

AUGUSTO CÉSAR CABRAL DE OLIVEIRA

**LICITAÇÃO DISPENSADA COM FUNDAMENTO NA URGÊNCIA
E UMA ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO DA
ADMINISTRAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neve (IPTAN) como parte dos requisitos para obtenção do título de graduado sob orientação da Professora Esp. Karina Cordeiro Teixeira.

SÃO JOÃO DEL REI – MG

2015

AUGUSTO CÉSAR CABRAL DE OLIVEIRA

**LICITAÇÃO DISPENSADA COM FUNDAMENTO NA URGÊNCIA
E UMA ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO DA
ADMINISTRAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves (IPTAN) como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Karina Cordeiro Teixeira: Orientadora

Prof. (a)

Prof. (a)

São João Del Rei, 26 de maio de 2015

A Deus pela serenidade e coragem durante minha caminhada. Agradeço também, a todos os professores que me acompanharam durante a graduação e, em especial, à Professora Karina responsável pela realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e boa vontade para superar as dificuldades.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbro um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

À minha orientadora Karina Cordeiro Teixeira, pelo suporte em suas correções e incentivos.

Aos meus pais, irmãos, filha, sobrinhos e companheira pelo amor, incentivo e apoio incondicional.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

A Lei de licitações e contratos administrativos – 8.666 de 21 de junho de 1993 traça as diretrizes para que a Administração Pública possa contratar, alienar, adquirir produtos e/ou serviços de modo a atender suas necessidades que se traduzem em um bem maior, qual seja, atingir juntamente com os administrados e, não deixando de observar as determinações políticas e legais, os resultados esperados pela sociedade. Deverá o administrador público se nortear pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na condução de seus trabalhos. Exceção à regra de realização do processo licitatório, à qual está adstrita a Administração Pública, verifica-se nas hipóteses em que o administrador pode contratar de forma direta, considerando as situações de emergência e calamidade pública, justamente porque o tempo que naturalmente se despendia para a realização do certame tornaria inócua a prestação do serviço. Em casos determinados, os acontecimentos extraordinários definidos como emergência podem surgir por má administração ou mesmo desídia do Administrador Público. Diante dessa hipótese surge a questão: realiza-se o processo licitatório para o atendimento da anormalidade que já se estabeleceu, mesmo diante do risco de prejuízo à coletividade ou presta-se o serviço de maneira imediata superando as questões administrativas que motivaram a emergência? A doutrina e a jurisprudência disponibilizada acerca do tema tratam a questão de forma ponderada, o que possibilita aos estudiosos determinar o posicionamento a seguir. De um modo ou de outro, certo é que administrar relaciona-se intimamente a um bom planejamento.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações. Dispensa. Inexigibilidade. Desídia. Emergência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 LICITAÇÕES NOÇÕES GERAIS.....	09
1.1 Breves considerações históricas acerca da licitação no Brasil	09
1.2 Licitações.....	12
1.3 Conceito.....	14
1.4 Modalidades de licitação	16
1.5 Princípios.....	17
2 HIPÓTESES LEGAIS DE CONTRATAÇÃO DIRETA	23
2.1 Dispensa e inexigibilidade do processo licitatório	23
2.2 Diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação	26
2.3 Análise do inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93	28
3 CONTRATAÇÃO DIRETA.....	32
3.1 Situações de urgência que autorizam a administração pública realizar a contratação direta	32
3.2 Contratação direta em decorrência da desídia do administrador	34
3.3 Análise da doutrina e da jurisprudência acerca da legalidade ou não de se contratar por dispensa (inc. IV, art. 24) em razão da ausência de planejamento	36
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
5 REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

Partindo da certeza de que para a Administração Pública contratar, adquirir, alienar bens e serviços deve observar determinado procedimento estabelecido por Lei, este trabalho tem como objetivo analisar a legislação que disciplina o processo de licitação desde seu tratamento mais rudimentar quando começou a ser aplicado, até sua regulamentação atual. Dessa forma, compreendendo que licitação é um procedimento administrativo formal, tomamos por base as atividades da Administração direta e indireta que se submetem ao certame.

Com esse propósito, escolhemos uma gama de doutrinadores renomados que desenvolvem estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666 de 21 de junho 1993. Nas doutrinas, exploramos o certame de uma forma geral, mas, principalmente, os casos de inexigibilidade e dispensa da licitação.

Em determinados casos, a exemplo de uma calamidade pública ou uma emergência, para quais se exige um pronto atendimento das situações, ou seja, não se dispõe do prazo legal estabelecido para a licitação, é autorizado a Administração Pública contratar, adquirir ou alienar de forma direta, em outras palavras, sem observância do devido processo licitatório.

Portanto, surge uma questão a ser levantada: E se a situação emergencial ou calamitosa surgiu por desídia ou má administração do responsável, pode mesmo assim, ser contratada de forma direta os serviços para solução das situações excepcionais?

Percebe-se que nestes casos o atendimento deve ser imediato sob pena de se comprometer a segurança, a saúde e até mesmo a vida dos administrados.

Nesse sentido, com base na análise da doutrina selecionada e da jurisprudência que vem se formando nos Tribunais, nos propomos a responder esse questionamento e apontar os desdobramentos administrativos e jurídicos para os eventos anormais.

Dessa forma, no primeiro capítulo abordaremos além da evolução histórica da licitação que inicialmente era tratada como concorrência apenas, também sua atual conceituação doutrinária e legal. Ainda no capítulo elementar, trataremos os princípios da Administração Pública para os quais deve aquiescência a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Delimitando mais o objetivo do trabalho, no segundo capítulo apresentaremos os casos de dispensa e inexigibilidade do processo licitatório. Faremos a diferenciação

entre os institutos e focaremos o estudo no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, que trata dos casos de dispensa da licitação em situações de emergência.

No terceiro e último capítulo, nos propomos a analisar as hipóteses em que o administrador pode contratar de forma direta, oportunidade em que serão explorados casos concretos. Decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União no sentido da contratação direta por parte da Administração Pública contribuem para o desenvolvimento do tópico. Por fim a análise da doutrina e da jurisprudência acerca da legalidade ou não de se contratar por dispensa em razão da falta de planejamento encerra o trabalho.

1. LICITAÇÕES NOÇÕES GERAIS

1.1 Breves considerações históricas acerca da licitação no Brasil

Nos primórdios do século XX, ainda no quadro do Estado Liberal, o Conselho de Estado francês elaborou os elementos fundamentais da teoria do contrato administrativo. A própria ideia de um contrato em que o poder público fosse parte suscitou dúvidas e controvérsias. Alegava-se que a Administração não poderia celebrar contratos em virtude da posição de supremacia de que desfrutava em relação ao particular; o atendimento ao interesse público, por outro lado, impediria todo tipo de vínculo contratual; argumentava-se, ainda, que as relações entre a Administração e particulares só nasciam mediante a edição de atos administrativos. (MEDAUAR, 1992, p. 196).

Ainda no decorrer do século passado, surgiram vários institutos para a licitação. Iniciou-se com alguns bastante limitados.

O procedimento licitatório não surgiu no País da forma como é realizado atualmente. Para se operar as licitações conforme a Lei 8.666/1993 foi percorrido um longo caminho.

No passado, um fornecedor privilegiado fornecia bens e serviços ao Estado sem qualquer critério objetivo, de modo a oferecer à Administração Pública, a possibilidade de realizar o melhor negócio ou a oportunidade de concorrência com igualdade de condições aos interessados (proponentes).

A partir de 1964, ano no qual foi editada a Lei 4.401, que a licitação passou a ser prevista como procedimento de compras públicas realizada pela Administração Pública. Até então, os dispositivos legais tratavam o procedimento como “concorrência”.

Até esta data podem ser mencionados os seguintes dispositivos legais:

- 1) Código de Contabilidade Pública da União - Decreto-Legislativo n. 4.536 de 20/01/1922;
- 2) Código de Águas - Decreto n. 41.019, de 26/12/1957;
- 3) Lei n. 4.320 de 17/03/1964.

Salomão, apud, o professor Faria, Curso de Direito Administrativo Positivo. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pág. 256, aponta que em 1965, a Emenda n. 15 à Constituição Federal de 1946 introduziu o termo concorrência pública no texto da Carta

então vigente. Foi nessa época que o instituto conquistou, com críticas, a magna posição de norma constitucional.

Um pouco adiante, no ano de 1967, precisamente em 25 de fevereiro, o Decreto-Lei 200 promoveu um comando objetivo à licitação.

O fato de na Constituição de 1967 não haver norma expressa dispondo sobre a competência para legislar sobre licitação, culminou com a formação de duas correntes doutrinárias, assim destacadas em uma de suas obras por Di Pietro (2011, p. 369-370):

[...] uma dessas correntes entendendo que licitação é matéria de direito financeiro, a respeito da qual cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas (art. 8, XVII, *c* e § 2); e outra vendo a licitação como matéria de direito administrativo, de competência legislativa de cada uma das unidades da federação. Para os adeptos da primeira corrente, essas normas eram válidas; para os da segunda, elas eram inconstitucionais e feriam o princípio da autonomia das unidades federadas para legislar sobre essa matéria.

