

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
ADMINISTRATIVO

Nayana Zanella Cella

A DISPENSA DE LICITAÇÃO: CONSEQUÊNCIAS
JURÍDICAS DA EMERGÊNCIA “FABRICADA”

Brasília - DF

2012

Nayana Zanella Cella

**A DISPENSA DE LICITAÇÃO: CONSEQUÊNCIAS
JURÍDICAS DA EMERGÊNCIA “FABRICADA”**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. MSC. André Luís de Carvalho

Brasília - DF

2012

Nayana Zanella Cella

**A DISPENSA DE LICITAÇÃO: CONSEQUÊNCIAS
JURÍDICAS DA EMERGÊNCIA “FABRICADA”**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. André Luís de Carvalho

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Esta monografia trata do princípio constitucional da licitação enfatizando a contratação direta emergencial realizada pela Administração Pública em decorrência da dispensa de procedimento licitatório amparado no Art. 24, inciso IV da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Aborda os aspectos relacionados aos casos de dispensa de licitação pública expressamente previstos no art. 24 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, analisando especialmente a hipótese de dispensa por emergência de situação fática. Dá ênfase às situações emergenciais reais para dispensa de licitação destacando especialmente a chamada emergência “fabricada”.

Palavras-chave: Licitação. Contratação direta. Dispensa. Emergência. Emergência “fabricada”

ABSTRACT

This monograph deals with the constitutional principle of licitation, emphasizing the emergency direct contract that is performed by the Public Administration in cases when the licitation procedure is not required. This kind of contract is established by the article 24, section IV of the Federal Law n° 8.666 from June, 21 of 1993. Besides, the present work discusses the aspects regarding the causes of public licitation remission which are expressed written in the article 24 of the licitation and Administrative Contracts Law, and it specially analyzes the hypothesis of the emergency dispense due to factual situations. Finally, it emphasizes the real emergency situations that cause dispense of public licitation, specially the one known as “fabricated” emergency.

Key-words: Licitation, direct contract, dispense, emergency, emergency “fabricated”

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 LICITAÇÃO	10
1.1 Conceitos	11
1.2 Finalidades	12
1.3 Princípios.....	13
1.3.1 Princípio da Legalidade	14
1.3.2 Princípio da Impessoabilidade.....	14
1.3.3 Princípio da Moralidade.....	15
1.3.4 Princípio da Isonomia	15
1.3.5 Princípio da Publicidade	16
1.3.6 Princípio da Probidade Administrativa	17
1.3.7 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	17
1.3.8 Princípio do julgamento objetivo	18
1.3.9 Princípio da sindicabilidade da licitação (ou da fiscalização da licitação pelos interessados ou qualquer cidadão).....	19
1.4 Modalidades	19
1.5 Exclusão da obrigação de licitar.....	21
2 LICITAÇÃO DISPENSÁVEL (ART. 24 DA LEI Nº 8.666/93)	25
2.1 Noções gerais.....	25
2.1.1 Princípios pertinentes à dispensa de licitação	27
2.1.2 Casos de licitação dispensável	29
2.1.3 O caso da emergência.....	31
2.1.3.1 Noções.....	33
2.1.3.2 Diferença entre emergência e calamidade pública.....	34
2.1.3.3 A imprevisibilidade	36
2.1.3.4 A imprevisibilidade e contingenciamento do orçamento.....	37
2.1.3.5 O risco.....	38
2.1.3.6 Limitação temporal e do objeto.....	39
2.1.3.7 Validade da contratação direta – requisitos.....	42
2.1.3.8 O contrato emergencial	42
3 CONTRATAÇÃO DIRETA.....	45
3.1 Aspectos legais	46
3.1.1 Na Constituição Federal.....	46

3.1.2 Competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios	48
3.1.3 As normas supletivas.....	48
3.2 Procedimentos para a contratação direta: noções.....	49
3.2.1 Processos de contratação direta.....	51
3.2.2 Fases.....	52
3.2.3 Instrução do Processo	55
3.2.4 Justificativa da Contratação Direta, da escolha do contratado e do preço	56
3.5 Validade da proposta	57
3.6 Autoridade superior	57
3.7 Publicação.....	58
3.8 O contrato sem licitação	59
4 A QUESTÃO DA CHAMADA EMERGÊNCIA FABRICADA.....	61
4.1 Noções gerais.....	61
4.1.1 Quando provocada pela desídia do administrador	63
4.1.2 Quando provocada com vontade de produzir ato danoso ao erário (art. 70, CF).....	64
4.1.3 A responsabilidade do administrador	65
4.1.4 Sanções administrativas, penais e civis aplicáveis.....	66
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

É dever da Administração Pública tutelar o interesse público. Para realizar esta função os gerenciadores desses interesses dispõem de instrumentos jurídicos que prescrevem normas que os auxiliam visando ao melhor desempenho na execução dessas funções.

As funções a serem cumpridas pela Administração Pública encontram-se distribuídas nos mais diversificados segmentos, seja para a produção de bens, prestação de serviços, enfim, um conjunto de atividades. Na consecução de algumas delas a Administração Pública recorre a terceiros por meio da celebração de contratos administrativos.

A celebração desses contratos é ordenada pelos dispostos no art. Artigo 37, inciso XXI da Constituição de 1988, complementados pela Lei nº 8.666/93 e subseqüentes alterações, que trata do instituto da licitação que é a regra fundamental a ser cumprida pela Administração Pública na celebração de tais contratos.

A licitação corresponde ao processo administrativo voltado à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação desejada pela Administração Pública e necessária ao atendimento do interesse coletivo, ressalvadas as exceções previstas em lei, aplicadas aos contratos administrativos que envolvam compras, serviços, alienações e obras.

Mesmo que licitar seja a regra, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de dispensa de licitação pública para dar atendimento àquelas situações que demandam necessidades especiais. Assim sendo, a Administração Pública tem ao seu dispor alternativas, dentre as quais destacamos a Contratação Direta, haja vista configurar a situação em que se aplica a dispensa por emergência, que faz parte da abordagem deste trabalho.

A problemática deste trabalho é a questão da licitação dispensável por emergência, em especial a questão da emergência “fabricada”. Para uma melhor

compreensão do tema aborda-se inicialmente os conceitos de licitação, os aspectos relacionados à contratação direta e os casos de dispensa de licitação, para então se deter na questão da emergência “fabricada”.

1 LICITAÇÃO

A adequada aplicação dos recursos públicos requer uma série de procedimentos para que as finalidades às quais se destinam sejam cumpridas com responsabilidade, sem prejuízo ao erário devido a má aplicação desses recursos, mesmo quando é necessário executar obras, serviços, compras e alienações, assegurando transparência e viabilizando uma correta administração desses recursos.

No Brasil vêm sendo adotadas medidas objetivando a melhoria da Administração Pública. Esses procedimentos vêm sendo construídos ao longo de décadas. Entretanto o ordenamento legislativo desses procedimentos foi consolidado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que passa a ser o instrumento norteador para os atos praticados pelos gestores da Administração Pública brasileira contemporânea.

Aos princípios previstos na Constituição Federal de 1988 submete-se qualquer um dos integrantes da Administração Pública, direta ou indireta, cujo preceito máximo é a obrigatoriedade de se promover licitação quando da aplicação dos recursos públicos, visto que este procedimento possibilita a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração e conseqüentemente uma melhor aplicação dos recursos públicos.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros entecipadamente estabelecidos e divulgados.¹

Por mais que a licitação apresente características complexas, este procedimento é a forma mais equilibrada encontrada pelo Estado para contratar, buscando sempre a melhor proposta para a Administração Pública.

¹ *Curso de Direito Administrativo*, p.481

Ilustres doutrinadores brasileiros têm contribuído para uma melhor compreensão da matéria em apreço, de modo que o tópico a seguir apresenta mais conceitos sobre o tema.

1.1 Conceitos

No Estado democrático brasileiro temos na Constituição o lineamento para o funcionamento das atividades políticas e administrativas. Nela estão estabelecidas as normas e os princípios que regem os atos dos governantes ou daqueles que são responsáveis pela coisa pública.

O capítulo que versa sobre as disposições gerais para a Administração Pública determina em seu Artigo 37, inciso XXI, que serviços, alienações, obras e compras devem obrigatoriamente ser contratados por meio de processo de licitação pública.

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, foi regulamentado pela Lei nº 8.666, de 1993, que estabeleceu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Licitação é um procedimento administrativo cuja finalidade é garantir respeito ao princípio constitucional da isonomia e assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sem prejuízo de, na mais nova dicção legal, promover ainda o desenvolvimento nacional sustentável. Diógenes Gasparini afirma que licitação pode ser conceituada como:

[...] o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.²

² *Direito administrativo*. p. 477.

Diz-nos o professor Celso Antônio Bandeira de Mello que:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.³

A celebração de um contrato pela Administração Pública deverá ser precedida por uma Licitação, de tal modo que Hely Lopes Meireles preceitua licitação como sendo:

[...] o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.⁴

A necessidade de sua realização pode estar vinculada a um contrato ou a um ato que se quer celebrar. E a realização deste procedimento está vinculada a qualquer negócio desejado pela entidade e à seleção da melhor proposta que possa ser atendida por mais de um interessado.

1.2 Finalidades

A finalidade básica da licitação é o atendimento do interesse público, por meio da busca da proposta mais vantajosa, observando-se os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e de todos os demais princípios que lhe são correlatos.

³ *Curso de direito administrativo*. p. 514.

⁴ *Direito administrativo brasileiro*. p. 274-275.

Diógenes Gasparini afirma que são duas as finalidades da licitação: a primeira é a obtenção da proposta mais vantajosa e que melhor atenda aos interesses do licitante, e o segundo, propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com essas pessoas.⁵

Segundo Diógenes Gasparini, a finalidade da licitação é:

[...] eleger a proposta que melhor atende as regras divulgadas e determinadas antecipadamente para a celebração de uma relação contratual que atenda a uma determinada necessidade. Portanto, é obrigatória na execução de obras e contratação de serviços consoante as finalidades previamente definidos nos projetos básicos e executivos e devidamente aprovadas pelos gestores administrativos.⁶

Toda licitação está submetida a princípios irrelegáveis no seu procedimento sem o que se corre o risco de invalidar todas as suas etapas. O procedimento licitatório é uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento e o contrato subsequente.

A licitação tem como finalidade selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Logo, como regra geral, é dada prioridade à proposta de menor preço, porém, em alguns casos, a técnica pode prevalecer.

1.3 Princípios

Os princípios norteadores da licitação, independente de sua modalidade, e de acordo com o art. 3º da Lei de Licitação, de maneira simplificada são os seguintes: princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da isonomia, princípio da publicidade, princípio da probidade administrativa, princípio da vinculação ao instrumento convocatório, princípio do julgamento objetivo

⁵ *Direito administrativo.* p. 477.

⁶ *Id. Ibid.* p. 477.

e princípio da sidicabilidade da licitação (ou da fiscalização da licitação pelos interessados ou qualquer cidadão), os quais merecem breve exame individualizado a seguir.

1.3.1 Princípio da Legalidade

“[...] III- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei; [...]”⁷. É este princípio que, aliado à legalidade administrativa estatuída no art. 37 da CF88, obriga a Administração Pública a proceder segundo os ditames da Constituição e demais leis, quando necessita contratar serviços ou alienar bens, comprar ou executar obras. Deixar de observar este princípio poderá comprometer todo o processo licitatório, podendo até mesmo ser passível de nulidade.

1.3.2 Princípio da Impessoabilidade

A aplicação deste princípio evita que, por exemplo, Administração Pública expresse a preferência por uma específica empresa. Impede também que critérios subjetivos interfiram na escolha daqueles que irão prestar os serviços. E a sua inobservância pode causar prejuízo ao processo e até mesmo a nulidade do processo.

⁷ BRASIL. Vade mecum universitário de direito rideel. p. 51.

1.3.3 Princípio da Moralidade

Este princípio se refere à conduta dos participantes da licitação, que devem primar pela ética e moral. A finalidade é fazer que a licitação seja baseada pela honestidade e seriedade, onde o interesse coletivo sobreponha-se ao interesse dos participantes, de modo que a disputa deve ser honesta entre eles. Devem guardar postura moralmente correta perante os demais competidores e a Administração. Logo, este princípio se impõe não apenas ao longo da licitação, mas também durante toda a execução contratual, destacando-se que uma conduta moralmente incorreta pode levar à nulidade do processo.

