

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO**

CLEBER SANTOS DE MELO

**A CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO POR SITUAÇÕES EMERGENCIAIS E OS
DANOS AO ERÁRIO**

ARACAJU

2017

CLEBER SANTOS DE MELO

**A CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO POR SITUAÇÕES EMERGENCIAIS E OS
DANOS AO ERÁRIO**

Monografia apresentada como pré-requisito parcial de aprovação na disciplina TCC II do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Durão

ARACAJU

2017

M517c MELO, Cleber Santos de.

A Contratação Sem Licitação Por Situações Emergenciais E Os Danos Ao Erário / Cleber Santos de Melo. Aracaju, 2017. 57f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito

Orientador: Prof. Dr. Pedro Durão

1. Licitação 2. Inexigibilidade 3. Situações Emergenciais
4. Danos ao Erário I. TÍTULO.

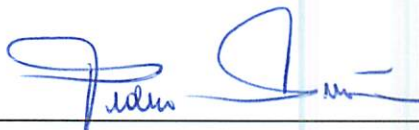
CDU 47.44(813.7)

CLEBER SANTOS DE MELO

**A CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO POR SITUAÇÕES EMERGENCIAIS E OS
DANOS AO ERÁRIO**

Monografia apresentada como pré-requisito parcial de aprovação na disciplina TCC II do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE.

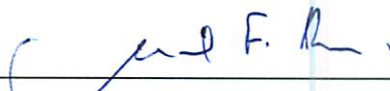
Aprovada em: 05 / 12 / 2017



Orientador: Prof. Dr. Pedro Durão



2º Examinador: Diogo Dória Pinto



3º Examinador: Marcel Figueiredo Ramos

**Este trabalho é inteiramente dedicado
aos meus pais.**

AGRADECIMENTOS

É chegado o fim desta jornada, e eu só tenho a agradecer.

Primeiramente a Deus, por ter me ajudado nesta caminhada árdua que é a vida acadêmica.

Em segundo meus pais, que sempre me ajudaram nesta trajetória.

Agradeço aos docentes da Fanese, em especial aos Professores, Fernanda Gurgel, Fábio Brito, Marcelo Macêdo, Patrícia Cáceres, Marcel Ramos, Diogo Dória, bem como, ao meu orientador Pedro Durão, pela ajuda dada na elaboração deste trabalho acadêmico.

E por fim, a todos aqueles que me auxiliaram de forma direta e indireta! Obrigado a todos!.

“Os sonhos são como vento, você os sente, mas não sabe de onde eles vieram e nem para onde vão”.

Autor Desconhecido

RESUMO

A Lei de Licitações encontra-se no ápice do maior escândalo de corrupção do país, tendo em vista os indícios e denúncias de enriquecimento ilícito de funcionários públicos e dirigentes estatais, que envolvem falcatriuas, golpes e tramoias nos contratos públicos realizados, para a realização de prestação ou de obras de serviços. Tendo em vista, que grande parte dessas fraudes relacionam invariavelmente contratos públicos, que até o momento são contratos compreendidos como legais, diversas pessoas colocam a responsabilidade na Lei de Licitação, contudo, uma das ferramentas empregadas para este correto assalto aos cofres públicos seria a utilização indevida das contratações diretas, as famosas dispensas ou inexigibilidades de licitação. Diante deste contexto o objetivo geral seria analisar quais os danos causados ao erário pela contratação sem licitação por situações emergenciais. O procedimento metodológico adotado neste estudo quanto ao método de abordagem fora o indutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica, com o intuito de transpor o conhecimento perpetrado pela doutrina e o preceito determinado pela lei, demonstrando as nuances da gestão temerária.

Palavras-Chave: Licitação. Inexigibilidade. Situações Emergenciais. Danos ao Erário.

ABSTRACT

The Bidding Law is at the height of the country's biggest corruption scandal, in view of the indications and denunciations of illicit enrichment of public officials and state officials, involving swindles, coups and plotting in the public contracts carried out, for the realization of services. Given that most of these frauds invariably relate to public contracts, which so far are contracts understood as legal, several people place responsibility in the Bidding Law, however, one of the tools used for this correct assault on public coffers would be the use of the direct contracting, the famous exemptions or unenforceable bidding. Given this context the general objective would be to analyze the damages caused to the public treasury by contracting without bidding for emergency situations. The methodological procedure adopted in this study regarding the method of approach was the inductive and the technique of bibliographical research, with the purpose of transposing the knowledge perpetrated by the doctrine and the precept determined by the law, demonstrating the nuances of reckless management.

Keywords: Bidding; Inexigibility; Emergency Situations. Damage to the Treasury.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 NOÇÕES PROPEDEÚTICAS DA LICITAÇÃO PÚBLICA.....	13
2.1 Análise conceitual e seus fundamentos.....	13
2.2 Objeto licitatório e princípios pertinentes.....	16
2.3 Pressupostos da compra pública.....	23
3 CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO.....	27
3.1 Hipóteses legais.....	27
3.2 Exceção por situação emergencial (art. 24, inc. IV).....	34
3.3 Caracterização da emergência e alcance jurisprudencial.....	37
3.4 Lei 13.303 de 2016 Licitação nas Empresas Estatais.....	40
4 ANÁLISE DO DANO AO ERÁRIO.....	43
4.1 A identificação do dano e suas peculiaridades (causa e objeto).....	43
4.2 Momento identificador do ilícito penal, civil e administrativo.....	46
4.3 Fraudes licitatórias e gestão.....	49
5 APORTE CONCLUSIVO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como temática, uma questão que vem sendo bastante discutida nos tribunais brasileiros, tendo em vista que traz muitos danos a sociedade, “A contratação sem licitação por situações emergenciais, do art. 24, inc. III, e os danos ao erário no âmbito da Lei 8.666/93”.