Novas regras iam sendo definidas para o surgimento das modalidades de licitação hoje existentes. Concorrência, Convite, Tomada de Preços, concurso, Leilão.

Em 21 de novembro de 1986, no governo Sarney, o Decreto-Lei 2.300 reestruturou a licitação e dispôs sobre contratos administrativos da Administração Federal.

A Constituição Federal de 1988 pôs fim à controvérsia entre as duas correntes doutrinárias anteriormente mencionadas, dando competência privativa à União para legislar sobre "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle" (art. 22, XXVII).

O art. 37 da Carta Constitucional determinou os princípios a serem observados pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas

indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Conclusão lógica do art. 22, inciso XXVII da CR/88, é que a União tem competência privativa para editar normas gerais de licitação e que, estas normas, devem ser complementadas pela Legislação Estadual e Municipal.

Os princípios a serem observados, as hipóteses de obrigatoriedade para licitação, bem como, as pessoas submetidas a este procedimento e a faculdade do legislador infraconstitucional determinar situações em que a licitação não será realizada (casos de dispensa e inexigibilidade de licitação), verificam-se no *caput* do art. 37 e inciso XXI da CR/88.

Evolução contínua, pós-governo Collor, foi aprovada em 21 de junho de 1993 a Lei 8.666, considerando o momento que o Brasil passava e o boato de que o Decreto-Lei 2.300 favorecia a corrupção. Assim sendo, a Lei 8.666/93, baseou-se no Decreto-Lei 2.300, com algumas alterações, se destacando a limitação ao Poder Público Estadual e Municipal em Legislar sobre a matéria, em consonância com a Constituição Federal de 1988.

Uma das modalidades de licitação, o Pregão, surgiu com o advento de dispositivo infraconstitucional. Foi instituída pela Lei 10.520/2002 diante da necessidade de se criar uma modalidade menos complexa que as demais para as alienações e contratações por parte do Ente Público. (SALOMÃO, 2013, p. 13).

Aduz Di Pietro (2011, p. 371) sobre legislações que tratam do procedimento licitatório:

A Lei Complementar n. 123, de 14-12-06 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), que, nos artigos 42 a 49, contém normas sobre licitação, favorecendo as microempresas e empresas de pequeno porte; a Lei n. 11.488, de 15-06-07, que no artigo 34 determina a aplicação da Lei Complementar n. 123/06 às Sociedades Cooperativas, e a Lei n. 12.462, de 04-08-11, que, dentre outras medidas, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

Quanto à concessão e permissão de serviços e obras pública Di Pietro (2011, p. 369) expõe que:

[...] aplica-se, em matéria de licitação, a Lei n. 8.666/93, parcialmente derogada pela Lei n. 8.987, de 13-02-95. Em relação à parceria público-privada, essas duas leis aplicam-se, parcialmente derogadas pela Lei n. 11.079, de 30-12-2004.

No que se refere aos contratos de serviços de publicidade, estão disciplinados pela Lei n. 12.232, de 29-04-2010.

Segundo esclarecimentos de Justen Filho (2010, p. 446),

A MP n. 495/2010 introduziu relevantes inovações sobre o regime das licitações, especificamente para assegurar que as contratações públicas sejam um instrumento também para promover o desenvolvimento nacional.

Assim, de forma breve e objetiva, foram apresentadas as considerações históricas acerca da evolução da licitação no Brasil, com o intuito de verificar as tendências e influências que o procedimento licitatório seguiu em sua evolução.

1.2 Licitações

A Administração Pública, por suas entidades estatais e autárquicas, realiza obras e serviços, faz compras e aliena bens. Para essas atividades precisa contratar, mas os seus contratos dependem, em geral de um procedimento seletivo prévio, que é a licitação. (MEIRELES, 1979, p. 03).

Buscar sempre a realização do melhor negócio é natural a todas as pessoas. No entanto, essa procura é, para umas, facultativa, e, para outras, obrigatória. Diz-se facultativa para os particulares. Em relação às pessoas públicas, a exemplo da União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as Autarquias se tornam obrigatória como regra.

Gasparini (2011, p. 528), discorrendo sobre a seleção da melhor proposta informa que:

esta deve ser feita segundo critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre as apresentadas por interessados que pretendem contratar com a entidade obrigada a licitar e que atenderam ao seu chamamento, promovido mediante instrumento convocatório disciplinador de todo o procedimento, denominado para alguns, *lei interna de licitação e do contrato*. Assim, não pode ser aproveitada qualquer proposta, ainda que seja melhor que a melhor das apresentadas, se não integrar esse procedimento.

Esse *iter* percorrido no intuito de encontrar a melhor proposta denomina-se licitação e é regulado pelo Direito Administrativo.

O fato da licitação se amoldar no âmbito do Direito Administrativo, o que

consequentemente a torna um procedimento oficial, não exclui seus atos de apreciação externa.

Ao falar em procedimento administrativo, Di Pietro (2011, p. 368),

esclarece estar-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do proponente, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento dos recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas, etc. Por parte do particular, a retirada do edital, as propostas, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações.

Continua a mesma autora, em relação à expressão ente público no exercício da função administrativa, esclarecendo que, "esta se dá pelo fato de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação" (DI PIETRO, 2011, p. 368).

A Administração Pública, através do edital ou carta convite, abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório a possibilidade de apresentação de proposta. Por isso é comum afirmar que o edital é a lei da licitação e do contrato. (DI PIETRO, 2011, 369).

Concluindo em relação às expressões que se destacam na definição de licitação, a autora em questão analisa a possibilidade de formularem propostas dentre as quais a Administração Pública selecionará a mais conveniente para a celebração do contrato e,

observa que no direito privado, em que vigora o princípio da autonomia da vontade, o contrato celebra-se mediante a apresentação de uma proposta que o outro aceita. No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares do edital. (DI PIETRO, 2011, 369).

O procedimento de licitação reduz decisivamente a liberdade de escolha do administrador. Importante destacar os critérios de decisão para o resultado final do procedimento, doutrinados por Justen Filho. (2010, p. 447).

Por regra, o resultado final não decorre de critério decisório subjetivo. Vence a licitação a proposta que se configura como a mais satisfatória segundo critérios objetivos. Isso significa que, ainda que se mudassem os julgadores, a decisão adotada na última fase teria de ser a mesma.

Dessa forma, o edital apresentado para a licitação é a norma a ser seguida pela Administração Pública e os interessados na concorrência.

1.3 Conceito

A licitação possui suas definições doutrinárias, jurídicas e legais que passamos a analisar a partir de agora.

A Constituição Federal de 1988 dispõe,

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

[...]

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

A Lei 8.666/93 regulamenta o dispositivo constitucional instituindo normas de licitação e contratos da Administração Pública, definindo o certame em seus três primeiros artigos.

No art. 1º estabelece 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.

No parágrafo único, do art. 1º, especifica que além dos órgãos da administração direta, subordinam-se ao regime desta Lei, todas as entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

As situações nas quais a Administração Pública pode se envolver com terceiros estão previstas no art. 2º da Lei, que determina serem necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses legais.

O parágrafo único, do art. 2º, faz considerações acerca do contrato entre os órgãos ou entidades da Administração Pública e os particulares.

O art. 3º seria a definição constitucional de licitação, que institui ao que ela se destina e os princípios a serem observados, sendo eles, acima de todos, o da isonomia, sucedido por legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e probidade administrativa. A seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável são imposições para o processo de julgamento das propostas que deverão estar em estrita conformidade com instrumento convocatório, critério objetivo de análise.

Doutrinariamente, a licitação se define de maneira semelhante entre os estudiosos do Direito Administrativo. Dentre eles, Gasparini (2011, p. 528),

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

Di Pietro, conceitua, aproveitando parcialmente orientação de José Roberto Dromi (1975, p. 92) licitação da seguinte forma:

procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato. (DI PIETRO, 2011, p. 368).

Petrônio Braz define a licitação de modo sintético quando diz “ser o conjunto de procedimentos adotados pela Administração Pública visando à aquisição de serviços ou aquisição e alienação de bens”. (BRAZ, 2012, p. 33).

Segundo Meirelles (1979, p. 06):

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais, e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório e o contrato subsequente.

Considerado por muitos, o “Papa” das interpretações sobre a Lei de licitações, Marçal Justen Filho traz sua definição para licitação,

afirmando que é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 446).

A definição de Marçal é a mais completa no sentido técnico, não deixando de observar nenhuma situação que a Lei impõe para o procedimento, destacando a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e a promoção do desenvolvimento nacional, tendência atual, que passou a fazer parte do *caput* do art. 3º da Lei 8.666/93 a partir de 2010 com o advento da Lei 12.349.

Conceituada a licitação, passemos a análise dos princípios norteadores do certame.

1.4 Modalidade de Licitação

Segundo o art. 22, da Lei 8.666/93, são modalidades de licitação:

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

Na modalidade concorrência podem participar quaisquer interessados que comprovem os requisitos mínimos exigidos no edital. Os interessados deverão desenvolver atividade pertinente ao objeto da licitação. A comprovação dos requisitos estabelecidos se dará na fase inicial ou de habilitação.