Nesse sentido, podemos mencionar o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz:

[...] o princípio da moralidade impõe não ser razoável que os recursos captados da população sejam canalizados, sem competição, para esse ou para aquele, segundo as conveniências ou as preferências do administrador⁸

1.3.4 Princípio da Isonomia

Tal medida permite que a Administração escolha a melhor proposta, ou seja, a que melhor preenche os requisitos estabelecidos no edital e ao mesmo tempo garante igualdade de direitos entre os participantes. Proíbe também a existência de privilégio entre qualquer participante do certame, quer seja privilégio concedido pela administração pública, pelo órgão licitante ou por outros órgãos da administração, quer seja privilégio causado por situações criadas pelo próprio Estado. E assim, de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União:

⁸ *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. p. 41

Nada obstante a existência do preceito constitucional da realização de licitação para as contratações públicas com o objetivo de melhor atendimento ao interesse público, assegurado o tratamento isonômico entre os participantes, não há que se olvidar que é também princípio constitucional o tratamento favorecido ,às empresas de pequeno porte (CF/88, arts. 170, IX, e 179), com o justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais. Creio que esses princípios não se antagonizam, ao contrário. Formam um todo harmônico em busca, justamente, da almejada isonomia, da igualdade.⁹

1.3.5 Princípio da Publicidade

Por este princípio obriga-se a Administração a publicar os principais atos do procedimento da licitação, como por exemplo, do julgamento e do edital. Este procedimento dá conhecimento aos interessados sobre a futura licitação, ao mesmo tempo em que garante à sociedade acesso aos documentos a ela referentes, de forma que a licitação atenda ao interesse público de forma transparente.

E é de acordo com esse princípio que são pautadas as decisões dos nossos Tribunais, consoante se comprova do Acórdão abaixo transcrito:

Se não é verdade que as potenciais interessadas seriam de Curitiba e que normalmente participam empresas de todo o país, por quê o edital foi publicado, além do DOU, apenas num jornal de Curitiba? O Decreto nº 3.555/2000 estabelece que no caso de bens e serviços de valor estimado em mais de R\$ 650.000,00, a publicação deve ocorrer em jornal de grande circulação regional ou nacional. Sem entrar no mérito se o jornal 'Gazeta do Povo' é um jornal de grande circulação regional, me parece que seria mais coerente com a própria realidade da Infraero apresentada pelos responsáveis, a publicação num jornal de amplitude nacional.

Apesar de não ter havido direta violação de dispositivo legal, considero que a publicação do edital em jornal apenas de Curitiba e a realização do Pregão em Porto Alegre, trouxe uma potencial restrição de competitividade ao certame, que acabou tendo apenas uma empresa participante.

São duas as questões abordadas: a da localização do certame e a da sua publicação. O edital do pregão foi publicado no D.O.U e no Jornal Gazeta do Povo, em Curitiba, em 02.04.2001. O pregão foi realizado em 17.04.2001 em Porto Alegre. Portanto, o pregão foi regido, ao menos no que tange à sua publicação e ao local de realização, pela Medida Provisória nº 2.108-12,

⁹ Acórdão nº 1.231/2008, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira

de 27 de março de 2001. De acordo com o art. 9º dessa MP, o pregão deveria ser regido, subsidiariamente, pela Lei nº 8.666/93.¹⁰

1.3.6 Princípio da Probidade Administrativa

É um preceito constitucional que segundo Hely Lopes Meirelles, pode levar a “[...] suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”¹¹. Mesmo sendo um dever de todo administrador público, a lei destaca tal princípio como forma de advertir as autoridades que promovem a licitação ou a julgam.

1.3.7 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Este princípio baseia-se no art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”¹². Assim, as propostas apresentadas à Administração devem obedecer plenamente aos termos estabelecidos no instrumento convocatório, edital ou carta-convite. Depois de publicado o instrumento convocatório não poderá ser alterado, salvo em situações atípicas. E os licitantes que porventura deixarem de atender aos requisitos do instrumento convocatório ou que não apresentarem documentação exigida estarão sujeitos a não serem considerados admitidos ou poderão ser inabilitadas, recebendo de volta o envelope-proposta, lacrado: mas, se

¹⁰ Acórdão nº 205/2006, 2ª C., rel. Min. Benjamin Zymler

¹¹ *Direito administrativo brasileiro*, p. 278.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 341.

após admitidas ou habilitadas, deixarem de atender às exigências relativas à proposta, elas serão desclassificadas. E aí segundo entendimento do STF:

Agravo Regimental. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Administrativo. Licitação. Edital. Impossibilidade de Ampliação do Sentido de suas Cláusulas. Art.37, XXI, CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V da Lei 8.666/93. Certidão Eleitoral. Prazo de Validade. Classificação do Recorrente e das Empresas Litisconsortes Passivas. Inexistência de Violação a Direito Líquido e Certo. 1. A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art.37, XXI, da CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V da Lei 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto. 2. As certidões de quitação das obrigações eleitorais, na ausência de cláusula do instrumento convocatório ou de preceito legal que lhes indique prazo, presumem-se válidas até a realização de novo pleito. 3. A habilitação das empresas litisconsortes passivas no certame, com o recorrente, não causa qualquer lesão a direito líquido e certo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.¹³

1.3.8 Princípio do julgamento objetivo

Significa dizer que o julgamento das propostas será feito com base no critério indicado no edital os quais não podem ir contra as normas e princípios estabelecidos em lei. Para fins de julgamento objetivo estabelece ainda os tipos de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço, e o de maior lance ou oferta. Como o legislador prioriza o critério de menor preço, as condições de rendimento, qualidade, eficiência, durabilidade, prazos de entrega, assistência técnica, garantia e outras relacionadas ao interesse público devem estar claramente definidas no edital, firmando parâmetros objetivos para averiguar estas condições, tanto pelos licitantes como pelos órgãos de controle.

¹³ AgRg no RMS nº 24.555/DF, 1ª T., rel. Min. Eros Grau

1.3.9 Princípio da sindicabilidade da licitação (ou da fiscalização da licitação pelos interessados ou qualquer cidadão)

O princípio da publicidade permite aos interessados ou a quaisquer cidadãos a fiscalização do uso do dinheiro público. Esse é o princípio fonte para o princípio da fiscalização da licitação pelos interessados ou qualquer cidadão. A Lei também prevê que estes possam impugnar editais, preços já registrados e até mesmo proceder ao acompanhamento das licitações e contratos. Pois, como bem ressaltado pelo Professor Diógenes Gasparini, a licitação não poderia atingir sua finalidade se a Administração não pudesse ser fiscalizada pelos administrados ¹⁴.

Estes são os princípios básicos, entretanto existem outros, como por exemplo: o princípio da competitividade e o princípio da padronização, que se aplicam nos casos de obras e serviços e nos casos de compras, todos do mencionado diploma legal.

1.4 Modalidades

Como já foi dito, a licitação é um procedimento em que uma sucessão de atos deve ser obrigatoriamente cumprida para que a Administração Pública possa escolher com qual proponente irá celebrar contrato.

Os objetivos a serem atingidos é que determinam a estrutura a ser adotada para a sua efetiva realização, haja vista que existem diversos tipos de contratos, cada um deles com especificidades distintas por sua importância ou natureza. Por essa razão foram criadas diversas modalidades de licitação que se adaptam aos objetivos de cada espécie de contrato.

¹⁴ *Direito administrativo*. p. 479.

Adilson de Abreu Dallari observa:

Uma primeira distinção possível diz respeito à finalidade de cada modalidade: a concorrência tem por objetivo a celebração de contratos de grande vulto; a tomada de preços se destina a contratos de valor médio e o convite aos contratos de pequeno valor [...]¹⁵

De acordo com o art. 22 da Lei nº 8.666/93, são cinco as modalidades:

- I – concorrência;
- II – tomada de preços;
- III – convite;
- IV – concurso;
- V – leilão.¹⁶

Concorrência é a modalidade genérica obrigatória em regra no caso de valores mais elevados e sempre é precedida de ampla publicidade na qual concorrem quaisquer interessados que preencham os requisitos estabelecidos.

Tomada de preços destina-se a transações de vulto médio, a participação nesta modalidade é restrita às pessoas previamente inscritas em cadastro administrativo, organizado de acordo com os ramos de atividades e a potencialidade dos eventuais proponentes.

Convite é a modalidade aplicável a relações que envolvem valores mais baixos, para tanto a Administração convoca pelo menos três pessoas que lidam com o objeto do convite. Concurso trata-se de uma disputa entre interessados que possuam a qualificação exigida.

E aí urge trazer à baila o entendimento jurisprudencial do nosso Egregio Superior Tribunal de Justiça, ao aduzir:

Na licitação pela modalidade convite devem participar ao menos três concorrentes, segundo o §3º do art. 22 da Lei 8.666/93. Não preenchido o número mínimo de participantes, pode a Administração anular o certame, com fulcro no art. 49 do mencionado diploma legal.¹⁷

Já o concurso trata de uma disputa entre interessados que possuam a qualificação exigida para realização de trabalho técnico, artístico e científico.

15 Aspectos Jurídicos da Licitação. p. 78

16 BRASIL. Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. P. 1551-1552

17 Resp nº 640.679/RS, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon

Leilão é utilizado para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou legalmente apreendidos ou adquiridos por força de execução judicial, ou, ainda para a venda de imóveis adquiridos via procedimento judicial ou dação em pagamento. E o seu uso, no caso de venda de bens móveis inservíveis, fica restrito quando o valor isolado ou global de avaliação destes não exceder o limite fixado para compras por tomada de preços.

De acordo com a Lei 8.888/93, artigo 26, são cinco as modalidades, entretanto, a Lei 10.520/2002, incorpora uma sexta modalidade que é o chamado “pregão”, originalmente regulado pela Medida Provisória 2.026/2000.

Então, a definição da modalidade de licitação será feita pela Administração Pública, considerando não apenas o valor da contratação como também a complexidade do objeto da licitação.

1.5 Exclusão da obrigação de licitar

Conforme determina a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, a regra é sempre o estabelecimento do procedimento licitatório para contratação provinda da Administração Pública Direta ou Indireta. Porém, a própria Constituição Federal admite hipóteses em que as instituições públicas ficam afastadas dessa obrigatoriedade. E, segundo a norma jurídica, as hipóteses são: licitação dispensada (art. 17, I e II), licitação dispensável (art. 24) e licitação inexigível (art. 25).

A licitação dispensada aplica-se em casos de transferência dominial de bens móveis e imóveis previstos no art. 17 da Lei 8.666/93. Diógenes Gasparini afirma que “[...] licitação dispensada é a ocorrência na realidade da hipótese legal que a Administração está liberada de licitar por expressa determinação dessa lei”¹⁸.

Ressalta-se que a lei dispensa apenas a promoção do procedimento da licitação, porém outras exigências, dentre elas: instauração de processo

¹⁸ *Direito administrativo*. p. 510

administrativo, autorização legislativa, existência do interesse público devidamente justificado, devem ser atendidas.

A licitação é dispensável segundo a conveniência da administração para dar atendimento às hipóteses em que o procedimento da licitação retardaria o atendimento imediato de um interesse público. Todavia, mesmo estando desobrigada do procedimento de licitação, a Administração Pública deve resguardar os princípios da moralidade administrativa e da economicidade quanto ao preço contratado. São casos de licitação dispensável (entre outros legal e exaustivamente estipulados):

- Obras e serviços de engenharia de pequeno valor;
- Serviços, menos os de engenharia, e compras de pequeno valor;
- Guerra e grave perturbação da ordem;
- Emergência e calamidade pública;
- Quando não acudirem interessados à licitação;
- Intervenção pela União no domínio econômico;
- Operação entre pessoa pública e órgão ou entidade que a integre;
- Comprometimento da segurança nacional;
- Compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração;
- Contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento;
- Compra de hortifrutigranjeiros, pão e gêneros perecíveis.¹⁹

Entretanto, mesmo nesses casos, compete à Administração optar, ou não, pela realização da licitação; é o que ensina Carlos S. Barros Júnior:

Tratando-se de exceção ao preceito da obrigatoriedade, é a licitação somente dispensável nos casos enunciados e neles se exaure. Por sua vez, sendo dispensável, pode a autoridade competente optar pela sua realização ainda nesses casos, como é óbvio.²⁰

Inexigibilidade de licitação ocorre quando há inviabilidade de competição, de tal modo que, por exemplo, a Administração precisa adquirir um bem ou contratar um determinado serviço, que possui características especiais e especificações singulares, e havendo apenas um determinado fabricante ou fornecedor, torna-se impossível a realização de licitação, pois nesse caso não há competidores, já que,

¹⁹ Id. Ibid. p. 522-535

²⁰ *Contratos Administrativos*. p. 36

por exemplo, o universo de competidores se restringe apenas a um único participante.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes afirma:

No caput do art. 25, estabelece a lei que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial, quando ocorrer uma das três hipóteses retratadas nos três incisos que anuncia. A expressão utilizada é salientada pela doutrina pátria para assegurar que se trata de elenco exemplificativo, firmando a assertiva de que os casos registrados não são os únicos.²¹

A regra de licitar para se obter a proposta mais vantajosa não se aplica por falta de concorrentes, entretanto para este procedimento ser validado é necessário uma justificativa assinada pelo agente responsável pela análise da viabilidade, ou não, da licitação. E os casos exemplificativos (não legalmente exaustivos) em que é inexigível a licitação são:

Aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;
 [...]

