi incluído o parágrafo 3º ao art. 22 da Lei nº 13.655/2018, quando ainda se tratava de anteprojeto de lei.

Esclarece o mesmo jurista⁴³ que administrativistas passaram a defender que a vedação ao *bis in idem* seria aplicável em todos os sistemas de responsabilização movimentados em torno do direito administrativo sancionador, mesmo nos casos em que se atribua independência ou autonomia decisória a órgãos e entidades. O fundamento seria o dever constitucional de proporcionalidade.

A norma que atualmente pode ser invocada para embasar este entendimento de vedação ao *bis in idem* é o art. 22, parágrafo 3º,

⁴² SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 149.

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 149-150.

da Lei nº 13.655/2018, que prevê: “[...] as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato [...]”.

Embora tal norma se apresente em versão mitigada, contém parâmetros para a sanção-controle, bem como para a sanção-regulação.

O *non bis in idem* não foi acolhido em sua versão mais rígida, pois não se proibiu a dupla sanção pelo mesmo fato. Entretanto, o mencionado dispositivo legal prevê que devem ser consideradas as sanções anteriores na dosagem das posteriores e, com isso, sugeriu que, em função do dever de proporcionalidade, haveria vedação à aplicação de várias sanções de origem diversa, a fim de evitar excesso sancionatório.

É certo que há discussão sobre a atividade estatal e quanto à polêmica em torno do “*non bis in idem*”.

Entretanto, como a Lei nº 14.133/2021 prevê que devem ser aplicadas, no âmbito das contratações públicas previstas naquela lei, as regras previstas na LINDB, entendo que é possível considerar que não é possível aplicar duas penalidades administrativas ou uma penalidade administrativa com uma cível, pelo mesmo fato que esteja caracterizado pelo art. 73 da Lei nº 14.133/2021.

O art. 73 prevê que podem ser aplicadas as sanções ali previstas, “[...] sem prejuízo de outras sanções cabíveis [...]”.

Entretanto, há uma imprecisão técnica, pois o art. 73 não fez referência apenas à penalidade criminal prevista no art. 337-E do Código Penal (inserido no Código Penal pelo art. 178 da Lei 14.133/2021).

Ora, o termo “outras sanções cabíveis” pode ser considerado como compreendendo a responsabilidade com base na Lei nº 8429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e no estatuto disciplinar do agente público.

Segundo minha ótica, não é possível, contudo, a aplicação cumulativa de penalidades de ressarcimento ao erário na esfera cível/administrativa, visando punir um mesmo fato. Com efeito, se houver vários processos ou procedimentos em trâmite, visando a apuração e punição em relação ao mesmo fato, como, por exemplo, procedimento administrativo, processo cível de ressarcimento ao erário, ação civil pública de improbidade administrativa ou ação com base na lei anticorrupção, a penalidade de ressarcimento ao erário será aplicada nos processos, mas o pagamento efetivo do valor da condenação relativa ao ressarcimento ao erário deverá ocorrer

uma única vez. Isto porque não é possível o locupletamento sem causa por parte da administração.

Ademais, incumbe salientar que o parágrafo 5º do art. 21 da Lei de Improbidade administrativa, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21 determinou que as penas eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos da Lei nº 8.429/92. Destarte, as sanções aplicadas no âmbito das licitações e contratos (art. 73 da Lei nº 14.133/2021) deverão ser consideradas na esfera da improbidade administrativa. No mesmo sentido do aqui apontado, encontra-se, a título de exemplo, o posicionamento de Juliano Heinen⁴⁴.

Em conclusão, se houver a contratação com dispensa ou inexigibilidade indevida, devem ser aplicadas as penalidades pertinentes na esfera cível/administrativa, de indenização ao erário, mas o valor que for fixado a título de indenização ao erário, deve ser abatido, por exemplo, de eventual sanção que venha a ser fixada a título de improbidade administrativa (desde que a situação também se enquadre nas hipóteses previstas na legislação pertinente).