A Administração Pública, para o contentamento das diversas necessidades sociais, necessita lidar com um conjunto de fatos diferentes. Certos destes acontecimentos são bem simples, a exemplo da limpeza das ruas, e outras mais difíceis, como o fornecimento de medicamentos e a estruturação do trânsito de veículos. Deste modo, é simples entender a necessidade do uso de serviços e bens, em algumas vezes conseguidos através da contratação de terceiros.

No momento em que o interesse público exige a realização de determinada prática realizada por terceiro, apresenta-se a realização do contrato administrativo.

Contudo, o mesmo não pode ser realizado com qualquer pessoa, pois se fosse possível a Administração Pública a escolha do seu prestador, certamente seriam beneficiadas as pessoas mais próximas ao governo, violando de início a impessoalidade que necessita conduzir os vínculos estatais de uma República. Em razão disto, estabeleceu a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inc. XXI, a licitação como um procedimento anterior a realização do contrato.

Entende-se, conforme previsão da norma constitucional que a licitação possibilita ao interesse público a contratação mais benéfica, tendo em vista que são demandadas condições de qualificação econômica e técnica imprescindíveis a segurança da realização dos deveres. Não obstante, ao garantir a igualdade de possibilidade a todos os competidores, acata-se a impessoalidade, preceito dominador do Estado Republicano, que não possui equilíbrio com benefícios baseados no desejo do administrador.

Ainda assim, existem situações onde o respectivo legislador possibilita a contratação de forma direta, ou seja, não depende de anterior procedimento licitatório. Em razão de constituir regra a obrigatoriedade da licitação, correspondem em situações excepcionais, apenas reconhecidas em razão de expressa determinação na lei. Diante disso, prevê a Constituição Federal, no art. 37, que é obrigatória a licitação, "ressalvados os casos especificados na legislação", como é o caso da contratação direta por situações emergenciais.

Neste contexto, surge a problemática deste estudo: Ainda que a Lei 8.666/93 permita a contratação direta, a possibilidade de dispensa de licitação para suprir situações emergenciais poderá acarretar danos ao erário?

As questões que norteiam essa investigação científica são: Quais os danos causados ao erário pela contratação sem licitação por situações emergenciais? Quais as principais diferenças entre a dispensa e inexigibilidade de licitação? Quais os tipos de modalidades de licitação consagradas pela Lei 8.666/93? Quais os requisitos fundamentais para que a o contrato seja feito sem licitação por situações emergenciais?

A principal hipótese seria que é regra a licitação, contudo, esta possui algumas exceções. Desse modo, surgem as possibilidades de dispensa e inexigibilidade de licitação, que possuem a finalidade de possibilitar a Administração Pública uma contratação direta, dispensando o procedimento licitatório. Correspondem a situações excepcionais, explicáveis por um lado pela não conveniência para o interesse público, na situação de dispensa, e por outro, pela pura impossibilidade de concorrência, no caso da inexigibilidade.

Diante das inúmeras notícias e escândalos que envolvem a administração pública federal, estadual e municipal em propinas e improbidade, como é o caso da Operação Lava Jato e o da Petrobras, restou indagado se isso igualmente acontece na contratação direta, onde não se exige a licitação, sendo esta a justificativa para escolha da temática, tendo em vista que para este acontecimento a administração não necessita passar pelo processo licitatório exigido por lei, que infelizmente já vem se tornando algo “combinado” entre empresa e o setor público, imagine os que não o demandam.

Além disso, com essa pesquisa contribuir-se-á para o direito administrativo, já que o leitor poderá perceber o contorno doutrinário, a sugestão construtiva no redirecionamento a esta modalidade de licitação, e elementos formais e legais no processo licitatório, como os requisitos evidenciados que torna o processo de inexigibilidade na contratação inválido, cabendo ao administrador público, impor sanções em razão da prática de improbidade administrativa.

Em quase todos os casos de contratação da administração pública é obrigatória a licitação, exceto naquelas em que exista a probabilidade de dispensa e inexigibilidade consagrados pela Lei. Buscou o legislador dificultar ao máximo que tais exceções fossem empregadas de forma ilícita, limitando e determinando as condições

que devem ser verificadas para que seja assinalada a não obrigatoriedade de licitação.

A escolha desta temática deu-se em razão do intuito do pesquisador de buscar respostas para as facilidades na contratação direta emergencial, que permite brechas para privilégios e fraudes, onde este amplia o subjetivismo e não põe fim ao poder discricionário a quem encontra-se submetido a administração pública, sendo possível desta forma violar o princípio da igualdade, bem como os demais princípios que envolvem a licitação.

Nesse estudo o objetivo geral seria analisar quais os danos causados ao erário pela contratação sem licitação por situações emergenciais. E como objetivos específicos procurou-se avaliar quais as principais diferenças entre a dispensa e inexigibilidade de licitação, investigar os tipos de modalidades de licitação consagradas pela Lei nº. 8.666/93 e apreciar quais os requisitos fundamentais para que o contrato seja feito sem licitação por situações emergenciais.