 Contratação de serviços técnicos profissionais especializados;
 [...]

 Contratação de artistas²².

Conforme se pode verificar a obrigatoriedade da licitação pública decorre de princípios jurídicos de alta relevância como: moralidade administrativa, impessoalidade e, sobretudo, isonomia, sobrepondo-se parcialmente ao que determina o regime jurídico administrativo que visa criar instrumentos para a satisfação e preservação do interesse público.

Ao contrário da obrigatoriedade, encontra-se a exclusão da obrigatoriedade de licitar, que se aplica nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa da mesma. A primeira refere-se à inviabilidade de licitação pública, não são prescritos taxativamente pelo legislador, nem precisam de norma jurídica que os autorize. A segunda requer específica previsão normativa, devendo o legislador enunciá-los, por obediência ao princípio da legalidade.

²¹ *Contratação Direta sem Licitação*. p. 530

²² GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. p. 250-256

Assim, a questão principal é avaliar em quais hipóteses é necessário e em quais não é necessário proceder à licitação pública, devendo elas, portanto, serem apreendidas sistematicamente, como um conjunto ordenado que se integra.

2 LICITAÇÃO DISPENSÁVEL (ART. 24 DA LEI Nº 8.666/93)

Ainda que seja uma exigência constitucional a licitação de obras, serviços, compras e alienações para a Administração Pública, direta, indireta e fundacional, o Estatuto de Licitações permite como ressalva ao dever de licitar, a contratação direta através de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, desde que preenchidos os requisitos da legislação.

Entretanto, nos casos em que o objeto do procedimento licitatório tem peculiaridades específicas a serem atendidas, a lei, e somente ela, pode autorizar a Administração a deixar de realizar licitação tornando-a dispensada, dispensável ou inexigível.

A definição da modalidade de licitação não deve ser feita unicamente em função do valor da contratação, de modo que deve-se considerar a complexidade do objeto da licitação, haja vista que toda licitação envolve uma relação entre custos e benefícios.

2.1 Noções gerais

Licitação dispensável é a possibilidade de celebração direta de contrato entre a Administração e o particular, nos casos estabelecidos no art. 24, da Lei 8.666/93 e posteriores alterações conforme as Lei 8.883/94 e Lei 9.648/98. A contratação administrativa pressupõe atendimento às necessidades coletivas e supraindividuais e por este motivo a ausência de contratação representaria um prejuízo para o bem público. Neste tópico destacamos as hipóteses em que a dispensa de licitação é aplicável.

A licitação dispensável constata-se nas situações em que, embora seja viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente com os valores norteadores da atividade administrativa.

Os casos de licitação dispensável, inseridos no artigo 24 da Lei de Licitações e Contratos e alterados pela Lei nº 9.648/98 e 9.648/98, respectivamente, são elencados ao longo de 31 incisos sobre os quais se expressam categoricamente as circunstâncias nas quais a Administração pode contratar diretamente sem ter de submeter ao rito das modalidades tradicionais recomendadas.

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Para que a situação possa implicar dispensa de licitação, deve o fato concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos. Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na lei, *numerus clausus*, no jargão jurídico, querendo significar que são aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação.²³

Nos casos em que a lei autoriza a não realização da licitação diz-se ser ela dispensável. Nesses casos a competição é possível, mas a lei autoriza a Administração a, segundo critério seu de oportunidade e conveniência, ou seja, mediante ato administrativo discricionário, dispensar a sua realização.

A Administração ao optar pela dispensa de licitação deve apresentar justificativa fundamentada que demonstre indiscutivelmente a sua conveniência, resguardando o interesse social público. Isto significa que o administrador, ao seu livre arbítrio, sem comprovada vantagem ao erário público e ao interesse precípua da Administração, não pode optar pela dispensa de licitação, posto que ela precisa ser conveniente, sob todos os aspectos, para o Poder Público.

A opção pela dispensa de licitação deve ser justificada pela Administração, comprovando indiscutivelmente a sua conveniência, resguardando o interesse social público, ou seja, o administrador, por sua vontade própria, sem comprovado cuidado com os recursos financeiros público e ao interesse da administração, não pode optar pela dispensa de licitação, pois, ela precisa ser aceitável, sob todos os aspectos para o Poder Público.

²³ *Contratação direta sem licitação*. p. 303.

2.1.1 Princípios pertinentes à dispensa de licitação

Dadas suas características peculiares, os processos de licitação dispensável não exigem a execução de todas as etapas formais indispensáveis num processo de licitação, contudo devem se submeter aos princípios constitucionais e administrativos referentes a tal processo: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade administrativa impostos à Administração Pública.

. **Princípio da Legalidade** – Este princípio obriga o administrador a cumprir o que está estabelecido em lei, ou seja, ao administrador cabe observar todas as normas descritas em lei para a escolha da proposta mais vantajosa ou mesmo na dispensa de licitação, nos casos descritos no art. 24 da Lei 8.666/93. A não observância do que está previsto em lei incorre em vícios insanáveis ou de nulidades absolutas. Segundo a doutrina são situações que configuram exceções a este princípio: Medida Provisória (art. 62, CF), Estado de Defesa (art. 136, CF) e Estado de Sítio (art. 139, CF). No caso da dispensa esta deverá ser prevista em lei e não fruto de artifício do administrador para eliminar a disputa.

. **Princípio da Impessoalidade** - Traduz-se na forma objetiva que o administrador deve adotar ao tomar suas decisões limitando seu julgamento tão-somente ao que versa o edital ou outro tipo de convocação, desconsiderando as vantagens ou condições pessoais de qualquer um dos interessados. Assim, o administrador não pode prejudicar pessoas em benefício de outras por um julgamento de forma subjetiva; deverá prevalecer o interesse público no uso de suas atribuições administrativas, portanto não deverão estar inseridas preferências subjetivas. É por meio deste princípio que se consegue chegar à razão de ser do processo licitatório, devendo o administrador atuar dentro dos princípios éticos. A contratação direta, ainda que prevista, não deverá ser objeto de protecionismo a um ou outro fornecedor.

. **Princípio da Moralidade/probidade** - Objetiva ajustar o comportamento ético do administrador público em seus atos administrativos de acordo com o que a lei autoriza e dando ênfase à moral, às regras da boa administração, aos bons

costumes, à boa fé, aos princípios da justiça e à equidade. Este princípio configura a idéia comum de honestidade. A conduta moralmente reprovável acarreta a nulidade do ato ou do procedimento. A moralidade é tomada como atributo ínsito e necessário à atuação de qualquer pessoa que lide com a administração pública. O administrador deve, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pressupostos de validade de toda administração pública. E no caso de descumprimento a este princípio os atos praticados pelo administrador estão sujeitos à anulação.

. **Princípio da Igualdade ou Isonomia** - Este princípio é importante para a lisura da licitação pública. Visa assegurar que todos os interessados competirão de forma isonômica, isto é, não haverá favoritismo em proveito ou em detrimento de alguém. Impede o administrador de escolher subjetivamente o licitante baseado em fatos alheios ao interesse público na busca da melhor proposta, garantindo a igualdade de direitos e de condições a todos os interessados. Aplica-se não somente à licitação, como também nos casos em que a contratação é feita de forma direta. A contratação direta não significa o estabelecimento de privilégio de um ou outro ente privado perante a Administração.

. **Princípio da Publicidade** – Tem o fito de que não apenas se divulgue o procedimento licitatório para que todos os interessados tenham acesso para participar, como também que se divulguem os atos praticados nas diversas fases do procedimento, dando a transparência administrativa necessária, para que todos possam avaliar se está bem ou mal conduzida. Este princípio relaciona-se com a moralidade do ato e é condição de eficácia do ato administrativo para propiciar seu conhecimento pelo cidadão e possibilitar o controle por todos os interessados. Enfim, é a publicidade que confere à administração a certeza de que a competitividade garantirá a seleção da proposta mais vantajosa. Ainda que restrita, a contratação direta não será oculta ou inacessível, de modo que venha a impedir que dela conheçam os outros fornecedores, bem como os cidadãos em geral.

2.1.2 Casos de licitação dispensável

Cada caso de licitação dispensável corresponde a uma situação jurídica em que, após as devidas ponderações dos valores constitucionais, o legislador permite à Administração a escolha discricionária entre não realizar ou realizar a licitação, conforme o caso apresente possibilidade legal.

A Lei de Licitações admite a possibilidade de contratação direta nos casos de: licitação dispensada (art. 17), dispensa de licitação (art. 24) e inexigibilidade (art. 25). Nosso foco aborda a licitação dispensável, que assim expressa em seu art. 24, e respectivos incisos:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I, do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - Para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II, do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez.

III – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

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

(...)²⁴

²⁴ BRASIL. *Vade Mecum Universitário de Direito Rideel*. p.1552-1554

Ao todo, são elencados 31 incisos que estabelecem as hipóteses de dispensa da licitação. Nos itens subseqüentes será abordado com maior detalhamento o inciso IV, que é o princípio determinante deste trabalho.

Segundo Marçal Justen Filho os casos de licitação dispensável podem ser ordenados conforme o ângulo de manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício, como demonstrado a seguir:

- a) custo econômico da licitação: quando o custo econômico da licitação for superior ao benefício dela extraível;
- b) custo temporal da licitação: quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação;
- c) ausência de potencialidade de benefício: quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação;
- d) função extra econômica da contratação: quando a contratação não for nomeada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins.²⁵

Na licitação dispensável, a Lei, admitindo uma excepcionalidade ao princípio da igualdade, como obrigatoriedade de licitar, confere à Administração a decisão entre realizar, ou não, a licitação, porém essa escolha só é possível para aquelas situações estritamente previstas na lei.

Sérgio Ferraz e Lúcia Valle classificam as causas de licitação dispensável, segundo os incisos do art. 24, nas seguintes tipologias:

- a) pequeno valor;
- b) situações excepcionais ou particulares;
- c) peculiaridade do objeto que se busca obter;
- d) peculiaridades da pessoa contratada ou mediadora.²⁶

Em caso de pequeno valor é dispensável a licitação para obras e serviços de engenharia de valor até 10% do limite previsto na alínea a, do inciso II, do art. 23.

Em razão de situações excepcionais, a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na

²⁵ Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. p. 290.

²⁶ Dispensa e inexigibilidade de licitação. p.39-41.

celebração do contrato ou quando sua realização puder, ao invés de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato. Incluem-se nesta tipologia os casos de guerra ou grave perturbação da ordem e os casos de emergência ou de calamidade pública.

Em razão do objeto, o art. 24 prevê as seguintes hipóteses: compra ou locação de imóvel; compra de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis; para aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos; aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira; nas compras de materias de uso pelas Forças Armadas, excetuado materiais de uso pessoal e administrativo; para aquisição de bens designados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPQ; e na contratação realizada por instituição Científica e Tecnológica ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.

Já em razão da pessoa, o art. 24 prevê dentre outras hipóteses de dispensa: aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública: impressão de diários oficiais, formulários padronizados de uso da Administração, de edições técnicas oficiais, prestação de serviços de informática etc.; contratação de instituição brasileira, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação de presos, dentre outras hipóteses, mas observa-se que estas hipóteses estão, em sua maioria, relacionadas com a prestação de serviços.

2.1.3 O caso da emergência

Dentre os casos de licitação dispensável, situa-se a emergência (art. 24, IV, da Lei 8.666/93).

Emergência refere-se a uma situação concreta caracterizada pela não adequação ao procedimento formal licitatório. Diz-se que um caso é de emergência quando requer solução imediata e a realização da licitação com suas exigências de prazos e formalidades poderá causar prejuízos e principalmente comprometer a segurança de pessoas conforme previsto no inciso IV da Lei 8.666/93.

A ciência do Direito possui regras específicas a propósito de situações emergenciais, que por sua vez refere-se à manifestação do instituto da necessidade, incluindo-se nesta a emergência com todas as situações de excepcionalidade caracterizadas pela anormalidade, representada por uma situação fática com risco potencial de dano no caso de não se aplicarem as regras-padrão.