Para a tomada de preços os interessados deverão obrigatoriamente cumprir com todas as exigências estabelecidas no cadastramento. Detalhe importante é que as formalidades devem ser cumpridas com três dias de antecedência ao recebimento da proposta.

A variante convite é a mais simples de todas. A Administração pode escolher

quem quer convidar em um número mínimo de três entre os possíveis interessados, mesmo que não tenham se cadastrado. Para a divulgação basta a afixação do edital no quadro de avisos do órgão ou entidade.

O tipo concurso, que não é o procedimento realizado para a contratação de pessoal, está relacionada com aptidões intelectuais. Geralmente utilizada para escolha de trabalhos técnicos, científicos ou artísticos. Como exemplo podemos citar concurso realizado para contratar projetos arquitetônicos.

Na espécie leilão, a Administração vende bens móveis que não lhes são mais úteis e produtos legalmente apreendidos ou empenhados. Os imóveis adquiridos em procedimentos judiciais ou dação em pagamento também poderão ser alienados através de leilão. Vence quem oferecer o maior lance. O edital fixará as regras de adjudicação.

Em 2002 a Presidência da República instituiu a Lei 10.520 que passou a dispor sobre a modalidade de licitação pregão na qual os interessados oferecerem bens comuns à Administração. Os lances são sucessivos e decrescentes, ou seja, “quem dá menos”. Característica marcante do pregão é a inversão das fases procedimentais, primeiro são abertos os envelopes de propostas para depois serem julgadas as habilitações.

1.5 Princípios

Antes de adentrarmos na análise dos princípios específicos para o procedimento de licitação, façamos considerações iniciais sobre os sentidos *vulgar* e *técnico* do vocábulo princípio.

Segundo Petrônio Braz, (2012, p. 67).

o Aurélio esclarece que princípio, no sentido vulgar, é o momento em que alguma coisa tem origem: causa primária; no sentido técnico, é o elemento predominante na constituição de um corpo orgânico: primícias; proposição que se põe no início de uma dedução e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado. São princípios os axiomas, os postulados, os teoremas.

O mesmo autor, se referindo à Administração Pública, destaca os princípios norteadores de suas atividades e que encontram inseridos diretamente no art. 37, da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (BRAZ, 2012, p. 69).

A Lei 8.666/93 reitera os quatro princípios acima mencionados e acrescenta os da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do

julgamento objetivo.

Braz *apud* Justen Filho destaca que toda atividade administrativa do Estado é norteada pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. (BRAZ, 2012, p. 69).

A conclusão é “que todos os mencionados princípios se entrelaçam como os elos de uma corrente, e o rompimento de um deles provoca a nulidade do ato administrativo, com a consequente responsabilização do agente que houver dado causa a essa irregularidade.” (TOLOSA FILHO 2013, p. 13).

Estudos demonstram que não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação. José Roberto Dromi (1975, p. 134) indica dois: o da livre concorrência e o da igualdade entre os concorrentes; Sayaguéz Laso (1940, p. 52-53) também aponta dois: o da igualdade de todos frente à Administração e o estrito cumprimento do edital; Adilson Abreu Dallari fala em três princípios: os da igualdade, publicidade e rigorosa observância das condições do edital (1973, p. 33); a esses três Celso Antônio Bandeira de Mello (1980, p. 2) acrescenta o da possibilidade do disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores.

Hely Lopes Meirelles (2000, p. 265) relaciona maior número de princípios: procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória. (DINIZ, 2011, p. 372).

O art. 37, *caput* da Constituição Federal e o art. 3º da Lei 8.666/93 mencionam de forma expressa os princípios a serem obrigatoriamente observados pela Administração Pública na condução de suas atividades de uma forma geral e, também, no trato de suas relações com terceiros objetivando celebrar contratos. Não obstante, outros princípios não previstos expressamente podem ser mencionados, em especial o da adjudicação compulsória seguindo a linha de Hely Lopes Meirelles, o da ampla defesa, o da razoabilidade, o da motivação, o da participação popular, todos eles decorrendo expressa ou implicitamente da própria Lei nº. 8.666/93 e de outras leis esparsas, estando amplamente consagrados no direito brasileiro. Mais recentemente, fala-se em princípio da sustentabilidade da licitação ou princípio da licitação sustentável. (DINIZ, 2011, p. 373).

Tolosa Filho (2013, p. 14-21) menciona os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Princípio da Legalidade – Em geral a Administração Pública, através de seus agentes, somente pode realizar o que a Lei expressamente autorizar. [...]

Ao ultrapassar essa delimitação, a discricionariedade passa para o campo da arbitrariedade e, portanto, torna o ato ilegal.

Princípio da Impessoalidade – se caracteriza no ajuste ao princípio da isonomia e da igualdade, [...]

O ato administrativo deve ser genérico, dirigido de forma abrangente a todos os administrados, não objetivando o atendimento a determinado cidadão ou empresa.

Princípio da Moralidade – o administrador público ao cumprir a Lei deve harmonizá-la com a honestidade e os anseios sociais, consubstanciando-se a probidade administrativa.

A atividade administrativa deve ser exercida não somente pelos preceitos legais, mas também a esses preceitos deve-se adicionar o senso de *moram* comum.

Princípio da Publicidade – os atos administrativos devem, para que se revistam de eficácia, ser levados ao conhecimento público, defluindo o princípio da publicidade. Portanto, dar publicidade ao ato é torná-lo de conhecimento geral, dentre outras finalidades, para que possa ser exercido o controle de sua regularidade. [...]

Dar publicidade aos atos não significa, só e necessariamente, publicá-los em órgão de imprensa oficial ou outro meio que lhe faça as vezes, mas também, afixá-lo em local de fácil acesso ao público em geral.

Princípio da Eficiência – No campo das despesas públicas, por eficiência temos o atendimento às necessidades dos administrados dentro de rígidos padrões de quantidade, qualidade e de efetiva utilidade, aliados à escolha da proposta mais vantajosa. [...]

O licitante também tem o direito de questionar o objeto da licitação, quando julgá-lo ineficiente, por excesso ou por deficiência de condições técnicas requeridas, competindo à Administração demonstrar a sua utilidade e eficiência, ou seja, justificar a sua necessidade.

Braz (2012, p. 69/81) relaciona os princípios da isonomia, legalidade, publicidade, moralidade, finalidade, da probidade administrativa, supremacia e indisponibilidade do interesse público, do julgamento objetivo, da vinculação ao edital e do procedimento formal.

Quanto aos princípios da legalidade, moralidade e publicidade, as definições para o autor em comento são semelhantes à do anterior.

Princípio da Isonomia – de total aplicação nos procedimentos licitatórios. Por meio deste princípio, o que a ordem jurídica pretende firmar e confirmar é a impossibilidade de tratamento desigual injustificado. [...]

O tratamento desigual há de encontrar limites de razoabilidade para que seja legítimo.

Princípio da Finalidade – todo ato jurídico supõe uma finalidade, [...]

A realização do bem comum é, sem dúvidas, o elemento finalístico, se bem que não o único, da Administração Pública.

Princípio da Probidade Administrativa – também inscrito como

princípio constitucional, veda aos agentes políticos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo. [...]

Qualquer ato do administrador que contrarie o mínimo ético reclama uma sanção que é todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra, pois o Direito é uma regra social obrigatória.

Princípios da Supremacia e da indisponibilidade do interesse público – As prerrogativas da Administração, vinculadas ao interesse público, ultrapassam os interesses individuais para atingir o patamar dos interesses coletivos; daí a necessária supremacia ofertada pelo ordenamento jurídico. Essa situação eleva o interesse público à condição de indisponibilidade, que confina a atuação do administrador ao fim exclusivamente público dos atos da licitação.

Princípio do Julgamento objetivo – o edital deverá definir com clareza o tipo de licitação. O julgamento objetivo resulta do princípio da vinculação ao Edital, que deve prever os critérios de julgamento, e vêm definidos no art. 45 do Estatuto.

Princípio da Vinculação ao edital ou instrumento convocatório – o edital ou convite vincula os licitantes e a Administração aos seus termos, estabelecendo o art. 41 da Lei das Licitações que a Administração não pode descumprir as normas do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. O edital ou convite é a lei interna da licitação.

Princípio do Procedimento formal – normatiza o parágrafo único do art. 4º, do Estatuto das Licitações, que o procedimento licitatório caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública. BRAZ (2012, p. 69/81)

Gasparini, (2011, p. 532/547) apresenta além dos axiomas acima mencionados os princípios da padronização, da competitividade e da fiscalização da licitação.

Princípio da Padronização – as compras estabelece o art. 15, I, do Estatuto Licitatório, sempre que possível, devem atender ao princípio da padronização, que imponha a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas, diante do desejado pela Administração Pública à vista do interesse público. Padronizar significa igualar, uniformizar, standardizar. Padronização, por sua vez, quer dizer adoção de um estander, um modelo.