O procedimento metodológico utilizado neste estudo, quanto à modalidade de pesquisa será à exploratória, que de acordo com Rodrigues “tem como objetivo ampliar generalizações, definir leis mais amplas, estruturar sistemas e modelos teóricos, relacionar e enfeixar hipóteses”, e ainda bibliográfica, que “recupera o conhecimento científico acumulado sobre um problema.”¹

O tipo de pesquisa será o exploratório, que tem o objetivo de “proporcionar maior familiaridade com o problema, levantamento bibliográfico ou entrevistas [...]”² E o método consagrado será o dedutivo, onde “Se todas as premissas são verdadeiras, a conclusão deve ser verdadeira; toda informação ou conteúdo factual da conclusão já estava, pelo menos, implicitamente, nas premissas.”³

¹ RODRIGUES, Willian Costa. **Metodologia científica**. Paracambi: FAETEC/IST. 2007. p. 8

² Idem, p. 8.

³ Idem, p. 16.

2 NOÇÕES PROPEDEÚTICAS DA LICITAÇÃO PÚBLICA

2.1 Análise conceitual e seus fundamentos

No governo, busca a sociedade as formas para seu sustento, e este para prover as necessidades que lhe são demandadas, precisa realizar com eficácia e eficiência seus serviços, a exemplo, da sociedade que possui direito ao saneamento básico, segurança, a educação, dentre outras necessidades. O Poder Público em meio as suas atribuições possui o dever de apresentar a mínima qualidade indispensável para o progresso dos indivíduos na coletividade. Necessita para isso, a administração pública de serviços e bens para se conservar em funcionamento. Deste modo, se for necessário adquirir serviços ou bens, terá que obrigatoriamente realizar uma licitação.

Corresponde à licitação a um método administrativo, perante o qual o poder público escolhe a solução mais benéfica para o contrato de seu interesse. Por ser um método, realiza-se por meio de uma grande quantidade de ações relacionadas para os licitantes e para a administração, onde esta possibilita semelhante possibilidade a todos os pretendentes e age como fator de moralidade e eficiência nos negócios administrativos.

O processo licitatório, simboliza o procedimento obrigatório, formal e legal a todos as entidades da Administração direta e indireta, da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para compra de equipamentos e materiais, contratação de obras, serviços, permissões, locações e alienações, estabelecidos com terceiros, através da escolha da sugestão mais benéfica para a Administração, selecionada por condições estabelecidas e com possibilidade de igualdade a todos os licitantes.

Ora, o administrador público deve pautar-se em suas condutas na Constituição e nas leis, para garantir o princípio da legalidade e o da igualdade de possibilidades de contratar com o Poder Público. Dessa forma exigível sempre é a realização do procedimento licitatório, com o fim de afastar o arbítrio e o favorecimento.⁴

No direito administrativo, a licitação, corresponde a uma oferta direcionada a toda a sociedade de indivíduos que completem as condições legais e disciplinares presentes no edital, em meio a estas, algumas demonstrarão suas propostas, que

⁴ BRUNO, Reinaldo Moreira. **Os recursos no processo licitatório**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 48.

corresponderão a uma admissão da oferta de requisitos por parte do Poder Público, e a este compete selecionar a que seja mais apropriada para amparar o interesse público, dentro das condições estabelecidas no procedimento de convocação.

Por força do imperativo constitucional, a licitação surge como pressuposto inafastável dos contratos administrativos, sendo, portanto, procedimento obrigatório a ser realizado pela Administração Direta e Indireta, quando pretender celebrá-los. Mesmo para as sociedades de economia mista e empresas públicas subsiste a obrigatoriedade.⁵

A licitação refere-se a uma disputa em meio aos interessados em determinar certo vínculo patrimonial com o Poder Público, onde este escolherá a proposta mais benéfica. Por ser uma disputa, é necessário que haja mais de um elemento e de ofertantes com competência para acatar o objeto licitado.

Licitação traz ínsita a ideia de disputa isonômica ao fim do qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração com vistas a celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor do certame, para a realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações.⁶

Conforme entendimento de Pedro Durão, licitação seria “um procedimento administrativo vinculado pelo qual a administração pública seleciona as propostas mais vantajosas, firmadas na obrigatoriedade constitucional, igualdade dos licitantes e a indisponibilidade do bem público, em uma verdadeira competição legal.”⁷

De acordo com Helly Lopes de Meirelles:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interesses e atua como fator de eficiência e

⁵ BARRETO, Alex Muniz. **Direito administrativo positivo**. Leme: EDIJUR, 2015. p. 216.

⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 550.

⁷ DURÃO, Pedro. **Direito administrativo objetivo**: resumo e aplicações. 5. ed. rev. e ampl. Salvador: Viajuridica, 2016. p. 76.

moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.⁸

Para Maria Sylva Zanella Di Pietro é possível conceituar a licitação como sendo “procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente.”⁹

A licitação no julgamento de Diogénes Gasparini seria:

Licitação é o procedimento administrativo vinculado, através do qual a pessoa ou ente a isso juridicamente obrigado seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.¹⁰

Esse instituto é definido por Celso Antônio Bandeira de Mello como sendo:

O procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.¹¹

Já no entendimento de Alex Muniz Barreto:

A licitação é o procedimento mediante o qual a Administração Pública seleciona as propostas que lhe são mais vantajosas, assim entendidas aquelas que melhor atendam ao interesse coletivo, bem como assegurem a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Consiste no pressuposto formal e normativo para a celebração dos contratos administrativos.¹²

Corresponde à licitação um procedimento onde o Estado escolhe as propostas que são mais benéficas a ele, onde estas são compreendidas como aquelas em que

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 98.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylva Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 350.