O conceito de emergência não é meramente uma situação fática normal, é um conceito relacional entre aquela e a realização de certos valores. Neste sentido Marçal Justen Filho afirma que:

A emergência consiste em ocorrência fática que produz modificação na situação visualizada pelo legislador como padrão. A ocorrência anômala (emergência) conduzirá ao sacrifício de certos valores se for mantida a disciplina jurídica estabelecida como regra geral. A situação emergencial põe em risco a satisfação dos valores buscados pela própria norma ou pelo ordenamento em seu todo.

(...) emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico.²⁷

É considerada uma situação emergencial, asseguradora da regular dispensa de licitação, aquela que precisa ser atendida com urgência, objetivando a não ocorrência de prejuízos, não sendo comprovada a desídia do administrador ou a falta de planejamento. Ao passo que, por calamidade pública, compreendem aqueles acontecimentos trágicos que atingem, subitamente, grande número de pessoas, como, por exemplo, podemos citar secas, inundações, pestes, guerra, incêndio, terremoto, vendaval.

²⁷ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. p. 294.

Para que uma situação seja caracterizada como emergência devem estar presentes simultaneamente a imprevisibilidade dessa situação, a inadiabilidade da operação a ser contratada, a iminência e gravidade do risco e a suficiência do objeto da contratação para afastar os riscos no prazo de até um ano a contar da ocorrência da emergência, de acordo com o que preconiza a Lei 8.666/93, no já citado art. 24, IV.

Antônio Carlos Cintra do Amaral afirma:

A emergência é, a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou ainda provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência.²⁸

Em suma, temos que o procedimento licitatório motivado por emergência representa uma excepcionalidade e sua utilização de forma inadequada representa verdadeiro agravo aos princípios da moralidade pública.

2.1.3.1 Noções

As emergências constituem matéria das mais comentadas e discutidas de quantas existam na lei de licitações para a contratação direta. São marcadas tanto pela existência de fatores naturais de emergência, que independem da ação humana, como também pela existência de fatores humanos, internos à

²⁸. *Dispensa de licitação por emergência*. Rev. Eletrônica de Direito do Estado Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO-2008-NTONIO%20CARLOS%20CINTRA.pdf>.p.4.

Administração, e ainda pela existência de fatores humanos externos à Administração.

Na generalidade dos casos em que o Estado dispõe-se a contratar é motivado a atuar para evitar dano potencial. Toda e qualquer contratação administrativa retrata a necessidade e a conveniência de uma atuação conjugada entre o Estado e terceiros.

Assim, o inciso IV, do art. 24, estabelece dispensa de licitação como regra geral sempre que o argumento da emergência é evidenciado. Entretanto reafirma-se que a ausência de licitação não constitui regra, mas sim exceção.

A contratação imediata em situação emergencial ou de calamidade pública faz referência a situações específicas nas quais o tempo necessário ao processo licitatório normal impediria a adoção de medidas imprescindíveis para se evitar danos irreparáveis. E a aplicação deste princípio - dispensa de licitação e contratação imediata, representa um tipo de atividade acautelatória dos interesses que estão sob tutela individual.

Há uma série de situações contingenciais que autorizam a dispensa de licitação, haja vista que a concretização do processo licitatório poria em risco a realização dos interesses públicos.

Considerando que a contratação administrativa pressupõe atendimento às necessidades coletivas e supraindividuais, significa que a ausência de contratação imediata representaria um prejuízo maior para o bem público.

2.1.3.2 Diferença entre emergência e calamidade pública

Conforme disposto no art. 24, a lei autoriza a dispensa diante de duas situações específicas quais sejam: de emergência ou de calamidade pública. Apesar de apresentarem situações análogas, há uma nítida distinção entre ambas. Ainda que calamidade pública pressuponha uma situação de emergência, nem toda a emergência pressupõe a calamidade pública.

A emergência se revela pela urgência de atendimento, e a calamidade pública, pela situação de perigo e anormalidade social, decorrentes de fato da natureza, como inundações, vendavais, epidemia etc.. Para que haja dispensa do procedimento licitatório, em razão da caracterização de situação de emergência é indispensável que essa não seja resultado da desídia da própria Administração ou da falta de planejamento.

Emergência, para fins de dispensa, significa necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites habituais da licitação pública, sob pena de comprometimento do interesse público aliado ao desatendimento de alguma demanda social ou pela continuidade de atividade administrativa.

É caracterizada também pela necessidade imediata ou urgente de atendimento a um evento já acontecido ou por acontecer de modo que se possa evitar ou reduzir as consequências dessa ocorrência. Ao contrário da calamidade, que devido às suas proporções afeta consideráveis extensão territorial e número de pessoas, a emergência é particularizada.

Calamidade é uma situação de perigo grave, generalizada ou particularizada a uma região, decorrente de eventos da natureza (inundação, secas, epidemias). É caracterizada pela impossibilidade de atendimento adequado por parte da Administração Pública com a utilização dos meios e recursos que normalmente estão a seu dispor.

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

(...) é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde públicas, ou bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral.²⁹

²⁹ *Direito administrativo brasileiro*. p. 283.

Uma situação configurada como calamidade pública deve ser declarada como tal pela autoridade competente ao nível de sua circunscrição: federal, estadual ou municipal, através de decreto, permitindo assim que a entidade administrativa possa licitar em condições de ser liberada dessa responsabilidade.

2.1.3.3 A imprevisibilidade

Ante a iminência de dano grave e insuprível e havendo risco de lesão ao interesse público, devidamente comprovado e autorizado o estado de emergência pela Administração torna-se inadiável a aquisição da contratação com ausência do processo licitatório.

Há que se confrontar quando da caracterização da emergência se esta não decorre de atuação irresponsável ou negligente do Administrador. Conforme afirma Mariense Escobar “a situação emergencial ensejadora da dispensa é aquela que resulta do imprevisível, e não da inércia administrativa”.³⁰

Assim caracterizada a emergência em todos os seus requisitos, independente da atuação negligente ou não do administrador, dispensa-se a licitação porque os interesses coletivos e imediatos se sobrepõem aos atos administrativos e a sociedade não pode ser prejudicada.

Imprevisibilidade é um requisito contornável, apesar da responsabilização correspondente, ante a circunstância de o risco imediato de dano perdurar e se a contratação imediata pode afastá-lo. Nessa situação é lícita a contratação direta pela Administração Pública, haja vista a iminência de grave e irreparável dano a bens ou serviços públicos, de modo que a torne inadiável, nos limites do necessário e suficiente para impedir o prejuízo, com ou sem responsabilização do causador da situação de risco.

As situações de emergência não podem ficar sem providências imediatas para evitar maiores danos os interesses sociais. Esta situação é motivadora de

³⁰ *Licitação, teoria e prática*. p. 72

contratação direta, porém cumpre ao Poder Legislativo fiscalizar tanto a legitimidade quanto a legalidade do fato gerador da emergência para saber se o mesmo não ocorreu por desídia ou negligência do gestor que deixou de envidar esforços para evitar tal situação. E aí, caso se configure a inércia do agente, cabe ao sistema de controle externo, através do Poder legislativo aplicar as penalizações cabíveis ao gestor negligente.

2.1.3.4 A imprevisibilidade e contingenciamento do orçamento

A imprevisibilidade está intrinsecamente relacionada com os programas de governo cujos investimentos deveriam abranger todas as obras e serviços, deveriam ser demonstrados numa estrutura de custos e essa composição por outro lado deveria estar atrelada às metas quantitativamente objetivadas.

O planejamento de obras e serviços públicos tem sua efetivação normatizada no plano legislativo para a realização concreta dos programas supra estabelecidos. Emerge assim a necessidade de se disponibilizar recursos necessários a fim de que o administrador público possa cumprir os programas.

Em decorrência dos limites fixados na Lei de Orçamentária, o Poder Executivo deveria aprovar um quadro de cotas trimestrais da despesa para cada unidade orçamentária e autorizar o uso dentro desses limites, assegurando também recursos suficientes e necessários para execução do programa de trabalho.

O cumprimento das regras acima demonstrou na prática que por meio de artifícios financeiros as autoridades administrativas responsáveis pelo repasse desses recursos principiaram uma política de contingenciamento que passou a provocar grave desobediência a essa determinação.

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes decorre desse fato que:

(...) os dispêndios não eram programados nos limites estabelecidos; os repasses não visavam à realização dos programas, parecendo mesmo o contrário, isto é que se efetivavam em tempo tal que a autoridade não

pudesse cumprir o longo itinerário burocrático da realização da despesa, entre eles o mais detalhado: a licitação.³¹

O que se percebe é que os órgãos de controle ainda não dispõem de uma legislação específica para verificar a legalidade da prática de tais atos, que em casos de questionamentos são dirimidos pelos Tribunais de Contas, que assim atuam como órgãos de controle. Entretanto por conta da Lei de Responsabilidade Fiscal aguardam-se providências no sentido de estabelecer uma estrutura de custos e de avaliação de resultados.

É reconhecida a obrigatoriedade da análise de custos tanto pela legislação que regula as finanças públicas como pela que rege as licitações. E a Lei de Responsabilidade Fiscal, ao dispor sobre o dever de a Lei de Diretrizes Orçamentárias estabelecer normas relativas ao controle de custos dos programas financiados com recursos orçamentários, assim determina:

- . haverá controle de custos em programas desenvolvidos com recursos do orçamento;
- . a Lei de Diretrizes Orçamentárias vai estabelecer normas de controle de custos;
- . haverá avaliação dos resultados dos programas;
- . a Lei de Diretrizes Orçamentárias vai estabelecer normas relativas ao controle desses resultados.³²

Com a adoção dessas determinações haverá transparência tanto da aplicação dos investimentos quanto do procedimento do gestor que terá aferido de imediato o resultado de seu trabalho.

2.1.3.5 O risco

O risco é uma situação emergencial concreta e efetivamente provável que se mostra, como regra, iminente e especialmente danoso.

Uma situação de emergência é imprescindível para que a mesma gere também urgência no atendimento por parte da administração, pois uma omissão

³¹ Contratação direta sem licitação. p. 337.

³² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação. p. 339

poderia ocasionar prejuízo ou ainda comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou privados, tendo-se enfim de afastar ou reduzir o risco.

Tratando-se de um risco iminente e potencial é imperativo que o Administrador dispense a licitação, pois com esta decisão o risco poderá ser evitado.

O risco, de qualquer modo, deve incidir sobre pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, cuja expressão abrange tanto os bens econômicos quanto os sociais, mas todos se associam aos valores a serem tutelados.

2.1.3.6 Limitação temporal e do objeto

Conforme a lei de licitações não há parâmetros temporais fixados para utilização dos limites, isto enseja uma análise minuciosa caso a caso. Entretanto, considerando outras restrições expressas, deverá sempre ser obedecido o que a Lei 8.666/93 determina em seu Art. 24, um prazo máximo

(...)

IV – (...) e para as parcelas e obras e serviços que possam ser concluídas no prazo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.³³

Recomenda-se que a administração efetue um planejamento adequado das compras e serviços, para não proceder a aquisições para objetos iguais em curto espaço de tempo. Em caso de emergência a compra é para pronta entrega num exíguo espaço de tempo, apenas os serviços podem se prolongar até o prazo máximo de 180 dias em dias consecutivos e ininterruptos a partir da ocorrência do fato.

Contudo é importante que o Administrador, quando da realização de suas despesas, proceda a um adequado planejamento de seus procedimentos licitatórios, em conformidade com a disponibilidade de créditos orçamentários e recursos

³³ Id. Ibid. p. 341.

financeiros, objetivando contratações mais abrangentes e abstendo-se de proceder a sucessivas contratações de serviço e aquisições de pequeno valor, de igual natureza, semelhança ou afinidade, realizada por dispensa de licitação fundamentada no inciso II do art. 24 da Lei n. 8.666/93.

E, mesmo se tratando de contratação por emergência, faz-se necessário justificar o preço de acordo com o que preceitua art. 26, parágrafo único, inciso III e observar os fundamentos básicos determinados pela Lei de Licitações.