Princípio da Competitividade – A Lei federal das Licitações e Contratos com a Administração Pública estabelece que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação ou que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos proponentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante ao objeto do contrato (art. 3º, §1º, I).

Princípio da Fiscalização da Licitação – de pouca valia seria a licitação se os proponentes e os cidadãos não pudessem fiscalizar a Administração Pública licitante no que concerne à instauração e realização desses procedimentos e à contratação. [...]

O art. 4º da Lei 8.666/93 estabelece que “todos quantos participem de

licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.” O §8º do art. 7º “qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários”. Entre outros dispositivos da Lei de Licitações.

Di Pietro (2011, p. 382/384), acrescenta os princípios da adjudicação compulsória, da ampla defesa e da licitação sustentável.

Princípio da Adjudicação compulsória – significa, segundo Hely Lopes Meirelles (2003, p. 267), que a Administração não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor. “A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo”.

Princípio da Ampla Defesa – já reconhecido, em alguns casos concretos, pela jurisprudência. [...] O art. 87 da Lei 8.666/93 exige a observância da ampla defesa para aplicação das sanções administrativas.

Princípio da Licitação Sustentável – liga-se à ideia de que é possível, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente.

[...] propiciar maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução de emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

Justen Filho (2010, p. 452), agregando à relação de princípios destacada pelos administrativistas mencionados, apresenta o princípio da eficácia administrativa/vantajosidade – eficiência econômica.

Princípio da Eficácia administrativa – não bastam honestidade e boas intenções para a validação de atos administrativos.

[...] A eficácia consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico e político. Como os recursos públicos são escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. Há dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público.

A vantajosidade que se relaciona com questão de eficiência econômica e que nenhuma licitação pode ser norteadada apenas por princípios jurídicos. É imperioso que a sua concepção e o seu desenvolvimento sejam informados pelos conhecimentos fornecidos pela Economia, para assegurar a melhor relação possível entre os desembolsos da Administração Pública e os benefícios daí resultantes.

A partir das considerações históricas acerca da evolução da licitação no Brasil, conceituação e definição dos princípios norteadores do certame verificamos como o

instituto se desenvolveu até o ponto em que é trabalhado atualmente, desta forma, o primeiro capítulo se conclui.

No segundo capítulo, desenvolveremos o estudo sobre o artigo 24, IV da Lei 8.666/93 que estabelece exceção à regra para a qual devem ser precedidas de licitação as contratações a serem realizadas pela Administração Pública.

2. HIPÓTESES LEGAIS DE CONTRATAÇÃO DIRETA

2.1 Dispensa e inexigibilidade do processo licitatório

A licitação é a praxe; contudo, há situações em que se torna mais racional para os interesses da Administração a sua não realização. (BASTOS, 2001, p. 136).

A legislação especial estabelece as seguintes situações em que o contrato administrativo será formalizado sem a realização do certame: inexigibilidade, dispensa e, ainda, aquela que a doutrina estabeleceu chamar de dispensabilidade.

No caso de obras, serviços e aquisição de bens, conforme determina a Constituição Federal e a Lei de licitações e contratos administrativos - 8.666/93, a Administração Pública deverá observar os limites de valores impostos.

O art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior (art.22) serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior

- a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). (BRASIL, 1993).

Delimitando o âmbito de abrangência para os casos de dispensa e inexigibilidade da licitação por parte da Administração Pública e de acordo com a primeira parte do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o legislador especificou nos artigos 24, 25 e seus incisos, as situações possíveis para o afastamento da licitação. Pelo exposto, conclui-se com Benedicto de Tolosa Filho (2013, p. 36)

que a relação de situações e casos em que é permissivo o afastamento da licitação é exaustiva, isto é, não poderá ser ampliada a não ser em virtude de lei ou de instrumento legal que lhe faça as vezes, cuja

competência é privativa da união, com fundamento no disposto pelo inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal.

O legislador, ao definir os casos de dispensa de licitação, levou em consideração, de forma objetiva, a relação econômica custo benefício, observando de um lado, o custo econômico e o custo temporal da licitação para a Administração e, de outro, a destinação da contratação. (BRAZ, 2012, p. 161).

Segundo o *caput* do art. 37 da Constituição Federal “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

A Lei Federal 8.666/93 estabelece no art. 24 e incisos os casos em que a licitação é dispensável. No art. 25 relaciona as situações de inexigibilidade para o certame.

Conforme doutrina Petrônio Braz (2012, p. 156/157)

em todos os casos de dispensa e inexigibilidade do procedimento de licitação deve a Comissão de Licitação justificar, em processo regular, os motivos da decisão. Os casos de dispensa e de inexigibilidade não afastam as exigências gerais da licitação relacionadas à habilitação (habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista).

Nesse sentido já se pronunciou o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em resposta a consulta a ele formulada. Observa a informada Corte de Contas que:

A comprovação da regularidade em relação às Fazendas federal, estadual e municipal busca assegurar a contratação de empresa cumpridora das obrigações tributárias a ela impostas, afastando a possibilidade de uma empresa em situação fiscal irregular vir a figurar como beneficiária de contrato entabulado como o ente público, o que representaria flagrante afronta ao Estado Democrático de Direito. (BRAZ, 2012, p. 160).

Braz, 2012, p. 157 continua aduzindo que, “a contratação direta, em presença da permissibilidade de dispensa ou de inexigibilidade, deve ser analisada com cautela pela Administração, ouvida sempre a assessoria jurídica mediante parecer”.

As exigências para as contratações diretas vão além das formalidades gerais, devendo ser respeitadas as exigências previstas no art. 26, parágrafo único, da Lei Geral de Licitações, *verbis*:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei 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. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005).

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, 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. (MARTINS, Túlio César Pereira Machado, 1983, p. 138).

As hipóteses de dispensa podem ser divididas em quatro categorias:

- a) em razão do pequeno valor;
- b) em razão de situações excepcionais;
- c) em razão do objeto;
- d) em razão da pessoa (DI PIETRO, 2012, p. 391).

A inviabilidade de competição, que justifica a inexigibilidade da licitação está disposta no art. 25, que indica três hipóteses sem excluir outras.

O dispositivo prevê:

1. A aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes (inciso I).

2. A contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (inciso II) [...].

3. A contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (inciso III) [...]. (DI PIETRO, p. 400/403).

Di Pietro, (2012, p. 388) discorrendo sobre a dispensa e inexigibilidade da licitação, menciona o art. 37, XXI da Constituição Federal e esclarece que “quando o dispositivo exige licitação para os contratos ali mencionados, ressalva os casos especificados na legislação, ou seja, deixa em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória”.

Dessa forma, concluindo com Carvalho Filho, (2010, p. 270) dois aspectos devem ser considerados. Primeiramente a excepcionalidade no sentido de que as hipóteses apontadas no art. 24 traduzem situações que fogem à regra geral, este o motivo da fenda no princípio da obrigatoriedade. O outro destaca a taxatividade, ou seja, eventual hipótese de contratação direta a serem realizadas pelo Administrador Público deverá estar expressamente previstas em Lei.

2.2 Diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação

De fato, os dois institutos, inexigibilidade e dispensa de licitação afastam o processo licitatório para as contratações, alienações e aquisições da Administração Pública, no entanto, cada situação possui suas particularidades para justificar a contratação direta. (BASTOS, 2001, p. 136).

Gasparini, (2011, p. 563/564) define:

a licitação dispensada como a ocorrência na realidade da hipótese legal em que a Administração está liberada de licitar por expressa determinação dessa lei. Em tais situações, não cabe à Administração Pública qualquer ato, medida ou procedimento para liberar-se da licitação, pois essa lei já determina sua dispensa.

À respeito da inexigibilidade da licitação, o referido autor entende que:

inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação. Assim, ainda que a Administração desejasse a licitação, esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes. Com efeito, onde não há disputa ou competição não há licitação. É uma particularidade da pessoa que se quer contratar, encontrável, por exemplo, no profissional de notória especialização e no artista consagrado pela crítica especializada. É circunstância encontrada na pessoa com quem se quer contratar a qualidade de ser a proprietária do único ou de todos os bens existentes (GASPARINI, 2011, p. 605).

Justen Filho, (2010, p. 456) corroborando o doutrinador acima mencionado, pontifica existirem hipóteses em que se admite a contratação direta, sem licitação. Que estes casos podem ser agrupados, basicamente, em duas categorias, inexigibilidade e dispensa de licitação individualizando-os da seguinte forma:

À respeito da inexigibilidade de licitação, Justen aduz ser

a adoção da licitação dependente da necessidade e da viabilidade de competição entre os particulares. Existem hipóteses em que a licitação seria inútil, na medida em que seria inviável a competição objetiva entre os potenciais interessados. Assim se passa nos casos em que existe um único particular em condições de ser contratado [...] JUSTEN FILHO, (2010, p. 457).

Quanto à dispensa de licitação, instrui o autor existirem

outras hipóteses em que estão presentes os pressupostos para a competição, e a licitação seria plenamente possível. No entanto, a lei dispensa a sua realização, fundando-se num juízo de proporcionalidade. São os casos em que se pode estimar que os benefícios potencialmente extraíveis de uma licitação serão insuficientes para justificar os encargos necessários à sua realização (JUSTEN FILHO, 2010, p. 457).