¹⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 286.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 30. ed, 2013. p. 456.

¹² BARRETO, Alex Muniz. **Direito administrativo positivo**. Leme: EDIJUR, 2015. p. 209.

melhor acatem o interesse da sociedade, cuja a base maior é o princípio da igualdade e objetiva garantir a elevação do desenvolvimento nacional sustentável.

Objetiva a compra pública possibilitar semelhantes condições àqueles que almejam contratar com a administração pública, dentro dos limites anteriormente determinados pelo poder público, e age como questão de moralidade e eficiência em negócios administrativos. Seria a forma legal e técnica de constatação das melhores possibilidades para a realização de serviços e obras, alienação de bens públicos e compra de materiais. Desempenha-se por meio de uma continuidade ordenada de ações relacionadas para os licitantes e para a administração, sem a verificação destes, é nulo o método licitatório e o contrato imediato.

Até que a doutrina atribua uma definição única e exclusiva de tal procedimento administrativo, é correto destacar os seus delineamentos fundamentais e seus objetivos, que seria a procura de uma contratação mais benéfica para a Administração Pública e a atribuição de semelhantes possibilidades aos licitantes, de poderem ser contratados por este.

2.2 Objeto licitatório e princípios pertinentes

Na licitação, a finalidade principal seria de efetivar pelos agentes administrativos no âmbito dos Municípios, Distrito Federal, Estados e União, o princípio constitucional da isonomia, empregando-se para isto, regras, ritos e disposições da legislação a respeito.

A demanda da realização de licitações anteriormente a realização das contratações públicas detém dois objetivos, de acordo com o que se constata da apreciação da Constituição Federal, em seu art. 3º, que inicialmente corresponde em permitir aos entes público o desempenho do melhor negócio, pela concorrência que se estabelece em meio aqueles que completam as condições e atributos indispensáveis para com este contratar, e, também para assegurar a verificação do princípio constitucional da isonomia, garantindo aos administrados a possibilidade de contratar com tais indivíduos.

Com isso, a aquisição pública objetiva assegurar a moralidade dos procedimentos e dos atos administrativos da Administração Pública, e igualmente da importância da livre iniciativa pela isonomia na atribuição de possibilidades de prestar serviços, assim como de adquirir ou comercializar a Administração.

Conforme previsão da norma constitucional, a licitação possibilita ao interesse público a contratação mais benéfica, em razão de serem demandadas condições de qualificação econômica e técnica imprescindíveis a segurança da realização dos deveres.

O processo licitatório ocorre sempre que o Poder Público tem a necessidade de estabelecer contratos com empresas privadas. A intenção é que essas empresas prestem serviços ou disponibilizem produtos para uso da Administração, onde a partir dos procedimentos com as devidas etapas, é escolhida a melhor proposta que traz mais vantagens, dando oportunidade aos particulares que tem interesse de participar da contratação pelo Estado.¹³

Nos procedimentos licitatórios, os princípios que deverão ser verificados são os que constam no art. 3º da Lei de Licitação¹⁴, e não obstante estes, podem ser estabelecidos outros princípios fundamentais que, mesmo que não expressos na lei, se aplicam as licitações. São princípios da licitação, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a igualdade entre os licitantes e o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, a publicidade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo, a adjudicação compulsória, a competitividade, o formalismo e o sigilo das propostas. Todos estes servem como base para a licitação, para que a mesma seja feita de forma a atender o interesse da coletividade. É esta a concepção de Pedro Durão ao dispor que:

Princípios setoriais (Lei nº. 8.666/93)

- Procedimento formal: conjunto seriado de atos (art. 4º, § único e art. 38) – exigências do rito.
- Publicidade de seus atos: transparência (art. 3º, § 3º).
- Igualdade entre os licitantes: isonomia, disputa (art. 3º).
- Sigilo de propostas: ocultação (art. 41, § 1º).
- Vinculação do edital ou convite: sujeição prévia (art. 41).
- Julgamento objetivo: fatores concretos (art. 44).
- Adjudicação compulsória: identifica o vitorioso (art. 45).
- Probidade administrativa: (art. 37, § 4º CF)¹⁵.

¹³ SAMPAIO, Ari Wárlid Carlos Pereira. **Dispensa e inexigibilidade em licitações**: uma análise sobre as duas possibilidades. Universidade do Estado da Bahia: Itanhém, 2014. p. 4.

¹⁴ BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁵ DURÃO, Pedro. **Direito administrativo objetivo**: resumo e aplicações. 5. ed. rev. e ampl. Salvador: Viajuridica, 2016. p. 76.

É imprescindível que o objeto licitado seja definido sucinto e satisfatoriamente, por ser condição do princípio da igualdade em meio aos licitantes, onde este é secundário do princípio da publicidade, que relaciona a noção, pelos possíveis concorrentes das condições fundamentais da licitação, formando, na situação específica da licitação para compra, a quantidade exigida uma das particularizações mínimas e essenciais ao estabelecimento do objeto da licitação.