Somente a situação fática dirá se houve, ou não, parcelamento ilícito e reprovável. Todavia, para evitar problemas perante os órgãos de controle externo (Tribunal de Contas, Legislativo e Ministério Público) e, eventualmente, acusações de favorecimento e de fraude, recomenda-se que sejam adotados os seguintes procedimentos:

a) os limites constantes nos incisos I e II do art. 24 têm periodicidade anual e compreendem a totalidade dos gastos com serviços, obras ou compras idênticas ou semelhantes (natureza e/ou gênero); portanto, os tetos não se aplicam por evento ou por fornecedor; (9)

b) os limites constantes nos incisos I e II do art. 24 valem para a prefeitura municipal como um todo, sem diferenciação entre órgãos e secretarias;

c) se a administração optar pelo parcelamento do objeto, deve fazê-lo num único procedimento licitatório, do tipo “menor preço por item ou por lote”, cuja modalidade será definida pelo somatório dos preços máximos de cada fração; (10)

d) para as compras, é recomendável a adoção de sistema de registro de preços (art. 15 da Lei n. 8666/93), que possibilita a aquisição parcelada e ao mesmo tempo preserva as exigências de economia e de ampla participação propiciadas pela licitação;

e) a cautela com os fracionamentos deve permear não somente as dispensas de licitação, mas também os convites e as tomadas de preço; (11) em geral, presume-se que os parcelamentos sejam oriundos de má fé, de sorte a escapar de modalidades licitatórias mais rigorosas, restringir a publicidade dos certames e reduzir a competitividade, favorecendo determinado fornecedor. (12).³⁴

Em referência ao objeto do contrato o dispositivo enfatiza que não é permitido ao Administrador utilizar uma situação emergencial ou calamitosa para dispensar a licitação em aquisições que transcendam o objeto do contrato; já que em casos emergenciais serão feitas observado o limite indispensável ao afastamento do risco.

³⁴ SOUZA, Karla Patrícia Polli de. *Dispensa e fracionamento de licitação*. Disponível em: <<http://www.tdbvia.com.br/arquivos/web/dispensa%20e%20fracionamento%20de%20licitacao.htm>>.

Evidencia-se então a existência de uma correlação entre o objeto pretendido pela Administração e o interesse público a ser atendido. Há também uma correlação entre o objeto do contrato e o risco, o qual se pretende evitar e o não cumprimento do regramento pode sugerir que o Administrador promoveu uma ilícita dispensa de licitação. No campo das contratações administrativas há o caráter manifesto de se restringir o objeto do contrato ao mínimo necessário para afastar o risco.

O art. 65 da Lei 8.666/93 impõe ao contratado acréscimo quantitativo, dependendo da necessidade da Administração para afastar o risco, conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça/RJ:

1. É lícito à Administração Pública proceder à alteração unilateral do contrato em duas hipóteses: (a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica; (b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto (Lei 8.666/93, art. 65, I, a e b).
2. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos (Lei 8.666/93, art. 65, § 1º).
3. O poder de alterar unilateralmente o ajuste representa uma prerrogativa à disposição da Administração para concretizar o interesse público. Não se constitui em arbitrariedade nem fonte de enriquecimento ilícito.
4. A modificação quantitativa do valor contratado (acrécimo/supressão) deve corresponder, em igual medida, à alteração das obrigações dos sujeitos da relação jurídica (Administração Pública e particular), ou seja, a variação do preço deve guardar uma relação direta de proporcionalidade com aumento/diminuição do objeto, sob pena de desequilíbrio econômico-financeiro, enriquecimento sem causa e frustração da própria licitação.³⁵

Esse acréscimo, porém, não deve obrigar a prorrogação contratual, o que é peremptoriamente vedado por lei. Exceção é aplicável ao caso da contratação emergencial tendo em vista que o art. 24 da Lei em questão já prevê que a duração do ajuste não pode ultrapassar o prazo máximo estipulado de cento e oitenta dias, consecutivos e ininterruptos e vedada a prorrogação, de tal modo que apenas situações excepcionais admitem a não prevalência desta regra, ou seja, esse aprazamento pode ser ultrapassado se essa alternativa for necessária para evitar o perecimento do interesse a ser protegido.

³⁵ REsp. nº 666.878/RJ, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda

2.1.3.7 Validade da contratação direta – requisitos

Semelhante os procedimentos jurisdicionais cautelares é a contratação direta, pois nessas duas hipóteses há uma natureza de prevenção de concretização de dano irreparável ou de difícil reparação.

A contratação por emergência envolve a ponderação de interesse segundo o princípio da proporcionalidade. As limitações impostas às contratações por emergência têm de ser interpretadas em razão do interesse a ser tutelado.

De acordo com o que prevê o inciso IV da Lei 8.666/93, são requisitos para a validade da contratação direta:

- situação emergencial ou calamitosa;
- urgência de atendimento;
- risco; e
- contratação direta como meio adequado para afastar o risco.³⁶

Acrescenta-se aos requisitos acima citados que mesmo para a contratação por emergência ou calamidade pública é necessário justificar o preço, conforme asseverado pelo Tribunal de Contas da União:

O processo administrativo pelo qual a Administração Pública – sem escolher uma das modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei nº 8.666/1993 – realiza pesquisa de preços no mercado é também um procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta.³⁷

Deverá também estar de acordo com o que prescreve o art. 16, inciso III, da Lei de Licitações, além de observar os princípios fundamentais, conservando a lógica frente à situação e ao contrato firmado.

2.1.3.8 O contrato emergencial

³⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação. p. 343.

³⁷ Acórdão nº 100/2003, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer

Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva resposta.

Para a efetivação do contrato emergencial faz-se necessário a exposição de justificativas não apenas sobre a emergência, mas também sobre a viabilidade concreta desta atender ao interesse público.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

É desprovido de amparo legal o contrato emergencial firmado em decorrência de dispensa de licitação, quando o objeto almejado dependa de estudos preliminares cujo tempo necessário para conclusão descaracterize a urgência da contratação.³⁸

Há também que se observar que a contratação deverá ter como objetivo principal a eliminação do risco de prejuízo e a execução do contrato superar a cento e oitenta dias (vedada prorrogação), previsto no inciso IV, art. 24 da Lei N.º 8.666/93. Neste prazo a Administração deverá promover o procedimento licitatório para solucionar de modo mais amplo o problema existente.

A prorrogação do prazo nos contratos por emergência é vedado por lei, entretanto dada a continuidade da situação emergencial após os 180 dias pode interferir no prazo máximo estabelecido para o contrato.

O contrato emergencial efetivado com dispensa de licitação é uma situação que demonstra o abrandamento dos requisitos delineados pela Lei 8.666/93 para atender no caso de uma ocorrência particularmente grave mas bem tolerada pelos órgãos de controle: Tribunais de Contas, Ministério Público, Organizações Não Governamentais e pela sociedade organizada sob as mais diversas formas.

Matéria debatida pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, em resposta a uma consulta sobre contratação sem processo licitatório, elenca pontos relevantes a serem considerados nesse sentido:

(...) é possível a contratação direta de obras, serviços (continuados ou não) e bens, com fulcro no art. 24, IV, da referida norma legal, se estiverem presentes simultaneamente, os seguintes requisitos, devidamente demonstrados em processo administrativo próprio:

a – a licitação tenha se iniciado em tempo hábil, considerando com folga, os prazos previstos no Estatuto Fundamental das Contratações para abertura do procedimento licitatório e interposição de recursos administrativos, bem assim aqueles necessários à elaboração do instrumento convocatório,

³⁸ Acórdão n° 1.889/2006, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar

- análise dos documentos de habilitação (se for o caso) e das propostas, adjudicação do objeto e homologação do certame;
- b – o atraso porventura ocorrido na conclusão do procedimento licitatório não tenha sido resultante da falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que tal fato não possa, em hipótese alguma, ser atribuído à culpa ou dolo do(s) agente(s) público(s) envolvido(s);
- c - a situação exija da Administração a adoção de medidas urgentes e imediatas, sob pena de ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;
- d – a contratação direta pretendida seja o meio mais adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado;
- e – o objeto da contratação se limite, em termos qualitativos e quantitativos, ao que for estritamente indispensável para o equacionamento da situação emergencial;
- f – a duração do contrato, em se tratando de obras e serviços, não ultrapasse o prazo de 180 dias, contados a partir da data de ocorrência do fato tido como emergencial;
- g – a compra, no caso de aquisição de bens, seja para entrega imediata;³⁹

O agente público não pode prorrogar o prazo contratual, visto que este é improrrogável. Isto não quer dizer que o término do contrato corresponda a extinção da emergência. Findo o contrato, mas havendo uma nova incidência de situação emergencial fática, o agente público tem o dever de efetuar nova contratação por emergência.

³⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. p. 346-347.

3 CONTRATAÇÃO DIRETA

Ainda que a Constituição Federal estabeleça a obrigatoriedade de licitação para as contratações na Administração Pública, a mesma Constituição permite que outros procedimentos sejam adotados nos casos em que os trâmites da licitação formal possam impedir a concretização do desempenho estatal. Nesses casos, previstos em lei, as formalidades da licitação normal são abolidas ou trocadas por outras sem, no entanto perder a obrigatoriedade do cumprimento dos princípios fundamentais que regem a atuação administrativa. Tem-se assim o mecanismo da Contratação Direta.

Contração Direta é o expediente com o qual o administrador está autorizado a contratar independente do instituto da licitação para atender a determinadas situações que requerem atendimento imediato e cuja demora representa riscos a satisfação dos valores aos quais se destinam a atividade administrativa.

Ainda que seja autorizada a dispensa da licitação, não significa dizer que há uma ausência de procedimentos na contratação direta. Pelo contrário, a contratação direta implica em um procedimento formal anterior com o objetivo de se fazer a melhor escolha e, deverá submeter-se a determinados princípios jurídicos observando dois postulados fundamentais da licitação quais sejam: “existência de um procedimento administrativo e vinculação estatal à realização de suas funções”⁴⁰.

A Contratação Direta sem licitação subdivide-se em duas espécies: licitação dispensada e inexigibilidade do processo licitatório. Neste trabalho aborda-se especificamente o caso da dispensa de licitação por emergência.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. p. 283.

3.1 Aspectos legais

Verificam-se neste tópico as bases que dão legitimidade e eficácia a atual lei de licitações ao mesmo tempo em que se averiguam quais entidades jurídicas detêm autoridade para abrir exceções à regra da licitação e, por fim, identificadas tais exceções abordar-se-á especificamente a aplicação da Contratação Direta.

A promulgação da Constituição Federal de 1988, visando o aperfeiçoamento da Administração Pública brasileira instituiu o delineamento básico para essa finalidade através do art. 37, inciso XXI, fixando a licitação como princípio fundamental a ser observado quando da aplicação dos recursos públicos em suas várias finalidades e esferas de poder União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A regularização da Contratação Direta é obtida através de legislação apropriada por meio da qual se estabelecem os procedimentos a serem adotados para que essa finalidade seja considerada uma ação regular.

3.1.1 Na Constituição Federal

De acordo com a Constituição Federal de 1988 é competência da União legislar sobre as normas gerais de licitação. Ao mesmo tempo em que o inciso XXI da Constituição especifica a obrigatoriedade da licitação como regra geral para a Administração Pública, especifica também quais as excepcionalidades previstas em lei para as quais é deliberada a contratação direta e, juntamente com a Lei nº 8.666/93 aperfeiçoam o princípio da competência privativa da União prevista no inciso XXVII do art.22 combinado com o art.37 da citada Constituição Federal.

O art. 22 da Constituição Federal relaciona a competência legislativa a ser exercida em caráter privativo pela União, como dispõe o inciso XXVII:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III⁴¹.

Reportando-se aos procedimentos licitatórios, o Direito Administrativo abrange diversos aspectos das modalidades com as quais a administração pública poderá contratar com terceiros, para melhor desempenho de suas atividades. As peculiaridades da contratação têm de ser ajustadas ao princípio da isonomia, ou seja, considerar os interessados em plano de igualdade.

A opção por contratar um sujeito particular deve ser uma decisão administrativa baseada nos critérios da isonomia, fato que exige o preenchimento de requisitos tais como enumera Marçal Justen Filho:

Ausência de sigilo;
[...]
Condições equivalentes de participação;
Oportunidades equivalentes de disputa;
Seleção da melhor proposta e indisponibilidade dos fins buscados pelo Estado;
A obtenção da melhor contratação possível e registro de preços;
Motivação do ato;
Regulamentação da contratação direta ⁴².

A competência privativa da União não admite competência legislativa concorrente de outras esferas de governo, no entanto exceções são previstas no inciso XXVII, admitindo-se que Estados legislem sobre questões específicas de licitações e contratos administrativos, ainda que sem autorização por lei complementar prescrita no parágrafo único do art. 22.

⁴¹ BRASIL. Vade mecum universitário de direito rideel. p. 63.

⁴² *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. p. 285-287.

3.1.2 Competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios

Não cabe ao Distrito Federal e Municípios elaborar qualquer legislação concorrente com as unidades federadas sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos após a promulgação da Carta Magna de 1988.

A competência de legislar é facultada aos Estados, para questões específicas, que nesse caso podem legislar sobre algumas matérias sem, em momento algum criar novas hipóteses de dispensabilidade.