Para Gasparini (2011, p. 605)

a inexigibilidade difere da dispensabilidade, já que nesta a licitação é possível, viável, só não se realizando por conveniência administrativa; naquela, é impossível por impedimento de ordem fática, relativo à pessoa que se quer contratar ou com quem se quer contratar. Não se trata, assim, de uma faculdade outorgada à pessoa obrigada, em tese, a licitar, mas do reconhecimento legal de que esta em certos casos pode celebrar o negócio de seu interesse sem o prévio procedimento

licitatório, haja vista a inviabilidade de se instaurar uma competição para a escolha da melhor proposta.

As hipóteses de dispensa são elencadas em um rol taxativo e as de inexigibilidades em rol exemplificativo, sendo facultado à Administração realizar esta forma de contratação direta sempre que verificar a inviabilidade de licitação (MARTINS, Túlio César Pereira Machado, 1983, p. 138)

O ponto marcante na dispensabilidade da licitação é a viabilidade de realização do certame que não acontece por questões de inadequação aos interesses públicos, em outras palavras, os benefícios extraíveis da realização do certame seriam menores do que a mobilização do Poder Administrador para formalizar a concorrência. Na inexigibilidade destaca-se a impossibilidade de competição, seja pelas características pessoais de quem se deseja contratar ou até mesmo pela singularidade do produto que o Gestor Público deseja adquirir, tornando assim, impossível a licitação que por natureza é concorrencial.

2.3 Análise do inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93

Conceituada a licitação, especificado os casos de inexigibilidade e dispensa para certame, bem como diferenciado os institutos, nos propomos a partir de agora, a explorar o artigo 24, IV da Lei 8.666/93.

Art. 24. É dispensável a licitação:

...

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

O inciso e artigo destacados dispõem sobre a contratação direta em situação emergencial ou calamitosa. Para esta, serão traçadas definições doutrinárias sucintas por não ser o objetivo central do estudo.

Di Pietro, (2012, p. 392) aponta a definição legal para o estado de calamidade pública e a situação de emergência que justificam a contratação direta.

o estado de calamidade pública está definido pelo Decreto n. 7.257, de 4 de agosto de 2010, que regulamenta a Medida Provisória n. 494, de 2 de julho de 2010 (convertida em lei n. 12.340, de 1 de dezembro de 2010), para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINADDEC o artigo 2 define a situação de emergência como “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido” (inciso III); e estado de calamidade pública “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido” (inciso IV).

Calamidade publica é a situação que se caracteriza por uma anormalidade que foge às forças humanas, ou seja, advém geralmente de um fenômeno natural provocado por uma ação da natureza a exemplo de inundações, vendavais, epidemias e secas que alterem a atividade do ser humano. A situação de calamidade deverá ser reconhecida por decreto do Poder Executivo. (TOLOSA FILHO, 2013, p. 40).

A emergência caracterizadora da contratação direta encontra seu fundamento no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93 e se estabelece como uma necessidade imediata ou urgente em atender o acontecido ou que está prestes a acontecer, pois do contrário, será prescindível qualquer medida ulterior [...]. Somente o pronto atendimento evitará prejuízos e, acima de tudo, preservará a segurança de pessoas, obras, bens, equipamentos, etc., ou ainda, minimizará as consequências quando a situação emergencial já se instalou. Exemplos reais de quando a Administração Pública deverá prontamente intervir para garantir a normalidade, porque o surgimento não decorreu de qualquer comportamento comissivo ou omissivo, seria o conserto de um reservatório de água cujo vazamento ameaça sua segurança e a restauração do equipamento de balsa, destruído por uma enchente anormal do rio. (GASPARINI, 2011, p. 581/582).

No atendimento à situação emergencial não provocada por desídia do administrador, deve-se observar no momento da contratação de serviços e/ou aquisição de materiais, o extremamente necessário para o atendimento das circunstâncias.

Existe também um prazo para o qual a Administração Pública deverá estar atenta para a realização das providências. O inciso IV do art. 24 prescreve o período máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos contados da emergência ou

calamidade. A dilação de tempo superior descaracterizaria a circunstância de anormalidade.

Exceção à regra do prazo ocorreria se um evento insuperável impedisse por certo tempo, a conclusão do contrato, assim, por esse tempo que a execução contratual foi interrompida, a prorrogação seria legal. Destaque-se que a contratação direta poderá ocorrer novamente, ainda que com o mesmo contratado, se a situação emergencial se repetir.

Em complemento ao que o autor em questão expõe, depreende-se que a situação emergencial deverá estar instalada de fato, não basta o Administrador inserir nas justificativas da contratação direta a palavra “emergência” para que o processo de dispensa de licitação esteja formalizado, assim, estar caracterizado o evento anormal é pressuposto inarredável. (GASPARINI, 2011, p. 582).

Entendimento reiterado do Tribunal de Contas da União nesse sentido é registrado por Gasparini (2011 p. 582/583)

[...] além das formalidades previstas no art. 26 e parágrafo único da Lei n. 8.666/93, são requisitos necessários à correta caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública: a) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; b) a existência de urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens, à saúde ou à vida de pessoas; c) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; e d) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente para afastar o risco iminente detectado (Decisão n. 347/94 – Plenário). C

Tolosa Filho, (2013, p. 41) acrescenta que ao processo Administrativo que aquartela o procedimento de dispensa

devem ser juntados documentos que caracterizem a situação emergencial ou de calamidade, como: fotografias, laudos técnicos, boletins de ocorrência, noticiário produzido pelos meios de comunicação e a indispensável demonstração dos riscos decorrentes da não tomada imediata de providências que possam ocorrer a bens públicos ou particulares e, principalmente, em pessoas, em atendimento ao disposto no art. 26 da Lei 8.666/93.

Depreende-se que a Administração atende às vicissitudes coletivas e supra individuais, significando que a não contratação representa ao fim, um prejuízo para o bem público. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 338/340)

O art. 24, IV, refere-se às situações em que o tempo necessário para se concluir o devido processo de licitação impediria a adoção de medidas indispensáveis para se evitar o dano. A contratação direta representa uma atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela do Estado.

Os autores de forma bastante técnica, conceituam a situação de emergência relacionando uma situação fática anormal com a realização de certos valores. Assim, especificamente para as contratações diretas, emergência significa atendimento pronto a determinados interesses.

A demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano e a demonstração de que a contratação é a via adequada e efetiva para eliminar o risco são pressupostos fundamentais para justificar a contratação direta pela Administração Pública que deverá fundamentar a dispensa da maneira mais completa possível.

Está adstrito ainda, o Administrador, a um prazo fatal que em regra é improrrogável ressalvado os casos de eventos invencíveis que impeçam a continuação e a conclusão de um serviço que vem sendo prestado por exemplo. Quanto ao que adquirir ou contratar, deve ser observado o extremamente necessário para sanar a situação emergencial, considerando que o devido procedimento licitatório deverá estar sendo paralelamente realizado.

Assim, mostra-se de grande relevância a análise das hipóteses emergenciais que autorizam a contratação direta, ainda que a emergência decorra da desídia da administração, tema este a ser abordado no terceiro capítulo.

3. CONTRATAÇÃO DIRETA

3.1 Situações de urgência que autorizam a administração pública a realizar a contratação direta.

Podemos concluir, desde já, que existe para a Administração Pública a obrigatoriedade em realizar licitação para obras, serviços, compras e alienações, exigência essa constitucionalmente definida, ressalvado os casos especificados na legislação pertinente. (MEIRELLES, 2002, p. 265).

A Lei 8.666/1993 diversificou os casos em que a Administração pode ou deve deixar de realizar a licitação, tornando-a dispensada, dispensável ou inexigível. (MEIRELLES, 2002, p. 266).

Uma das situações previstas pela legislação especial é a ocorrência emergencial que demanda o atendimento imediato pela autoridade competente, sob pena de a procrastinação causar prejuízos ou comprometer a segurança dos administrados, de obras, bens ou equipamentos conforme dispõe o caderno licitatório.

O inciso IV, do art. 24 da Lei de Licitações, consigna a hipótese de emergência que justifica a contratação direta caracterizada pela necessidade imediata ou urgente de atendimento ao acontecido ou prestes a acontecer, pois se não for assim, inútil será qualquer medida ulterior. (GASPARINI, 2011, p. 580/581).

Alguns exemplos da caracterização da situação de emergência, extraídos de decisões do Tribunal de Contas da União, são apresentados a seguir:

Decisões n. 1.728/2002, publicada no DOU de 07.01.2003 e Ementa publicada no DOU de 13.09.97, no TC-012561/026/95”.

- a falta de medicamentos essenciais na rede estadual de saúde representava iminente risco à saúde da população. Tal situação impunha ao gestor público o dever de agir com rapidez. Destaca-se que o governo então recém-empossado teve a prudência de adquirir medicamentos em quantidade suficiente para quinze dias, demonstrando que buscava apenas atender uma situação momentânea e os remédios foram adquiridos por preços consentâneos com os vigentes no mercado;

- tem que existir urgência concreta efetiva, isto é, a situação deve decorrer do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos à saúde ou à vida das pessoas.