Deste modo, o rito licitatório possui um objetivo duplo que seria de conseguir um contrato mais benéfico para o poder público, bem como o ampara dos direitos de prováveis contratados. Vem desde a idade média essa preocupação e direciona os Estados modernos a aperfeiçoarem cada vez mais o método de licitação, atualmente submetido a princípios, onde o seu descumprimento descaracteriza o fenômeno e anula sua consequência seletiva.

Para ser bem sucedido o procedimento de licitação, deve ser verificado os princípios fundamentais que disciplinam a licitação, independentemente de sua espécie. Dessa forma, o julgamento e processo das propostas atribuídas pelos licitantes inscritos na licitação se realizarão em total consonância com os diversos princípios ou regras, que seriam: princípio da isonomia ou igualdade; princípio da legalidade.

O princípio da igualdade ou isonomia corresponde a uma das bases do procedimento licitatório, no momento em que objetiva, não somente possibilitar ao poder público a seleção da melhor proposta, como igualmente de garantir isonomia de direito a todos nas pretensas contratações. Tal preceito, assegurado pela Constituição Federal¹⁶, em seu art. 37, inc. XXI, objetiva a determinação de condições que provoquem primazia em benefício de certos licitantes em desfavor dos outros, isonomia, antes, durante e depois, vedação de favoritismos e a introdução de cláusulas excludentes.

O princípio da legalidade corresponde ao princípio fundamental de todo o Poder Público, já que toda a prática administrativa se encontra submetida as determinações da norma e destes não se deve desviar ou separar, sob pena de tornar-se inválido.

Sobre este princípio, dispõe Hely Lopes Meirelles que:

¹⁶ BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Além disso, “Podem alegar o direito à legalidade não apenas “todos quantos participem da licitação”, mas todos quantos queiram dela participar e aos quais seja indevidamente negado acesso, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la.”¹⁷

Demanda o princípio da impessoalidade que o poder público trate os administrados sem qualquer favorecimento e sem perseguições, como consequência do princípio da isonomia de todos diante da lei. Neste contexto, devem ser tratados todos os licitantes de forma igual, em termos de obrigações e direitos, necessitando o poder público, em suas deliberações, fundamentar-se em condições objetivas, sem compreender as condições individuais do licitante ou os benefícios por este atribuídos, exceto os que forem expressamente consagrados na lei ou na ferramenta de convocação.

Já o princípio da probidade administrativa e da moralidade, este demanda do poder público uma conduta não somente lícita, mas igualmente em conformidade com as regras de boa administração, os princípios de equidade e justiça, a ideia comum de honestidade, os bons costumes e a moral. Atualmente a moralidade administrativa corresponde a uma condição de toda a ação do poder público e acaba se confundindo com a obrigação do ente público, como componente fundamental a legalidade de suas ações.

O princípio da moralidade, no julgamento de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda:

[...] exige que o procedimento licitatório realize-se em conformidade aos padrões éticos prezáveis, o que impõe à Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, consoante com a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade.¹⁸

No princípio da finalidade, o poder público reprime-se a obrigação de possuir sempre em direção o interesse da sociedade, orientando-se a este, sendo este o seu objetivo principal.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 180.

¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição dos estados unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara, 2014. p. 19.

Diferencia-se a dogmática jurídica pátria do interesse primordial do secundário, onde o interesse primário corresponde ao interesse público propriamente, o interesse da coletividade, das pessoas, enquanto que o interesse secundário seria a pretensão que a pessoa jurídica, encarregada pela realização da prática administrativa, venha a possuir enquanto sujeito de obrigações e direitos.

A respeito deste princípio recorda Celso Antônio Bandeira de Mello que:

A Administração poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhes fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas 'seus', enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo.¹⁹

O princípio da publicidade refere-se não somente a publicação do método para que todos os interessados tomem conhecimento do mesmo, como igualmente das ações da administração realizadas nas inúmeras etapas do procedimento, que devem e podem ser liberados aos interessados, para garantir a todos a probabilidade de vigiar a sua legitimidade.

Através deste preceito, é garantido ao cidadão o acesso aos dados do poder público sempre que entenda necessário. Além disso, é condição, desempenhada normalmente através da imprensa oficial a publicidade dos atos públicos, da eficiência dos atos administrativos.

É esta a questão garantida pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXIII, a saber:

Art. 5º. XXXIII. Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.²⁰

Tem-se o conhecimento de que segundo o princípio da razoabilidade, por vezes, o administrador público é permitido pela respectiva regra administrativa a atuar

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 44.

²⁰ BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

com discricionariedade, apreciando a oportunidade e conveniência da deliberação que deseja consagrar. Em tais situações, determina-se a verificação do princípio da razoabilidade, no momento em que sua escolha precisa manter proporção com o senso comum da coletividade. Não seria correto reconhecer-se a validade de uma determinação tomada em ampla discrepância com os entendimentos presentes no âmbito da sociedade.

Em relação a este princípio descreve Celso Antônio Bandeira de Mello que:

A Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.²¹

O princípio da proporcionalidade corresponde, verdadeiramente, em um desdobramento do princípio da razoabilidade, onde no mesmo, necessita o administrador público privar-se da realização de ações além daquelas efetivamente indispensáveis para o atendimento do objetivo público encalcado.