Lembre-se que os atos irregulares praticados na vigência da nova lei de improbidade são passíveis de sanção apenas nas hipóteses de atos dolosos, nos termos da Lei nº 8429/92, com as alterações previstas na Lei nº 14/230/2021.

E os atos que ensejam indenização ao erário, nas hipóteses do art. 73 da Lei 14.133/2021 são os decorrentes de dolo, fraude ou erro grosseiro (neste se enquadra a hipótese de culpa grave), como analisado no presente trabalho.

Ressalte-se que a contratação direta indevida não se confunde com contratação direta ilegal, prevista no art. 337-E do Código Penal Brasileiro:

*[...] admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.
Pena – reclusão, de quatro a oito anos, e multa.*

A contratação direta indevida é diferente da conduta criminal. Isto porque a contratação direta indevida não ocasiona os mesmos resultados

⁴⁴ HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Lei 14.133/2021. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 451.

da contratação direta ilegal, que requer dolo específico. No mesmo sentido do que aqui apontado, manifesta-se Guilherme Carvalho⁴⁵.

É possível a cumulação das penalidades da esfera cível/administrativa com a penal, porque ambas apresentam naturezas distintas e não se confundem. No mesmo sentido, a título de exemplo, o posicionamento manifestado por Edilson Pereira Nobre Júnior⁴⁶.

Por fim, incumbe lembrar que o art. 159 da Lei 14.133/2021 dispõe que:

[...] os atos previstos como infrações nesta lei ou em outras leis de licitações e contratos da administração pública e que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

Edilson Pereira Nobre Júnior, no artigo jurídico acima já referenciado, sustenta que lhe causa espécie a admissão do *bis in idem* no art. 159 da Lei 14.133/2021, prevendo que as penas de penas desta e as da Lei nº 12.846/2013 sejam aplicadas aos mesmos fatos num mesmo procedimento.

Entretanto, e respeitado o posicionamento do nobre jurista, considero que aquilo que o art. 159 da Lei 14.133/2021 efetivamente prevê é tão somente que o mesmo fato que infrinja atos previstos em mencionada lei ou em outras leis de licitações e contratos da administração pública serão apurados e julgados em um mesmo procedimento. Mas isso, contudo, não significa que haverá aplicação de penalidade dupla ou múltipla para o mesmo fato. Reputo que o art. 159 se amolda aos intentos da LINDB, vedando o *bis in idem* na aplicação de penalidade da esfera cível/administrativa.

Conclusão

1. Segundo as normas constitucionais, a efetivação de licitação é a regra. A própria Constituição, entretanto, faz ressalvas à sua realização.

⁴⁵ CARVALHO, Guilherme. *Op. cit.*

⁴⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A vedação do 'bis in idem' e as sanções administrativas. *JOTA*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/a-vedacao-do-bis-in-idem-e-as-sancoes-administrativas>. Acesso em: 10 nov. 2022.

2. As hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas no art. 74 da Lei 14.133/2021 contém rol exemplificativo (*numerus apertus*), diferentemente das hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 75 do mesmo diploma legal, que são *numerus clausus*. O art. 76 de referida lei contém hipóteses de licitação dispensada (também em *numerus clausus*).

3. Nos termos do art. 73 da Lei 14.133/2021, respondem de forma solidária o agente público e o contratado, quando houver contratação direta indevida, por dolo, fraude ou erro grosseiro, incumbindo à administração a prova do dano ao erário. A boa fé dos envolvidos é presumida. A má-fé deve ser provada pela administração.

4. Deve ser analisado cada caso concreto, bem como suas especificidades, para identificar se haverá ou não a responsabilização solidária do agente público e do contratado.

5. Para configurar a contratação irregular (direta indevida), há necessidade das condutas de agente público e do contratado, que responderão solidariamente, por terem atuado com dolo, fraude ou erro grosseiro, causando dano ao erário.