O Estado como unidade federada possui competência administrativa para realizar contratações públicas, mas de forma alguma possui autonomia para elaborar norma geral pertinente a contratações.

Destaca-se, entretanto, a particularidade do Distrito Federal que de acordo com o § 1º do art.32, pode exercitar a competência legislativa reservada aos estados e legislar ainda que supletivamente e concorrentemente sobre temas específicos, pois o Distrito acumula a competência legislativa reservada aos Estados.

Segundo Hely Lopes Meireles, “Estados e Municípios podem legislar sobre a matéria, observando as normas de cunho nacional e tratando do que for específico em suas licitações e contratações, segundo as peculiaridades locais”⁴³.

Logo, Estados, Municípios e o Distrito Federal obedecem ao disposto na Lei Federal nº 8.666/93 no que se refere aos princípios fundamentais sobre licitações e é por meio da baliza dada por esta lei que lhes é permitido legislar sobre questões específicas.

3.1.3 As normas supletivas

⁴³ *Direito administrativo brasileiro*. p. 33.

Para uma melhor compreensão do tema há que se distinguirem as “questões específicas” de que trata o parágrafo único do art. 22 e a possibilidade do exercício da competência legislativa de natureza supletiva.

Competência legislativa de natureza supletiva refere-se a elaborações de normas que objetivam suprir as omissões do texto legal (Lei nº 8.666/93), regularizando os detalhes não previstos sem, no entanto, contradizer a norma geral, ou seja, norma supletiva é aquela que se aplica na omissão da vontade das partes.

Depreende-se daí que as “questões específicas” são regulamentadas pela edição de norma complementar enquanto que as normas supletivas podem ser editadas sob o amparo do art. 118 da lei acima citada.

Assim, Estados, Distrito Federal e Municípios podem dispor de um instrumento que venha preencher os campos nos quais esse documento expressamente admitiu ou se mostrou omissivo, sem afrontá-lo, sendo dispensável prévia lei complementar autorizadora, de modo que a edição de norma supletiva não pode contrariar as normas gerais da Lei nº 8.666/93.

3.2 Procedimentos para a contratação direta: noções

Conforme destacado no capítulo anterior a licitação é um procedimento administrativo que assegura obediência ao princípio constitucional da isonomia a ser seguido pela administração pública para a efetivação de contratações. Conforme especificado na Lei nº 8.666/93, estes princípios são compostos por uma seqüência ordenada de atos de acordo com os:

Art. 3º (...) princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.⁴⁴

Constatada a necessidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras estas devem ser feitas após aprovação de projeto básico pela autoridade

⁴⁴ BRASIL. *Vade Mecum Universitário de Direito Rideel*. p. 1548

competente onde se detalha dentre outros aspectos: caracterização do objeto a ser licitado, orçamento, previsão e indicação da disponibilidade de recursos financeiros para o devido pagamento.

Há determinadas circunstâncias em que a obrigatoriedade de licitação é dispensável (dispensabilidade), dispensada ou inexigível (inexigibilidade), hipóteses admitidas na Constituição de 1988 e previstas na Lei de Licitações e Contratos de modo que permitem a Contratação Direta, entretanto não exime para execução desta o cumprimento de formalidades estabelecidas para essa finalidade.

Conforme entendimento do Tribunal de Contas da União:

Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão.⁴⁵

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, o art. 26 da Lei nº 8.666/93, informa que “(...) os processos de compras, obras, serviços e alienações da Administração que concluírem pela dispensa ou inexigibilidade de licitação, serão instruídos com os elementos ali indicados”⁴⁶.

De acordo com o disposto no art. 38 da lei acima citada temos que o processo:

Será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:
(...)
VI – pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade⁴⁷.

A Contratação direta é um recurso já previsto na Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/93, o art. 24, incisos I *usque* XXVI elenca as hipóteses em que há

⁴⁵ Acórdão nº 994/2006, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar.

⁴⁶ *Contratação direta sem licitação*. p. 622.

⁴⁷ Id. Ibid. p. 633.

dispensabilidade de licitação⁴⁸ dentre as quais destaca-se a emergência que é o assunto deste trabalho.

Nessa situação o contrato precisa ser realizado imediatamente sob pena de sacrifícios ou prejuízos ao interesse público e garantindo-se assim o atendimento de alguma demanda social ou a continuidade de atividades administrativa.

A contratação direta deve obrigatoriamente ser antecedida de um procedimento prévio nos quais se cumprem etapas e formalidades, porém nos casos das emergências a administração fica desobrigada do cumprimento dessas formalidades haja vista que a demora no atendimento dessa emergência pode por em risco a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares.

Inicialmente será averiguada a “existência de uma necessidade a ser atendida”⁴⁹. Após identificar o melhor modo de atender essa ocorrência, define-se o objeto a ser contratado adotando medidas que envolvem desde a elaboração de projetos, até apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Ressalta-se que estes procedimentos devem estar devidamente documentados.

Se constatadas a inaplicabilidade das regras da licitação, a Administração não poderá elaborar o ato convocatório e a fase externa apropriada cabendo então o recurso da contratação direta. De qualquer forma a Administração não será eximida do cumprimento de determinadas formalidades, dentre as quais se destaca a observância aos princípios da isonomia e da supremacia e indisponibilidade dos valores atribuídos à tutela estatal.

3.2.1 Processos de contratação direta

⁴⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. p. 520.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. p. 283.

Os processos de contratação direta são instruídos de acordo com os elementos dispostos no art. 26 da Lei nº 8.666/93, que trata dos processos de compras, obras serviços e alienações da Administração quando esta conclui previamente pela dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A decisão pela contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação, segue os trâmites do processo de licitação e sua conclusão dar-se-á com a contratação e adimplemento das obrigações das partes.

O processo administrativo que concretiza a contratação direta deve conter, no mínimo: requisição; indicação dos recursos orçamentários; autorização da instauração do processo ou ratificação, dependendo da situação concreta; ato que define as condições de seleção e contratação; comprovante de publicidade ou de convocação dos interessados; relatório do órgão ou setor encarregado de apreciar as propostas; publicação da ratificação, quando for o caso; parecer jurídico que tenha sido emitido sobre o procedimento; termos de justificativas se apresentados apartados e outros documentos pertinentes.

Os procedimentos dos atos administrativos concernentes a Contratação Direta, tanto os anteriores - identificação do objeto, indicação dos recursos orçamentários, minuta do contrato, forma de entrega do objeto comprado ou a prestação do serviço a ser contratado, quanto entre os posteriores - o contrato assinado pela partes, as faturas atestadas pelos gestores dos contratos, recibos de entrega ou laudos circunstanciados, devem estar integrados em um só processo constando toda a documentação referente ao ato tendo em vista que o objetivo final é garantir a contratação mais vantajosa.

3.2.2 Fases

O processo de dispensa de licitação, na maioria dos casos, excetuando-se aqueles que envolvem baixos valores, submete-se ao disposto no artigo 26 da Lei nº 8.666/93, que aduz:

As dispensas previstas [...] no inciso III e seguintes do art. 24, [...], necessariamente justificadas, [...] deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, [...], previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço;
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.⁵⁰

Constatados esses elementos fica confirmada a relevância da motivação do ato discricionário do administrador, que por sua vez são complementados também com outras exigências previstas na Lei Geral de Licitações. Ressalta-se ainda a necessidade de observância às legislações correspondentes que contém exigências específicas, notadamente a Lei Complementar nº 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, e a Lei nº 4320/1964, que determina regras gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

O procedimento da dispensa e inexigibilidade possui fases distintas que diferem dos demais processos administrativos, a correta finalização destes é condição de eficácia dos atos do legislador.

Consoante o disposto na Lei nº 8.666/93, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes relaciona as fases do procedimento para a dispensa:

- a) abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e enumerado e a autorização respectiva para a compra ou contratação da obra ou serviço, conforme art. 38, *caput*;
- b) perfeita indicação do objeto pretendido pela Administração, conforme art. 14 e, em se tratando de obras e qualquer serviço, - não apenas os de engenharia, - projeto básico, de acordo com o art. 7º, §2º c/c o § 9º;
- c) elaboração da minuta do contrato a ser firmado;
- d) elaboração de parecer técnico ou jurídico, emitidos na oportunidade, examinando:
 - d.1) justificativa da dispensa ou inexigibilidade conforme art.26, *caput*;
 - d.2) razão de escolha do fornecedor, conforme art. 26, inc. II;
 - d.3) justificativa da preço, conforme art. 26, inc. III;
- e) decisão sobre licitar ou não, que poderá ter singela modificação se acolher o parecer antes referido e este estiver bem fundamentado;
- f) comunicação à autoridade superior, conforme art. 26, *caput*;
- g) ratificação da dispensa ou inexigibilidade, conforme art. 26, *caput*;
- h) publicação da decisão ratificadora, conforme art. 26, *caput*;

⁵⁰ BRASIL. *Vade Mecum Universitário de Direito Rideel*. p. 1554

- i) assinatura do termo do contrato ou retirada do instrumento equivalente, conforme art. 38, inc. X;
- j) execução do contrato, com rigoroso acompanhamento do respectivo gestor do contrato, conforme art. 67 e parágrafos;
- k) recebimento do objeto, com observância das formalidades previstas nos arts. 73 e 15, §8º;
- l) pagamentos das faturas com observância do que prescreve o art.5º e §3º e 40, inciso XIV, alínea “a”, entre outras.
- m) Ressalte-se que a Lei nº 9.784/99, que tratou o processo administrativo na Administração Federal, estabelece prazos para a emissão de pareceres e responsabiliza aqueles que se omitirem do dever funcional ⁵¹.

E, com relação à perfeita indicação do objeto, a jurisprudência pátria caminha de acordo com o entendimento do trecho do Acórdão do Tribunal de Contas da União abaixo transcrito:

[...] ao contrário do que pretendem os responsáveis, as características do objeto de uma licitação não se restringem às características técnicas intrínsecas do bem ou serviço desejado. A quantidade de bens ou serviços a serem fornecidos, a duração do fornecimento, o prazo e o local de entrega e as condições de prestação do bem ou serviço, entre outros aspectos, também integram o objeto licitado. ⁵²

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes destaca ainda que os elementos principais do processo de contratação direta são:

- a) da dispensa ou inexigibilidade;
- b) da escolha do fornecedor;
- c) do preço contratado;
- d) da comunicação à autoridade superior;
- e) da ratificação da dispensa ou inexigibilidade; e
- f) da publicação da decisão ⁵³.

Sendo um procedimento administrativo desdobra-se em fases: uma fase externa, chamada de procedimento; e uma interna, denominada de processo, destinada a firmar a intenção da entidade licitante e a obter certas informações necessárias à consolidação da licitação.

⁵¹ *Contratação direta sem licitação*. p. 635-638.

⁵² Acórdão nº 292/2008, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz

⁵³ Op. Cit. p. 638.

3.2.3 Instrução do Processo

Examinam-se a seguir os elementos principais da instrução do processo. A elaboração desta deve conter a justificativa da ocorrência que a determinou, da seleção do fornecedor e do preço contratado.

A instrução do processo é incumbida à autoridade que habitualmente autoriza a contratação e obviamente à sua equipe, cabendo se necessário a participação do órgão técnico ou jurídico da entidade.

A lei não estabelece qual o órgão competente para instruir o processo de dispensa de licitação nem qual é a autoridade competente para a ratificação do ato; nesse caso devem-se seguir os regulamentos dos órgãos, casos estes sejam omissos, a decisão caberá a autoridade responsável pela definição dos processos licitatórios e em último caso, a pessoa que é responsável pela assinatura dos contratos. Quanto à ratificação da decisão de dispensa é atribuída a autoridade imediatamente superior.

O processo inicia-se quando um determinado órgão expressa a necessidade de promover alguma contratação. A documentação segue para obter autorização para que o processo seja efetivamente iniciado, no qual deverá constar a descrição resumida do objeto, da estimativa do preço e da declaração pelo órgão orçamentário-financeiro da existência de recursos. Essa documentação deverá ser numerada e rubricada para maior autenticidade do procedimento.

O conteúdo trata-se de um documento onde a Administração explicita os motivos da contratação direta, acompanhados da ocorrência de todos os requisitos determinados por lei para que o órgão possa contratar diretamente. Também deverão ser demonstradas as razões da escolha do fornecedor ou executante e explicitar a justificativa do preço contratado.

Para dar cumprimento ao que determina a Lei nº 8.666/93, o processo deverá ser acompanhado dos respectivos pareceres técnicos ou jurídicos emitidos para a contratação direta.