Em meio aos princípios explícitos não descreve a Constituição Federal o princípio da motivação, entretanto, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello que:

É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do 'porquê' das ações de quem gere negócios que lhe dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.²²

Expressa o princípio da vinculação ao instrumento convocatório que o poder público e os licitantes se encontrem sempre restritos as condições da solicitação ou do que foi possibilitado na ferramenta convocatória da licitação, tanto em relação ao

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 79.

²² *Ibidem*. p. 79.

procedimento, quanto a respeito do contrato, do julgamento, das propostas e da documentação. Fato que revela que no momento em que determinadas as normas do procedimento, estas tornam-se obrigatórias para este certame durante todo o andamento do processo e para todos os seus integrantes, até mesmo para a entidade ou órgão licitante.

Para Hely Lopes Meirelles o princípio da vinculação ao instrumento convocatório revela que:

Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.²³

Tem ainda o princípio do julgamento objetivo que seria o princípio que se fundamenta na condição assinalada no edital e nas condições próprias das propostas. Seria o princípio de toda licitação que se ampare todo seu julgamento em questões efetivas solicitadas pelo poder público em comparação com o oferecido pelos licitantes dentro do que foi possibilitado pelo edital.

Sobre este princípio Hely Lopes Meirelles recorda que:

Em tema de licitação, a margem de valoração subjetiva e de discricionarismo no julgamento é reduzida e delimitada pelo estabelecido no edital. Se assim não fosse, a licitação perderia sua finalidade seletiva, justificando-se a escolha direta do contratado pela Administração, independentemente do confronto das propostas.²⁴

A discricionariedade é afastada no princípio do julgamento objetivo na seleção das propostas, forçando os magistrados a se prenderem a condições já estabelecida pelo Poder Público, considerando sempre o interesse público do serviço, as questões da qualidade, financiamento, carência, prazo, preço, durabilidade, eficiência, rendimento e demais condições referentes as solicitadas ou reconhecidas pelo edital.

Por fim, tem-se o princípio da adjudicação compulsória, que para o vencedor impossibilita que o poder público, depois da aprovação da classificação das propostas,

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 239.

²⁴ *Ibidem*. p. 239.

sucedida com a homologação, confira seu elemento a terceiro que não seja o correto vencedor. Destaca-se que a adjudicação é compulsória, que compreende na atribuição formal do elemento ao vencedor do procedimento, e não a realização do contrato administrativo.

2.3 Pressupostos da compra pública

Na lei de licitação, a compra é uma parte imprescindível, é onde será estabelecido o objeto, e todas as particularizações indispensáveis para que as instituições públicas comprem de modo correto o que se deseja para conservação dos serviços a coletividade.

A compra é conceituada por José Reinaldo Figueiredo como sendo “toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.”²⁵ Assegura Hely Lopes Meirelles que a “compra, objeto de licitação, é a mesma compra e venda do Código Civil, ou seja, contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e a outra, a pagar-lhe certo preço com dinheiro”²⁶. Quer dizer que uma organização ou uma pessoa comercializa certo produto, e o poder público se empenha a pagá-lo.

Para comprar o que precisa sem qualquer complicação ou erro no momento do recebimento do produto é indispensável a especificação apropriada dos equipamentos ou produtos que está adquirindo, ao menos deve-se assinalar no memorial descritivo do procedimento, a quantidade e a qualidade a ser adquirida, assim como as condições em que se almeja comprar.

Dispõe José Reinaldo Figueiredo que “as compras somente poderão ser feitas com a adequada caracterização do seu objeto e a indicação dos recursos orçamentários para o seu pagamento, sob pena nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.”²⁷ A respeito do que é fundamental dentro das compras, descreve Hely Lopes Meirelles²⁸ que “A perfeita caracterização do objeto da compra

²⁵ FIGUEIREDO, José Reinaldo. **Licitações públicas para principiantes**: o bê-a-bá das licitações públicas. Florianópolis: Insular, 2002. p. 45.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 64.

²⁷ FIGUEIREDO, José Reinaldo. **Licitações públicas para principiantes**: o bê-a-bá das licitações públicas. Florianópolis: Insular, 2002. p. 51.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 64.

é essencial para possibilitar a correta formulação das propostas e o oferecimento das vantagens do negócio”.

É disciplinada pela Lei 4.320/64²⁹, em seu capítulo 3º, a assimilação dos recursos orçamentários descritos por José Reinaldo Figueiredo³⁰, da despesa, de acordo com Flávio da Cruz³¹, tem-se ao menos três etapas obrigatórias no desempenho da despesa pública, quais sejam, empenho, liquidação e pagamento.

Previamente ao desempenho da despesa no procedimento licitatório, é indispensável o bloqueio do orçamento, nenhuma técnica pode ser desempenhada, sem a segurança da correta divisão da dotação orçamentária descrevendo a finalidade de aquisição por parte da instituição publicada importância consagrada do produto.

Para honrar seus compromissos com o contratado, o órgão público necessitará possuir apropriada cobertura orçamentária, distinguindo a reserva de dotação orçamentária previamente à assinatura do contrato. Apenas depois da efetivação da assinatura contratual é dado o empenho que é formalizado no documento chamado nota de empenho, que de acordo com Deusvaldo Carvalho “ao se emitir um empenho, o ordenador de despesas deve deduzir o seu valor da dotação adequada à despesa a realizar, por força do compromisso assumido, não podendo, jamais, o seu valor exceder o saldo da dotação.”³²

Ainda que os entes e órgãos administrativos se encontrem obrigados a licitar, compreende Celso Antônio Bandeira de Mello³³ ser indispensável a presença de pressupostos básicos para que sobrevenha a determinação do procedimento licitatório, já que são estes que possibilitam a concorrência e possibilitam atingir os objetivos que a ação convocatória se direciona. Seriam os pressupostos fático, jurídico e lógico.