“Decisão proferida no Processo n. 2002/0120658-6, na Ação de SUSPENSÃO DE SEGURANÇA, em que foi REQUERENTE o ESTADO DO MARANHÃO”.

A Hematologia e Hemoterapia do Maranhão, Hemomar, pode comprar, mesmo sem licitação kits de reagentes para exames laboratoriais de sangue, pelo menos até o julgamento do mérito de um

mandado de segurança impetrado no Tribunal de Justiça do Maranhão. O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Nilson Naves, suspendeu a liminar concedida à empresa Gepe técnica Comercial Técnica e Representações Ltda. que sustava a entrega do material. Nilson Naves considerou que a execução da liminar poderia causar grave lesão à saúde da população maranhense. Assim se manifestou o Presidente do STJ: "Conforme afirma o requerente, a licitação foi dispensada em caráter emergencial, de acordo com o inciso IV, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, em virtude de se encontrar suspenso o processo licitatório nº 106/2002 por haver recursos das licitantes ainda pendentes", observou.

Para o ministro, se fosse possível a espera da solução para o caso, não haveria razão de ser para a dispensa de licitação em caráter emergencial. Sopesando o interesse da saúde local com o da impetrante, tem-se que não é de se exigir o sacrifício do regular processamento e da distribuição de sangue às instituições de saúde do ente federado com o fim de assegurar posterior declaração de legitimidade para a adjudicação dos produtos da empresa, considerou.

Tolosa Filho (2013, p. 39/40) aduz enquadrar-se na figura típica de emergência, ao lado de outras, o fornecimento de alimentação a estabelecimentos penais e hospitalares, reparo de reservatório de água, conserto de ponte e estradas danificadas pela ocorrência de temporal e outros eventos provocados pela natureza, aquisição de vacinas para debelar eventual epidemia etc.

A urgência deve ser concreta e efetiva. Não se trata de urgência simplesmente teórica. Deve ser evidenciada a situação concreta existente, indicando-se os dados que evidenciam a urgência. Conforme apontado no Acórdão acima, um exemplo seria a aquisição de medicamentos a ser efetivada pela Administração Pública. Se este caso for colocado em termos gerais, nunca caberia a licitação. Esta solução seria claramente equivocada, eis que o fundamental consiste na relação entre a necessidade a ser atendida e a solução concreta adequada. Em muitos casos, a Administração dispõe de tempo suficiente para realizar a licitação e promover o contrato que atenderá à necessidade. O problema reside na impossibilidade de aguardar o tempo necessário à licitação para adquirir os remédios. (JUSTEN FILHO, 2012, P. 339).

Ainda, com relação à aquisição de medicamentos mediante processo de dispensa de licitação, a Corte de Contas do Estado de Minas Gerais já decidiu que:

O inc. IV do citado art. 24 prevê a possibilidade de contratação direta, quando demonstrados os casos de emergência ou de calamidade pública, em que fique caracterizada a urgência do atendimento de situações que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras ou serviços.

[...]

O administrador está obrigado a tornar público o estado de emergência ou calamidade pública, que caracterize a urgência invocada, fazendo publicar o decreto municipal necessário e pertinente, ou mesmo motivar seu ato previamente, tudo em regular e formal procedimento de dispensa de licitação, consoante prescreve o art. 26 da Lei nº. 8.666/93.

[...]

De acordo com as notas de empenho e respectivos comprovantes legais de fls. 90 a 109, verifica-se que o Município adquiriu, ao longo do exercício financeiro de 2003, vários itens que são de uso corriqueiro em ambulatórios e hospitais tais como: *nordette*, *aerolin*, *bactrim*, *atacand*, *oncilon*, *berotec*, *buscopan*. Ora, a compra de medicamentos é perfeitamente passível de planejamento, quer quanto ao prazo de entrega, quer quanto à quantidade dos produtos consumidos.

[...]

Assim, para que fosse válida a contratação direta *in casu*, seria necessária a formalização do procedimento de dispensa, na forma estabelecida no art. 26, com a comprovação da hipótese do inc. IV do art. 24, todos da Lei 8.666/93.

Diante do exposto, a aquisição de medicamentos, sem a realização do certame licitatório, deve ser considerada irregular, uma vez que houve flagrante afronta ao inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, e aos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.666/93, [...] (MARTINS, Túlio César Pereira Machado, 1983, p. 140).

A Administração pública direta e também indireta tem como princípios basilares legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, para o caso de uma excelente gestão, o da eficiência, portanto, deve proceder de forma a neutralizar as possíveis emergências ou reduzi-las ao mínimo, restando apenas, eventuais situações de casos furtivos e/ou força maior imprevisíveis à Administração Pública.

3.2 Contratação direta em decorrência da desídia do administrador.

Administrar a União, os Estados ou os Municípios exige planejamento para que as necessidades da população sejam atendidas e a dignidade das pessoas garantida.

Não obstante, situações de emergência surgem por má administração, ou mesmo desídia do Administrador, que por descuido e/ou má fé, intencionando contratar, alienar, “fabrica” esta emergência que, teoricamente, fundamentaria a dispensa da licitação.

A partir dessas hipóteses de negligência do Administrador Público, surge o questionamento: a situação de emergência, seja por desídia ou má administração pública, justifica a contratação direta? Em outras palavras, estabelecida a situação

emergencial, a Administração deve contratar e adquirir o que necessário imediatamente ou realizar o procedimento licitatório estabelecido como regra pela Lei?

Resta claro, pela interpretação literal do inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93, que a emergência justificadora da contratação direta deve ser real, aquela que seu surgimento não decorreu de qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, da Administração Pública.

Gasparini (2011, p. 582) responde aos questionamentos exemplificando que não é de emergência real a situação que deve ser resolvida de imediato (compra de distintivos, hoje, para com eles serem agraciados amanhã os funcionários que completarem 20 anos de serviço público), quando dela já se tinha conhecimento muito tempo antes. Nessa hipótese, diz-se que a emergência é *ficta*, ou fabricada. Em tais casos há negligência, não urgência.

Tolosa Filho (2013, p. 38) traz como exemplo a falta de manutenção em equipamento de uso constante, como um elevador, para qual a postergação de seu conserto não se justifica, devendo ser colocado novamente em funcionamento o mais rápido possível.

Faria (2001, p. 284) aponta que a emergência não pode ser criada, não decorrer do mal ou deficiente planejamento do agente público. Exemplo seria: admita-se que o Ministério da Educação distribua, no início do ano letivo, cadernos e livros aos alunos carentes, matriculados na rede pública de ensino do 1º e 2º graus. Sabe-se que o ano letivo inicia-se, normalmente, no primeiro dia útil de fevereiro. Ora, se em meados do mês de janeiro alegar-se urgência para adquirir os referidos objetos sem licitação, por não haver mais prazo suficiente para compra-los através do procedimento licitatório próprio, essa alegação seria improcedente. Nesse caso, a emergência ou urgência não se configura. Configura-se sim, mau planejamento do órgão de compras do setor financeiro.

Nessa linha de entendimento, a Segunda Câmara do TCU na Decisão nº 300/95 e no Acórdão nº 771/05 destaca que a “falta de planejamento do administrador não é capaz de justificar a contratação emergencial”. Assim, o planejamento inadequado da Administração não justificaria a dispensa da licitação por emergência.

É justamente a demanda temporal da licitação que justifica a dispensa, pois a demora na realização da licitação pode acarretar a ineficácia do processo licitatório. Desta forma, a não contratação imediata do serviço que atenderá a população traria um prejuízo muito maior, na verdade um duplo erro se estabeleceria, ou seja, uma

Administração faltosa que consequentemente gera danos à sociedade administrada. (BRAZ, 2012. p. 166).

A população exposta a situações excepcionais não pode ser punida pelo desleixo público. A sociedade geralmente já está em condições de subordinação ao Poder Executivo em todas as suas esferas de atuação, tendo muitas vezes, seus direitos mitigados por força do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Descentralização, desconcentração, delegação de competências acontecem justamente para que a Administração pública tenha seus “olhos” voltados ao mesmo tempo para todos os seus setores, com o objetivo de limitar o mínimo possível a população e atender plenamente as garantias de seus administrados.

O Tribunal de Contas da União tem formado Jurisprudência neste sentido, reservamos esta análise para o próximo tópico deste capítulo.

3.3 Análise da doutrina e da jurisprudência acerca da legalidade ou não de se contratar por dispensa (inc. IV, art. 24) em razão da ausência de planejamento

Conforme deixamos antever no capítulo anterior, a situação emergencial que, em tese, justificaria a contratação direta, não pode ter decorrido da desídia ou má gestão pública.