6. O E. STF analisou o que vem a ser erro grosseiro no âmbito da pandemia da covid-19 (decisão do STF nas ADIS 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC/DF). Entretanto, não é possível identificar se tal posicionamento também será utilizado para questões envolvendo outras situações fáticas.

7. Aplicam-se as regras da LINDB com a redação trazida pela Lei 13.655/2018, para interpretação e aplicação do art. 73 da Lei 14.133/2021.

8. Não é possível aplicar a penalidade prevista no art. 73 da Lei 14.133/2021, sem haver a compensação com outras penalidades aplicadas na esfera administrativa ou cível, sob pena de *bis in idem*. Tal entendimento deflui do art. 159 da Lei 14.133/2021 e do ordenamento jurídico, em especial do art. 22 da LINDB.

9. A sanção da esfera cível/administrativa não se confunde com a criminal, de modo que não há *bis in idem* em aplicação de sanções que envolvam estas duas esferas de atuação no que se refere a um mesmo fato.

Bibliografia

ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. Novas Hipóteses de Dispensa de Licitação da Lei 14.133/2021. *in*: Piccelli, Roberto Ricomini (coord.). *Lei de Licitações e Contratos Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. v. 2.

Lei de Licitações e Contratos Comentada – volume II.

BITTENCOURT, Sidney. *Nova Lei de Licitações Passo a Passo*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2023.

CAMPOS, Flávia. *Comentários à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Foco, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Guilherme. Da contratação direta indevida prevista na Lei n. 14.133/2021. *Conjur*, Brasília, DF, 17 set. 2021. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-17/licitacoes-contratacao-direta-indevida-prevista-lei-141332022>. acesso em: 10 nov. 2022.

Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da; Arruda, Carmen Silvia L. de; DIONÍSIO, Pedro de Holanda. *O Direito ao Erro do Administrador Público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

FEDERIGH, Wanderley José. A licitação: Notas sobre a sua Dispensa e Inexigibilidade. *in*: Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da; Arruda, Carmen Silvia de; Piccelli, Roberto Ricomini (coord.). *Lei de Licitações e Contratos Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. v. 2.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Lei 14.133/2021. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas* (Nova Lei 14.133/2021). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O art. 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo Sancionador. *Conjur*, Brasília, DF, 22 jul. 2018. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opinio-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. acesso em: 10 nov. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bornarcorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: Perez, Marco Augusto; Pagani, Rodrigo (coord). *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Fórum, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Inexigibilidade de Licitação: Comentários ao art. 74 da Lei 14.133/2021. in: Cunha Filho, Alexandre Jorge Carneiro da; Arruda, Carmen Silvia de; Piccelli, Roberto Ricomini (coord.). *Lei de Licitações e Contratos Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. v. 2.

MODESTO, Paulo. O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza. *Conjur*, Brasília, DF, 20 jul. 2020. Disponível em: conjur.com.br/20-2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza. Acesso em: 10 nov. 2022.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A vedação do ‘bis in idem’ e as sanções administrativas. *JOTA*, Brasília, DF, 10 ago. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opinião-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/a-vedacao-do-bis-in-idem-e-as-sancoes-administrativas>. Acesso em: 10 nov. 2022.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SADI, Mário. Comentário Geral ao Capítulo IX da Lei 14.133/2021. Os quatro artigos. in: Cunha Filho, Alexandre Jorge da; Arruda, Carmen Silvia de; Piccelli, Roberto Ricomini (coord.). *Lei de Licitações e Contratos Comentada – Lei 14.133/2021*. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

SARAI, Leandro. *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 14.133/2021*. Comentada por Advogados Públicos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil* (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos). 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. v. 1.

Silva, De Plácido e. *Vocábulo jurídico*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo – O novo olhar da LINDB*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

THAMAY, Rennan; GARCIA Júnior, Vanderlei; MACIEL, Igor Moura; PRADO, Jhonny. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada e Referenciada*. São Paulo: Saraiva-Jur, 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