²⁹ BRASIL. **Lei 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

³⁰ FIGUEIREDO, José Reinaldo. **Licitações públicas para principiantes: o bê-a-bá das licitações públicas**. Florianópolis: Insular, 2002. p. 52.

³¹ CRUZ, Flávio da. **Contabilidade e movimentação patrimonial do setor público**. Rio de Janeiro: ed. do autor, 1988. p. 99.

³² CARVALHO, Deusvaldo. **Orçamento e contabilidade pública: teoria e questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 225.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 80.

O pressuposto fático é assinalado pela indispensabilidade da presença de indivíduos pretensos a fazer parte do negócio, isto é, são imprescindíveis pessoas dispostas a acordar com o ente administrativo, de modo que suas sugestões venham a ser calculadas. Se não houver qualquer pretensão de terceiro de fazer acordo com a entidade administrativa, não há possibilidade de fazer a licitação.³⁴ Segundo Pedro Durão³⁵ “en el sentido de existencia de interesados en la disputa, ya que si no existieran ofertas o proveedores, la administración pública no tendría posibilidad de adquirir, medir o comparar el bien o servicio deseado.

Além disso, ainda que haja uma pretensão, se não for plausível avaliar as sugestões ofertadas, torna-se impossível o processo licitatório, tendo em vista que não existirá forma de apreciar quem se encontra habilitado para realizar o elemento licitado. Vale destacar que o estabelecimento da melhor sugestão acontece por meio da apreciação fundamentada em condições objetivas, anteriormente estabelecidas no convite ou edital.

A falta deste pressuposto, de acordo com Alexandre Mazza³⁶, acarreta na liberação da contratação direta através da dispensa de licitação, fundamentada na chamada licitação deserta, presente na Lei de Licitação, em seu art. 24, inc. V.

Quanto ao pressuposto jurídico, de acordo com Pedro Durão:

[...] em el que la administración pública está contenida dentro de los límites normativos determinantes de cada especie licitatoria previamente definida. Por eso, la autoridad pública solamente hará efectiva la adquisición en beneficio de los intereses colectivos, dentro de los supuestos autorizados por ley. La regla es licitar, o sea, toda adquisición o venta sólo podrá ser efectuada a través de la utilización de la licitación, con las excepciones estipuladas por las normas.³⁷

Existem situações onde a determinação da licitação não acata o interesse público, possibilitando a contratação direta pela administração. A ausência desta condição pode assinalar a possibilidade de inexigibilidade ou dispensa da licitação.

Por fim, tem-se o pressuposto lógico, que corresponde a presença da pluralidade de ofertantes e elementos que possibilitem a licitação, tendo em vista que o elemento singular é quando há somente um objeto que acate as necessidades da

³⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 102.

³⁵ DURÃO, Pedro. **Licitación pública**: parâmetro y supracacionalidad. Curitiba: Juruá, 2015. p. 31.

³⁶ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

³⁷ DURÃO, Pedro. **Licitación pública**: parâmetro y supracacionalidad. Curitiba: Juruá, 2015. p. 31.

administração.³⁸ Se houver somente um indivíduo que acate as finalidades existentes no procedimento licitatório, será exclusivo ou único o ofertante. Isso porque, “la licitación presupone multiplicidad o diversidad de ofertas, siendo necesario o que haya um mínimo de participantes para que efectivamente se dé la competencia, se puedan confrontar las ofertas y obtener el precio más económico”.³⁹

Não obstante, há situações em que são singulares os serviços, que seria quando nas conjecturas de produções artísticas, técnicas, científicas ou intelectuais próprias a certa marca pessoal. De acordo com o julgamento de Alexandre Mazza, “ausente o pressuposto lógico, deve haver contratação direta por inexigibilidade de licitação.”⁴⁰

Diante destas explicações, na compra pública, são indispensáveis a presença dos pressupostos, mencionados previamente, e, havendo ausência de alguns destes, é possível a contratação direta, através da dispensa ou inexigibilidade, pelo ente administrativo, como se verificará a seguir.

³⁸ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 102.

³⁹ DURÃO, Pedro. **Licitación pública**: parâmetro y supracacionalidad. Curitiba: Juruá, 2015. p. 31.

⁴⁰ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 326.

3 CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO

Na Constituição Federal de 1988, existe uma obrigatoriedade, quanto ao desempenho da licitação como um meio para a contratação de particulares pela administração pública, contudo, este mesmo diploma igualmente dispõe sobre a presença de ressalvas em normas próprias, isto é, existirá períodos em que poderá vir a contratar de forma direta a entidade governamental.

Sendo assim, é de forma excepcional que acontece na administração pública a contratação direta de serviço ou obra, sem o uso do procedimento licitatório, adotando o que prevê a Lei de Licitação. Há somente três possibilidades de contratação, asseguradas pela legislação, que seria, a licitação dispensada, consagrada em seu dispositivo 17, direcionada apenas para as alienações, a licitação dispensável, estabelecida em seu art. 24, e a inexigibilidade de licitação, consagrada em seu art. 25, como a seguir será analisado.