3.2.4 Justificativa da Contratação Direta, da escolha do contratado e do preço

Caracterizada a excepcionalidade em que a lei autoriza a dispensa de licitação e conseqüente contratação direta, caberá a Administração Pública avaliar para cada situação a conveniência e oportunidade da dispensa observando evidentemente tanto os princípios da moralidade administrativa da igualdade e da competitividade como também a verificação da personalidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade fiscal, empenho prévio, celebração do contrato, publicação, ou seja, atendendo aos requisitos da lei.

Conforme assevera Marçal Justen Filho, também devem ser observados a presença de dois requisitos:

- 1) demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano: a urgência deve ser concreta e efetiva;
- 2) demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco: a contratação imediata apenas será admissível se evidenciado que será instrumento adequado e eficiente de eliminar o risco⁵⁴.

A contratação deverá ser necessariamente antecedida de todas as justificativas sobre a emergência e sobre a viabilidade concreta do atendimento de determinada necessidade pública.

O processo de contratação deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante em razão direta da pessoa do contratado como sói acontecer nos casos referidos nos respectivos incisos do art. 24, quando é a peculiar condição do agente que autoriza a contratação direta, desde que atendidos os demais requisitos da lei.

As dispensas de licitação conforme determinado no art. 26 deverão ser necessariamente ser justificadas e comunicadas dentro de três dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos. A justificativa é elemento essencial à prática dos atos, não se restringindo unicamente ao disposto no *caput* do art.26.

⁵⁴ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. p. 297.

Haverá casos em que a licitação será dispensada ou inexigível, em razão direta da pessoa do contratado como sói acontecer nos casos referidos nos respectivos incisos do art. 24, quando é a peculiar condição do agente que autoriza a contratação direta, desde que atendidos os demais requisitos da lei. Nessa hipótese, haverá íntima relação entre a justificativa da situação geradora da dispensa ou inexigibilidade de licitação e o atendimento da instrução, explicitando as razões de escolha do fornecedor.

3.5 Validade da proposta

A validade da contratação direta depende da economicidade da operação. A opção governamental de adotar certa estrutura para organizar sua administração indireta não legitima a elevação de custos ou a ineficiência.

A lei nº 8.666/93 estabelece no art. 64, §3º que “Decorridos 60(sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos”. Esse artigo não menciona se essa regra se aplica às contratações diretas, entretanto como a contratação direta por emergência visa tão somente eliminar o risco de prejuízo, o prazo determinado para execução do contrato não deverá ultrapassar cento e oitenta dias ⁵⁵.

Nesse prazo cabe a Administração proceder a licitação para resolver de modo mais extenso a problema que ocasionou a contratação direta. A prorrogação é vedada, porém se ultrapassados os 180 dias previstos e persistindo a situação de risco caberá prorrogação a fim de se evitar o perecimento do interesse a ser protegido.

3.6 Autoridade superior

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. p. 297.

As autoridades diretamente vinculadas ao processo decisório são, via de regra, denominadas de autoridades responsáveis, cabendo a essas ratificar a decisão de promover a contratação direta bem como as condições contratuais, procedimento sem o qual os contratos não têm validade.

Não é definido na Lei 8.666/93, qual é a autoridade a ser comunicada, nesse caso a atribuição é determinada pelo regulamento interno do órgão ou, na falta deste, o dirigente ao qual estiver subordinada a comissão de licitação ou o responsável pela declaração de que a licitação é dispensada ou inexigível.

Definida a autoridade, a comunicação será efetivada por meio de despacho competente reunindo as devidas justificativas da caracterização das condições estabelecidos em lei para a dispensa ou inexigibilidade, acrescidos da motivação da escolha do fornecedor e a justificativa do preço.

O prazo estabelecido para a comunicação é de três dias, e excluindo-se dessa contagem o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento.

A aprovação pela autoridade superior é condição de eficácia da decisão do subordinado e uma forma desta ter conhecimento e concordar com os termos da contratação. A ratificação confirma a aprovação pelas autoridades superiores, quando a contratação é produzida pela maior autoridade da hierarquia, não é necessário o estabelecimento de novos atos formais.

3.7 Publicação

Segundo fundamentos do art. 24 não há exigência de publicação para esta modalidade de contrato. Caso o ato seja ratificado pela autoridade superior a publicação é imprescindível havendo o mesmo prazo para ambos: ratificação e publicação.

O ato que autoriza a contratação direta e estabelece as condições de sua formalização deverá ser publicado para que seja atendido o princípio da publicidade ao mesmo tempo em que assegura transparência das decisões emanadas pelas autoridades administrativas.

A publicação constitui condição de eficácia da contratação, assim sendo o contrato só terá validade e poderá ser executado quando cumpridas as formalidades da publicação cujo prazo para sua publicação será de cinco (5) dias contados a partir de sua ratificação pela autoridade superior.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes alerta para uma provável padronização da publicação e destaca quais os elementos mínimos devem constar:

Órgão contratante;
Contratado (nome);
Fundamento legal da dispensa ou inexigibilidade;
Objeto do contrato;
Autoridade ratificadora: nome e cargo;
Nº do contrato (se houver);
Data, valor e prazo de duração;
Publicação em acatamento aos arts. 26 e 61, parágrafo único da Lei nº 8.666/93⁵⁶.

A publicação deverá ser dada a conhecer pela imprensa oficial do órgão ao qual estão vinculados administrativamente que podem ser: Diário Oficial do Município, do Estado, do Distrito Federal ou da União.

No caso de não haver a publicação dos atos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, os contratos daí derivados não terão eficácia.

3.8 O contrato sem licitação

O princípio da licitação estabelecido pela Constituição estabelece diretrizes da ação da Administração Pública no que diz respeito aos administrados-licitantes garantindo-lhes a possibilidade de disputarem entre si, em condições e tratamentos isonômicos, a participação em serviços, compras, obras, alienações, concessões, locações e demais negócios que a Administração Pública através de seus órgãos e entidades pretende executar.

⁵⁶ *Contratação direta sem licitação*. p. 665.

Por outro lado ao possibilitar que se escolha a proposta mais vantajosa às conveniências públicas torna-se um efetivo instrumento de moralidade administrativa.

Existem situações especiais, previstas em lei, que visando se resguardar o interesse público, a segurança nacional ou princípio da economicidade, por exemplo, o Estado pode autorizar a contratação sem o prévio procedimento licitatório, haja vista que é o interesse social envolvido que se sobrepõe.

Contratação direta sem licitação é uma permissão especial concedida pelo legislador à Administração, tendo sido recomendado pelo Tribunal de Contas da União que se tivesse sempre em execução, a fim de que a regra prevalecesse. Mesmo nesses casos o contratado tem direitos que devem ser respeitados pela Administração.

4 A QUESTÃO DA CHAMADA EMERGÊNCIA FABRICADA

4.1 Noções gerais

Para se efetuar uma contratação por emergência, a legislação obriga a existência da “[...] presença emergencial ou calamitosa decorrente de fato imprevisível” e a demonstração de que “[...] tal situação emergencial não se tenha originado da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis”.

Assim, temos que observar se de fato neste tipo de contratação está caracterizada a emergência “real”, ou seja, aquela que decorre de situação imprevisível, alheia à vontade do administrador ou se, por outro lado, está configurada esta emergência “ficta” (ilusória) ou “fabricada”, ou seja, quando é provocada pela morosidade ou incúria (negligência) administrativa.

Uma situação recorrente neste característico processo de licitação refere-se a administradores que interessados em prover o bem-estar de forma mais rápida fazem uso das prerrogativas disponíveis para a contratação direta, quais sejam: os casos emergenciais, e urgentes como requisito para dispensa da licitação, deixando muitas das vezes de cumprir as formalidades exigidas.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União entende que:

entendo remanescer a constatação de que a situação emergencial alegada na contratação direta tenha sido criada por exclusiva culpa da administração, que se descurou de acompanhar *pari passu* a execução do contrato de modo a reconhecer-lhe, com a devida antecedência, a situação de improrrogabilidade. Mas entendo que a gravidade da falha foi sobremodo reduzida, principalmente pela inexistência de elementos de dolo ou má-fé, como reconhece a própria Unidade Técnica, circunstância essa reforçada pela anuência do setor jurídico da entidade à contratação direta. Aproveita também à avaliação da conduta subjetiva do agente, o seu pouco tempo na função.⁵⁷

⁵⁷ Acórdão nº 87/2007, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes

Diz-nos o Professor Hely Lopes Mirelles que: “O reconhecimento da emergência é de valoração subjetiva , mas há de estar baseado em fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a dispensa de licitação.”⁵⁸

O inciso IV, do art. 24, é infático ao dispor sobre o tema: “[...] nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares[...].”⁵⁹. Baseado nesse dispositivo cabe ao Administrador, dentro de sua competência, ter a compreensão do que é emergência real e distingui-la da chamada emergência “fabricada/ criada”.

Emergência fabricada é a situação em que a Administração deixa de tomar a tempo as medidas necessárias para a realização de uma provável licitação evitando o agravamento ou possibilitando que determinado fato previsível venha ocorrer colocando em risco interesses de uma coletividade.

Enfim, o Estado permite a dispensa de licitação como regra no caso da emergência, tendo em vista que a situação não poderia aguardar os prazos tradicionais do procedimento licitatório. Entretanto, deve-se estar atento para que a dispensa não ocorra baseada na emergência “fabricada”, isto é, nestes casos não há urgência e sim negligência.

Identificando tal procedimento cabe punição ao agente que por omissão, negligência ou morosidade deixou de adotar as medidas necessárias previamente, após apuração em que fique tudo devidamente comprovado.

⁵⁸ *Licitação e Contrato Administrativo*.p.287

⁵⁹ BRASIL. *Vade Mecum Universitário de Direito Rideel*. p. 1552

4.1.1 Quando provocada pela desídia do administrador

Em casos de emergência ou calamidade pública, não basta apenas alegar a ocorrência das mesmas, é necessário demonstrar também que a contratação se afigura como instrumento efetivo de atendimento a esses casos. Isso exige que a administração demonstre não apenas a necessidade de contratação, mas também sua utilidade.

Importante ressaltar que as medidas adotadas devem ser precedidas de todas as justificativas possíveis sobre a ocorrência motivadora da contratação com dispensa de licitação, enfatizando a viabilidade concreta do atendimento aos interesses públicos.

Entretanto, ênfase especial deve ser dada aos casos cuja ocorrência for originada, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da má gestão de recursos disponíveis enfim, pela desídia administrativa, ou seja, quando a situação de emergência decorre por culpa, dolo ou negligência de quem cabia a responsabilidade de agir preventivamente a fim de evitar essa situação.

Conforme entendimento do Tribunal de Contas da União:

Por sua vez, o indício de irregularidade 14 (contratação por dispensa em desacordo com o parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.666/93) cuida de **emergência fabricada**, fruto da falta de planejamento dos gestores da Infraero.

29. Trata-se de contratação emergencial em que Infraero dispensou a licitação, com fulcro no inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. Esse tipo de contratação, como se sabe, deve servir apenas para atender a situações emergenciais. A Infraero, no entanto, não se utilizou da contratação em comento para atender à situação que pudesse ocasionar prejuízo ou que comprometesse a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens públicos no Aeroporto Marechal Rondon. O TC 030/EG/2006/0019 teve como objeto a conclusão de toda a obra dos Setores A, B e C do citado Aeroporto. Além disso, não houve qualquer meio, por mais simplificado que fosse, de escolha da proposta mais vantajosa: limitou-se a Infraero a convidar a empresa Geosolo para executar as obras. Ou seja, a Infraero utilizou-se de meio ilegal para contratar a execução de todo o restante da obra sem promover certame público.

30. Essa irregularidade levou a Infraero a efetuar um contrato com sobrepreço, o que aponta para a conversão destes autos em Tomada de Contas Especial. Havendo essa conversão, a apenação dos responsáveis deverá ser tratada no respectivo processo de tomada de contas. Portanto, entendo que, neste momento, não devem ser aplicadas as multas propostas pela Unidade Técnica para este indício de irregularidade.⁶⁰

⁶⁰ Acórdão 3058/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler

Não pode ser aceita, de forma alguma, a dispensa com base na emergência “fabricada”, isto é, quando situação que anteriormente era perfeitamente previsível e sanável, torna-se calamitosa. Evidentemente que na concretização de tal situação, o interesse público há que ser resguardado e não poderá ser penalizado com a paralização do atendimento ou fornecimento sem a realização da dispensa numa ocorrência derivada exclusivamente por desídia do administrador.

4.1.2 Quando provocada com vontade de produzir ato danoso ao erário (art. 70, CF)

O administrador público não tem poder para contratar segundo seu próprio discernimento, da mesma forma não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal. Ele encontra-se submetido às limitações impostas pela lei, dentre elas destacamos a obrigatoriedade da licitação, como a forma de assegurar a observância dos princípios da impessoalidade, da legalidade, da eficiência, da publicidade e da moralidade nos contratos administrativos.