Parte da doutrina pátria, em uma interpretação sistemática da legislação, entende que a situação de emergência, para fins de contratação direta com fulcro no art. 24. Inc. IV, da Lei Geral de Licitações, não pode ser “fabricada” pelo administrador público. Assim, o gestor não pode se valer da falta de planejamento e da má gestão dos recursos públicos para decretar situação de emergência e se esquivar da obrigatoriedade de licitar, com base no retro mencionado dispositivo legal. (MARTINS, Túlio César Pereira Machado, 1983, p. 141).

Explorando a jurisprudência da Corte de Contas da União – TCU, identificamos a Decisão nº. 347/94, Plenário, da qual foi Relator o ex-Ministro Carlos Átila Álvares da Silva que em suas razões expôs e o Pleno decidiu respondendo ao Consulente quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese:

[...]

a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº. 8.666/93 são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei:

a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;

[...]

(Decisão 347/1994 – Plenário, Ministro Relator CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA, Sessão 01/06/1994, Dou 21/06/1994).

Interpretando a Decisão 347/1994 do TCU, entende-se que os casos de emergência gerados por Administrador desidioso não justifica a dispensa da licitação, ou seja, a contratação direta com base na alegada urgência não poderá ocorrer.

Luiz Felipe Pires Alves *apud* Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, 1983, p. 142, exemplificando a necessidade de se comprovar a emergência afirma que, se fosse possível basear a compra nas eventualidades fabricadas, a aquisição de medicamentos pela Administração Pública nunca prescindiria de licitação, já que “sempre seria possível argumentar que a demora na aquisição de medicamentos traria prejuízos à saúde pública”.

Esse posicionamento é dotado de razoabilidade se considerado o dever de planejamento e de boa gestão dos recursos públicos. Nesse sentido, já entendeu o Tribunal de Contas de Minas Gerais:

[...] No caso em exame, pela análise dos objetos contratados (prestação de serviços de exames médicos e compra de medicamentos), verifico que as despesas foram realizadas ao longo do exercício financeiro e que a soma dos valores ultrapassou o limite do valor de dispensa de licitação.

[...]

Em se tratando de aquisição de medicamentos e serviços laboratoriais para pessoas correntes, não se concebe ao gestor prescindir-se do planejamento da totalidade das despesas realizadas no exercício financeiro

[...]

Diante do exposto, a realização de exames complementares de saúde e a aquisição de medicamentos para ambulatório municipal, sem o prévio certame licitatório, devem ser consideradas irregulares, uma vez que houve flagrante afronta ao inciso, XXI do art. 37 da Constituição da República, de 1988, e aos art. 2º e 3º da Lei n. 8.666/93, sujeitando o gestor, à época, às sanções impostas pela lei. (Processo Administrativo n. 690.899. Relator: Aud. Gilberto Diniz. Sessão do dia 27/9/2012).

[...]

A “natureza essencial”, a “situação emergencial” e o “risco de lesão à Administração” poderiam a princípio, justificar a contratação inicial, entretanto, o que se vislumbra é a desídia do Administrador Público e a falta de planejamento, podendo falar-se em negligência e não emergência ou risco, o que não autoriza a dispensa fundamentada no inc. IV do art. 24 da Lei Federal n. 8.666/93.

[...]

A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, ou seja, o administrador só pode e deve fazer aquilo que lhe é permitido por lei.

[...]

Portanto, as contratações de serviços [...] foram efetuadas sem a realização de procedimentos licitatórios, contrariando o art. 2º, art. 3º, art. 7º, art. 23, art. 24, inc. IV, da Lei Federal 8.666/93 e art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal de 1988. (Processo Administrativo n. 691.229. Relator: Cons. Elmo Braz. Sessão do dia 12/05/2011).

[...] para dispensar a licitação com base no citado art. 24 seria imprescindível comprovar a ocorrência de situação de emergência ou calamidade no Município, fruto de situação imprevisível e repentina. Não é aceitável que se alegue situação emergencial ou circunstância crítica e potencialmente danosa por falta de planejamento ou por negligência da Administração. Por se tratar de necessidade permanente, a aquisição de medicamentos e de material odontológico exige planejamento criterioso por parte da Administração Pública, de maneira tal que os serviços funcionem sem interrupções. (Processo Administrativo n. 612811. Relator: Cons. Sylo Costa. Sessão do dia 25/09/2003 (MARTINS, Túlio César Machado, 1983, p. 142).

As Decisões contempladas quiseram coibir o que a doutrina denomina “emergência fabricada” provocada pelo Administrador desidioso que de forma fática deu origem à contratação emergencial, ou seja, se a situação excepcional não decorreu de eventos imprevisíveis como uma enchente ou um vendaval, por exemplo, a contratação direta não se justifica pelos procedimentos legais segundo o apontado entendimento.

O que passou a ocorrer na prática foi o seguinte: a Administração ou os administrados ficavam sem a satisfação da necessidade por motivo da proibição de celebração de um contrato emergencial com fundamento no Acórdão nº. 347/1994.

A orientação inicial do Tribunal de Contas da União, no sentido de não ser autorizada a contratação direta pela Administração quando a situação emergencial

decorreu da falta de planejamento evoluiu para que, mesmo nos casos de emergência ter sido fabricada, a licitação poder ser dispensada.

Martins, (1983, p. 143) aponta que o posicionamento que veda a dispensa de licitação não é unânime, já que a impossibilidade da contratação emergencial em decorrência da má gestão da Administração seria mais danosa ao interesse público do que a própria contratação. A conselheira Adriene Andrade assinalou em recente julgado que a análise da emergência deve ser feita em seu resultado e não em sua causa, *in verbis*:

[...] merece destacar a decisão do Tribunal de Contas da União que mitigou a penalização ao gestor por falta de planejamento no que concerne às licitações por meio do Acórdão n. 1138/2011, emitindo emblemática decisão contrária à sua jurisprudência tradicional a respeito da desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis como fonte das situações emergenciais. O Plenário daquela Corte assentou que:

‘A situação prevista no art. 24, IV, da Lei n. 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta [...]’ (Acórdão n. 1138/2011 – Plenário, TC-006.399/2008-2, Relator Min. Ubiratan Aguiar, 04/05/2011).

Para o relator, ‘há que se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, tratando-as com questões distintas’. Nesse quadro, a contratação emergencial ocorreria ‘em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação’. Dessa forma, ‘na análise de contratações emergenciais não se deve buscar a causa da emergência, mas os efeitos advindos de sua não realização’ [...]. (Representação n. 837.075. Relatora: Cons. Adriene Andrade. Primeira Câmara. Sessão do dia 18/12/2012, grifo nosso).

Nesse sentido, e com fundamento na Orientação Normativa nº. 11, da Advocacia-Geral da União, de 1º de abril de 2009, impende ser observado que “a contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei”. (BRAZ, 2012. p. 168).

Justen Filho (2011, 2012, 342/343) aponta jurisprudência do TCU e seu novo entendimento

[...] cumpre destacar a evolução jurisprudencial deste Tribunal acerca da matéria, mediante o Acórdão nº. 46/2002 – Plenário, no sentido de se atribuir o mesmo tratamento, quanto à possibilidade de contratação direta amparada no artigo 24, IV, da Lei nº. 8.666/93, tanto à emergência real, resultante de fatos novos e imprevisíveis, quanto àquela resultante da inércia ou inércia administrativa. Não obstante, nesta segunda hipótese, deve-se analisar a conduta do agente público que não adotou tempestivamente as providências para fins de responsabilização.

5. Assim, de acordo com o novo entendimento desta Corte, a contratação direta também seria possível quando a situação de emergência decorresse da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração. (Acórdão, nº. 46/2002 – Plenário) (Acórdão nº. 2.369/2009, Plenário, rel. Min. Benjamim Zymler).

9. De fato, tenho defendido a necessidade de se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, pois entendo que a contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou do bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação. (Acórdão nº. 1.599/2011, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar).

O mesmo autor, analisando a chamada “emergência fabricada” (2012, p. 341) verifica que

não significa afirmar a possibilidade de sacrifício de interesses perseguidos pelo Estado em consequência da desídia do administrador. Havendo risco de lesão a interesses, a contratação deve ser realizada, punindo-se o agente que não adotou as cautelas necessárias. A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada “emergência fabricada”, em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tenha sido realizada. Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação da emergência). O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Deverá fazer-se a contratação pelo menor prazo e com o objeto mais limitado possível, visando afastar o risco de dano irreparável. Simultaneamente, deverá desencadear-se a licitação indispensável. Ou seja, a desídia administrativa não poderá redundar na concretização de danos irreparáveis aos valores buscados pelo Estado, mas se resolverá por outra via. Comprovando-se que, mediante licitação formal e comum, a Administração teria obtido melhor resultado, o prejuízo sofrido deverá ser indenizado pelo agente que omitiu as providências necessárias. Ademais disso, deverá punir-se exemplarmente o agente público que omitiu o desencadeamento da licitação.

Neste âmbito de responsabilidades da Administração Pública, apurada a incúria do Administrador em devido processo administrativo, legislativo ou judicial, pode restar configurada a improbidade administrativa do agente público que traz consigo consequências severas. Podemos citar a cassação de mandato eletivo, condenação cível e/ou criminal, esta última o tornará inelegível pelo prazo estabelecido na Lei Complementar 135 de 04 de junho de 2010 “Lei da Ficha Limpa”, qual seja, 08 (oito) anos a contar da data do cumprimento da sentença.