Por força desses critérios, mesmo se tratando de casos de dispensa de licitação, o princípio da economicidade também impõe ao administrador que, ao contratar, busque as condições mais vantajosas para o erário, evitando, assim, que este possa sofrer qualquer tipo de prejuízo na relação contratual.

Ao deixar de realizar o processo licitatório, insistindo em sucessivas contratações diretas e principalmente valendo-se do argumento da emergência, o administrador causa evidente dano ao erário, na medida em que não permite a livre concorrência de mercado, levando o poder público a contratar pagando preços superiores aos que poderia obter em uma licitação.

Por vezes esse tipo de conduta pode estar aliado a sobrevalorização dos produtos a serem adquiridos sem prévia licitação dada a situação emergencial visando o ilícito de terceiros.

Hely Lopes Meirelles salienta que “[...] o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.⁶¹

È necessário examinar como se dá o efetivo dano ao erário pelo exame minucioso dos contratos celebrados em casos de emergência. Comprovada a conduta fraudulenta do administrador e conseqüente lesão ao erário, tipificar as condutas dos responsáveis e aplicar as sanções previstas em lei para o caso de conduta dolosa ou, no mínimo, com culpa grave por parte do administrador público, já que este deixou de se antecipar com providências que poderiam minimizar os efeitos de um evento e de resguardar o interesse público.

4.1.3 A responsabilidade do administrador

Em relação a uma eventual ocorrência de não realização da Licitação obrigatória, deve ser examinada, primeiramente, em qual das hipóteses da dispensa ou inexigibilidade de licitação elencadas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.888/93, pode ser aplicada a essa ocorrência.

Em referência ao tema da emergência “fabricada” e havendo risco de prejuízo a interesses, a contratação deve ser realizada, mas punir-se-á o agente que não adotou as precauções necessárias. Ficando comprovado que a Administração obteria melhores resultados com o processo licitatório, o administrador responsável pelo processo deverá indenizar o prejuízo decorrente de sua omissão.

A responsabilidade por danos pode ser objetiva ou subjetiva. Objetiva é aquela que para o ressarcimento do dano basta a simples demonstração de sua existência, devendo ser comprovado apenas o nexo de causalidade existente entre

⁶¹ *Direito Administrativo Brasileiro*, p.60.

a ação ou omissão e o resultado danoso. Não é necessário comprovar se o agente agiu ou não com culpa, basta apenas demonstrar a existência do dano.

É subjetiva quando para o ressarcimento do dano deverá ser demonstrada a ocorrência de culpa por parte do agente, além da demonstração do nexo causal existente entre a ação ou omissão e o resultado danoso.

A demonstração de culpa diz respeito a culpa em sentido amplo, ou seja, aquela que abrange tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito (imperícia, imprudência, negligência).

Sendo assim, o agente causador do dano age com dolo quando têm a intenção de causar determinado dano. É, em regra, um ato premeditado, proposital, que pode se dar de forma comissiva (ação) ou omissiva. Por outro lado, podem agir de forma culposa, por meio de imperícia, imprudência ou negligência.

4.1.4 Sanções administrativas, penais e civis aplicáveis

Não se justifica que a desídia do Administrador possa prejudicar ou lesar o interesse público, por meio da realização da licitação, com a finalidade da prestação de serviços públicos, é obrigatoriedade a ser cumprida haja vista a determinação do Poder Público conceder ou permitir a prestação desses serviços através de licitação, conforme determinado no art. 175, inciso I, da Constituição Federal.

Diante de uma situação de emergência, sendo imprescindível a contratação visando o atendimento imediato para evitar que o dano se concretize ou que assuma maiores proporções, exige-se que a Administração comprove além da efetiva necessidade de contratação e confirme também a sua real utilidade.

A dispensa de licitação, nesse caso, estará submetida a um procedimento especial e simplificado para a escolha do contrato que atenda de forma satisfatória a

Administração. É sumamente importante justificar a contratação direta e a impossibilidade material de licitar, comprovando que devido a ocorrência desses fatos ensejaram tal necessidade e, portanto, é absolutamente necessária a justificativa para a dispensa de licitação.

Constituindo-se a dispensa numa exceção à regra, deve ser cuidadosamente aplicada de acordo com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e com as hipóteses referidas no art. 24, da Lei nº 8.666/93, interpretadas e aplicadas pelo administrador de maneira restritiva, sob pena de incorrer nas sanções previstas no art. 89, caput, da citada lei:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público⁶²

Configurando-se conduta inadequada por parte do Administrador, verificar-se-á em quais artigos e qual a tipificação dos delitos praticados objetivando dar eficácia, manter e resguardar a probidade administrativa, assegurando a igualdade entre os licitantes, mediante julgamento objetivo e imparcial das propostas oferecidas.

Assim, além da responsabilidade civil por parte do Estado que pode ser regressiva ao causador do dano, há também formas de responsabilidade penal e administrativa a serem aplicadas a esse agente.

Ressalta-se aqui que a responsabilidade penal também produz efeitos nos processos civil e administrativo. Assim se o administrador público for condenado criminalmente, será obrigado a corrigir o dano e ainda estará sujeito a punição administrativa.

Descartada a culpabilidade do agente, este poderá ser absolvido no juízo criminal considerando-se três hipóteses: 1) absolvição pela autoria do fato, neste

⁶² BRASIL. Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. p. 1563

caso as responsabilidades civil e administrativa estão prontamente descartadas; 2) absolvição por ausência de culpabilidade penal, então as responsabilidades civil e administrativa ainda podem ser buscadas pelo Poder Público, porque neste caso o ilícito penal constitui-se em fato mais grave que o ilícito civil e o agente poderá ser responsabilizado tanto na esfera cível quanto na administrativa; 3) absolvição do agente por insuficiência de provas, ainda assim, o administrador poderá ser condenado civil e administrativamente pois as provas foram insuficientes para a configuração de crime, mas podem bastar para a configuração de ilícito civil e administrativo.

As penas disciplinares no Direito Administrativo Federal Brasileiro são: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão e; destituição de função comissionada.

As sanções penais previstas nos artigos 89 a 99 elencam como crimes:

- a) dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais;
- b) frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação;
- c) patrocinar interesse privado perante a Administração;
- d) alterar contrato em favor do adjudicatário;
- e) perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato da licitação;
- f) devassar sigilo das propostas;
- g) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça ou fraude;
- h) fraudar licitação para aquisição ou venda de bens ou mercadorias;
- i) contratar profissional inidôneo;
- j) obstar a inscrição de interessado nos registros cadastrais.⁶³

Os crimes licitatórios não são tipos criminais contemplados no Código Penal, entretanto a Lei nº 8.666/93, contém vários tipos penais previstos que correspondem a condutas já incriminadas no Código Penal.

A redação do artigo 83 da citada lei “Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo”. Por este artigo o agente administrativo que for condenado está sujeito a duas sanções: uma de caráter penal e outra de caráter administrativo, qual seja, a de perda do cargo ou mandato, devendo ser ambas aplicadas cumulativamente.

⁶³ Id. Ibid. p. 1563-1564

Mesmo que a Lei nº 8.666/93 não contenha regra expressa quanto à aplicação do Código Penal, este se aplica de forma suplementar, baseada no art. 12 da referida Lei, que recomenda a aplicação de lei especial, no caso de omissão da mesma.

Como punição administrativa tem-se a perda do cargo ou do mandato. É uma aplicação do chamado poder disciplinar que é um poder voltado para o interior da Administração Pública, portanto, é exercido internamente e não pode ser confundido com o poder punitivo do Estado, que é realizado por meio da justiça penal. Aos agentes envolvidos em crime licitatório são aplicadas sanções definidas na âmbito da Administração Pública.

As sanções administrativas alcançam o patrimônio na maioria das vezes por meio das multas, e pode atingir também os direitos de que goza o administrado como, por exemplo, a demissão do agente público ou a declaração de inidoneidade da empresa licitante.

Finalmente dir-se-á que as penas cabíveis por cauda da prática de crime licitatório serão tanto mais graves quanto for a gravidade do crime praticado e pode atingir não apenas os direitos e patrimônio, pode alcançar também a própria liberdade. Sua execução depende de julgamento do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

A decisão de não licitar decorre de uma valoração subjetiva da situação e do interesse social envolvido. Quando a norma menciona prejuízo, a realização da licitação é o interesse social (interesse coletivo primário na concepção de Alessi) e não o da administração (interesse público secundário, na concepção de Alessi).

Configurados os pressupostos para a não realização da licitação, a administração deve efetuar a contratação sem o prévio procedimento licitatório. É o interesse social que exige a contratação sem licitação. Assim, a administração está proibida de realizá-la, pois se o fizesse estaria contrariando o interesse social tutelado pelo ordenamento jurídico. Assim é que o aumento da eficiência da administração deve ter por objetivo atender não ao interesse da administração, mas ao da sociedade.

Fica evidente a importância da correta aplicação dos princípios do procedimento licitatório, que por sua vez, são reflexos dos princípios do direito administrativo, estruturalmente normatizados.

Quando a administração procede a escolha de particulares para a prestação de serviços de forma alguma pode dispensar a observação dos princípios das licitações, pois trata-se de uma questão legal e moral.

A licitação é um procedimento administrativo consagrado constitucionalmente, destinado a garantir a obediência ao princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. É esta forma, portanto, o procedimento obrigatório que a Administração Pública tem que cumprir para qualquer tipo de contratação que deseje realizar.

Ainda que seja regra geral no ordenamento jurídico, a licitação admite exceções previstas na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, caracterizadamente quando se trata casos de dispensa (art. 24) ou de inexigibilidade (art. 25) do procedimento licitatório.

Dentre os casos em que a licitação pode ser dispensada destacou-se neste trabalho a situação de emergência e/ou calamidade pública, conforme previsão expressa do art. 24, inciso IV da mencionada lei.

Ênfase maior foi dada a abordagem da emergência que justifica a dispensa de licitação caracterizada por situação fática real, e não meramente em tese,

ocasionada por fato imprevisível ou, embora previsível, mas que não pôde ser evitado.

Observa-se que a contratação direta nos casos de emergência tem lugar quando a situação que a justifica demanda da Administração Pública providências urgentes a fim de evitar prejuízos ou repelir os riscos de danos às pessoas, bens ou serviços, públicos ou privados.

A licitação dispensável por emergência somente deverá acontecer quando plenamente demonstrado a potencialidade do dano que se pretende repelir, bem como a clara indicação de que este constitui no único meio adequado e suficiente para eliminação dos riscos.

Por fim, ressalta-se que a dispensa por emergência do procedimento licitatório acrescenta caráter de singularidade e a não observância dos preceitos constitucionais caracteriza ofensa ao princípio da moralidade pública. O descumprimento dessas formalidades implica em infração de natureza penal tipificada na Lei 8.666/93 e enseja aplicação de sanção no âmbito administrativo, civil e criminal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Dispensa de licitação por emergência*. REDE: Rev. Eletrônica de Direito do Estado. n. 13, jan./mar. 2008. Disponível em:<www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO-2008-ANTONIO%20CARLOSCINTRA> Acesso em: 21 dez. 2011.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1986.

BRASIL. *Constituição (1988) da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado. 1988.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo. Dialética, 2009.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF., 05 jun. 1998.

BRASIL. *Vade mecum universitário de direito rideel*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BRASIL. *Vade mecum universitário de direito rideel*. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.231. Plenário. Relator: Min. Guilherme Palmeira, 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 205. 2 Câmara. Relator: Min. Benjamin Zymler, 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3058. Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 100. Plenário. Relator: Min. Marcos Bemquerer, 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.889. Plenário. Relator: Min. Ubiratan Aguiar, 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 994. Plenário. Relator: Min. Ubiratan Aguiar, 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 292. Plenário. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 87. Plenário. Relator: Min. Augusto Nardes, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg no RMS 24.555/DF. 1 Turma. Relator: Min. Eros Grau, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 640.679/RJ. 2 Turma. Relatora: Min. Eliana Calmom, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 666.878/RJ. 1 Turma. Relatora: Min. Denise Arruda, 2007.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1992.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Renato Geraldo. *A licitação é regra ou exceção: repensando a contratação direta*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.1, n. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 mai. 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SOUZA, Karla Patrícia Polli de. *Dispensa e fracionamento de licitação*. Disponível em: <<http://www.tdbvia.com.br/arquivos/web/dispensa%20e%20fracionamento%20de%20licitacao.htm>>. Acesso em 2 ago. 2011