Segue Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nesse sentido:

Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes. Data de Julgamento: 13/03/2014. Data da publicação da súmula: 19/03/2014

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE PUBLICIDADE - DISPENSA DE LICITAÇÃO - NÃO VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS - ALEGAÇÃO DE URGÊNCIA - MOTIVAÇÃO NÃO VERIFICADA - VIOLAÇÃO AO ART. 37, CAPUT E INCISO XXI DA CONSTITUIÇÃO E AOS ARTS. 3º E 24, INCISO IV DA LEI Nº 8.666/93 - INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO PENALIDADES.

- A Lei nº 8.429/92 enumera as infrações praticadas por qualquer agente público, no exercício de suas funções, trazendo suas respectivas punições, abrangendo, inclusive, as condutas praticadas indistintamente por todos os agentes políticos, que são investidos em seus respectivos cargos.

- Os negócios praticados pela Administração Pública, com vista a atingir suas finalidades, devem ser precedidos do devido procedimento licitatório, de forma a permitir que haja controle, pela própria Administração Pública e pelos cidadãos, da licitude e legitimidade das contratações, [...]

- Os contratos em que o objeto é "a prestação de serviços de comunicação social, dentre eles publicidade e propaganda, [...] e outros elementos de comunicação em geral" não se enquadram nas hipóteses de dispensa de licitação, muito menos aquela prevista no art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações.

- Os atos ilegais do administrador público são aqueles que importam em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou que atentam contra os princípios da Administração Pública, devendo o agente público infrator ser submetido às penalidades cominadas no art. 12 da referida lei, exceto a de "ressarcimento integral do dano", quando este não for devidamente demonstrado.

- As sanções devem ser fixadas em patamares

condizentes com a aplicação dos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.

Além das penalizações apontadas anteriormente, pode o Administrador receber multa a critério do Tribunal de Contas respectivo como podemos verificar na Ementa de Acórdão da Corte Mineira de Contas abaixo colacionada:

Processo n. 839003 Natureza: Representação
Exercício/Referência: Dispensa de Licitação de 2010
Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal [...].

EMENTA: *REPRESENTAÇÃO – PROCEDÊNCIA – DISPENSA DE LICITAÇÃO – NÃO CARACTERIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA E AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DO PREÇO CONTRATADO – IRREGULARIDADE – APLICAÇÃO DE MULTA AO GESTOR – PROVIDÊNCIAS REGIMENTAIS – ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. Julgam-se procedente a representação e irregulares a dispensa de licitação e o contrato decorrente com aplicação de multa ao gestor responsável.*

Na decisão em apreço, o Conselheiro Presidente e também Relator, diante das razões expedidas, teve seu voto acompanhado pelos outros dois colegas, desta forma, unânime o Acórdão.

A multa cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) ou superior a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, conforme dispõe o § 1º, do artigo 99, da Lei 8.666/1993.

Nas Sessões III e IV da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, correspondendo respectivamente “Dos Crimes e das Penas; Do Processo e do Procedimento Judicial”, são apresentados os critérios para aplicação de multa e, em casos mais extremos, a privação da liberdade do Administrador público que deixou de observar as formalidades para a dispensa do certame. A detenção será de 03 (três) a 05 (cinco) anos.

Os crimes definidos na Lei legislação especial em questão são de ação penal pública incondicionada, desta forma, cabe ao Ministério público promove-la, garantida a provocação do Parquet por qualquer do povo.

Nesse tópico pudemos verificar que nem mesmo a mais plena regência pública está isenta de situações excepcionais que acometem a sociedade administrada. Que os eventos extraordinários decorrem de fenômenos naturais, de uma má condução da

máquina pública e, até mesmo, da má fé de quem deveria gerir com base nos princípios da Administração Governamental.

É seguro que o gestor público ao desejar contratar por dispensa de licitação deve fundamentar sua decisão no art. 26 da Lei 8.666/93 e nas hipóteses previstas no art. 24, IV da mesma Lei.

Coaduna a doutrina dominante que deve ser realizada a contratação direta mesmo nas hipóteses de emergência que surjam da má administração ou desídia do Administrador Público, bem como, deve ser feita a verificação de todos os fatos motivadores da urgência, para que o responsável seja exemplarmente punido. O que não pode ocorrer é a sociedade que já sofre com uma eventualidade, não ter seus direitos imediatamente reestabelecidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo fizemos um breve histórico da evolução da licitação no Brasil para que posteriormente fizéssemos uma análise geral da Lei de licitações e contratos administrativos – 8.666 de 21 de junho de 1993 no intuito de melhor compreendermos os dispositivos a serem minuciosamente pesquisados.

Verificamos que licitar é uma regra normativa à qual se submete a Administração Pública quando quer contratar, adquirir e alienar bens e/ou serviços de terceiros que com o Administrador deseja pactuar. O procedimento é complexo, composto de diversas fases que se complementam e convergem para a garantia de participação no certame.

Exceção à obrigatoriedade de ser realizado o procedimento licitatório existe e, entre outras ocorrências, reconhecemos eventualidades como calamidades públicas, circunstâncias emergenciais etc. Nesse sentido, observamos que o gestor público nem sempre conduz suas atividades da melhor forma. Pudemos identificar no estudo, hipóteses de má Administração e até mesmo desídia dos Administradores, situações que certamente culminam com prejuízos à coletividade.

A questão cerne do trabalho é até onde a urgência proveniente da má administração pública ou a própria desídia, que fazem surgir as situações excepcionais, podem fundamentar a dispensa da licitação com base no art. 24, IV da lei 8.666/1993.

Através da análise da doutrina e da Jurisprudência disponibilizada, verificamos que, inicialmente, os Tribunais de Contas decidiam pela não possibilidade de celebração de contratos administrativos quando a emergência fosse proveniente da incúria governamental. No entanto, este entendimento evoluiu para que, independente de a situação anormal ter resultado de eventos naturais que fogem ao controle da Administração, da má gestão ou ainda, do desleixo Administrativo, a contratação direta deva ser realizada. Nesse caso, será adquirido apenas os produtos e/ou serviços suficientes para afastar o evento que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Simultaneamente à contratação por dispensa de licitação deverá ser desencadeado devido procedimento licitatório para que o pacto seja completo.

O tema se mostrou oportuno, merecendo ser examinado e discutido, considerando sua grande relevância às atividades públicas, que certamente refletem aos particulares.

Perfeitamente viável o estudo diante da doutrina disponibilizada acerca do assunto, mostrando-se, também, atual, face à jurisprudência que vem se formando em nossos Tribunais ante as pressões políticas.

O reconhecimento social das questões apresentadas é claro. As atividades públicas são voltadas ao atendimento da coletividade, visando eliminar as mazelas instaladas em nossa sociedade e evitar que novas se estabeleçam, seja através de uma boa gestão, seja por políticas de prevenção, que amenizariam as situações de caso fortuito e força maior.

Através da apresentação de exemplos práticos, casos concretos, julgados e jurisprudência, concluímos que deverá o administrador público realizar a contratação direta nos casos de emergência instalados por incúria própria sob pena de comprometer ainda mais a segurança, a saúde, os bens e até mesmo a vida dos administrados.

Deve ser dado tratamento distinto à falta de planejamento da contratação direta propriamente dita. A urgente contratação se dará em função da relevância do bem ou serviço que se pretende adquirir, sendo secundárias as causas que tornaram imperativo o contrato direto.

A sociedade que já sofre os efeitos de uma Administração incompetente não poderá aguardar o prazo de realização da licitação, pois, assim, os prejuízos se multiplicariam. Consentâneo a isso, as responsabilidades da Administração faltosa deverão ser identificadas para que o Gestor à época seja exemplarmente punido.

REFERÊNCIAS

- BASTOS Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2001;
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988;
- BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituiu normas para licitações e contratos da Administração e Pública dá outras providências*;
- BRAZ, Petrônio. *Processo de licitação, contrato administrativo e sanções penais*. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Ver., ampl. e atualizada até 31.12.2009. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 4. ed., ver. Atual. e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001;
- FERNANDES, Leonardo silva Lima. *Apontamentos sobre a contratação emergencial à luz da Lei n.º. 8.666/93 e da jurisprudência do TCU*. 2014. Disponível em: <jus.com.br/artigos/26459>. Acesso em: 17 set. 2014.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MARTINS, Túlio César Machado. *Revista do tribunal de contas do estado de minas gerais*. Ano 1. n. 1 dez. de 1983.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 4ª ed. atualizada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27ª ed. atualizada. São Paulo, Ed. Malheiros, 2002.

SALOMÃO, Lídia. *O surgimento da Licitação no Brasil*.

Disponível em:

<http://www.jurisway.org.br/v2/cursoonline.asp?id_curso=1186&pagina=4&id_titulo=14163>. Acesso em: 11 set. 2013.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Licitações, contratos e convênios: incluindo a modalidade pregão*. Curitiba: Juruá, 2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdãos e decisões*. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em 17 set. 2014.