3.1 Hipóteses legais

No mesmo momento em que impõe como regra geral a realização do procedimento, no momento em que for contratar com os particulares, prevê a Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XXI, igualmente possibilitar algumas exceções, onde estas dispõem que devem ser feitas através de normas específicas.

São chamadas de contratação direta essas exceções e apresentadas pela Lei de Licitação, detendo duas correntes na doutrina, onde a primeira consagra que existe a dispensa e inexigibilidade de licitação, e a outra corresponde a licitação dispensada, dispensa e inexigibilidade.

Verifica-se que na segunda vertente que certos autores realizam uma diferenciação em relação a licitação dispensada versada pelo dispositivo 17, e a dispensa consagrada pelo art. 24, respectivamente na Lei 8.666/93.⁴¹

Os autores que defendem este argumento compreendem que na contratação direta disposta no art. 17, fora dispensado o procedimento licitatório pelo respectivo

⁴¹ BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

legislador, e as que se referem ao art. 24, o legislador facultou ao ente administrativo a possibilidade de dispensar para certos elementos a licitação.

Contudo, existe uma segunda vertente que compreende ser errada esta diferenciação, e também, sem uso, consagrada nesta pesquisa. A respeito desta questão dispõe Marçal Justen Filho que:

[...] não se afigura procedente a distinção, a nosso ver. Em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa competência administrativa existe não apenas nos casos do art. 24. Aliás e se não fosse assim, o art. 17 conteria hipóteses de vedação de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar a licitação nas hipóteses do art. 17, desde que o administrador repete presentes os requisitos para tanto.⁴²

Sendo assim, constata-se não ser imprescindível essa diferenciação, já que ambas dizem respeito a dispensa de licitação.

Há dois modos de contratação direta, a dispensa e a inexigibilidade de licitação, onde o ente administrativo pode vir a usar estas ressalvas para desempenhar a compra de produtos e serviços para a entidade pública, isso se acatar as regras estabelecidas pela Lei de Licitação e não contradiga os preceitos consagrados pela Carta Magna.

Em relação a esta questão dispõe Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que:

Assim, em alguns casos previamente estabelecidos pelo legislador, o princípio da licitação cede espaço ao princípio da economicidade ou ao primado da segurança nacional, ou ainda para garantir o interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia. Em todos os casos delineados pela Lei nº 8.666/93, em que a licitação foi dispensada ou considerada inexigível, pelo menos no plano teórico, entendeu o legislador estar em confronto o princípio jurídico da licitação e outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica, tendo sido aquele subjugado por um desses.⁴³

Contudo, esses modos de aquisição direta necessitarão ser empregadas com muito cuidado, não devendo tornar-se regra a contratação direta, bem como, conforme

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 271.

⁴³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 99.

já mencionado, tais possibilidades necessitam ser vistas como exceções, e ainda que sejam exceções, os administradores precisam obedecer aos princípios que disciplinam a licitação, assim como os princípios da Constituição, sempre levando em consideração o interesse público, já que o mesmo é o fundamento de toda administração pública.

Deste modo, para que possam ser desempenhadas essas possibilidades de contratação diretas, as mesmas precisam adotar as normas já estabelecidas pela Lei de Licitação, bem como de revelar claramente que o caso se amolda em todas as condições do inciso que baseia a inexigibilidade ou a dispensa.

Em uma apreciação breve verifica-se que os casos referentes a inexigibilidade são as situações onde não é viável a licitação para a administração, por haver no caso concreto uma inviabilidade. Enquanto, as situações de dispensa, seriam aquelas que ainda é possível essa concorrência, mas são impróprias para o interesse público.

A respeito da diferenciação em meio a inexigibilidade e a dispensa de licitação, dispõe Adilson Abreu Dallari que: “os casos de inexigibilidade são aqueles em que, logicamente, não existe possibilidade de licitação. Os casos de dispensa são aqueles em que, havendo a possibilidade de licitação, uma circunstância relevante autoriza a discriminação.”⁴⁴

Constata-se que as situações de dispensa consagrados pela legislação específica seriam as que, mesmo que havendo uma possibilidade de concorrência, são derivadas de modo direto, em razão da conformidade com o interesse público.

Dispõe Petrônio Braz que “a dispensa ocorre quando se verificam situações onde a licitação, embora possível em face da viabilidade de competição, não se justifica, em presença do interesse público.”⁴⁵

Em relação a dispensa de licitação descreve José dos Santos Carvalho Filho que “caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório.”⁴⁶

É uma possibilidade de contratação direta a dispensa de licitação, sem anterior licitação, contudo, para que a mesma seja empregada a situação em apreço é

⁴⁴ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46.

⁴⁵ BRAZ, Petrônio. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Direito, 2009. p. 255.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 238.

indispensável que se amolde ao dispositivo legal, atendendo a todas as condições estabelecidas pela Lei de Licitação, já que tais possibilidades se encontram em *numerus clausus*, ou seja, são somente naquelas situações expressas pela lei que é possível a dispensa de licitação.

Essa espécie de contratação direta, sem uma anterior licitação, não denota que a entidade pública deve contratar de qualquer forma, apenas serão suprimidas as formalidades por outras, já que a Lei 8.666/93, estabeleceu quais seriam essas situações de contratação, necessitando a entidade administrativa adotar as normas estabelecidas.

Desta forma, existe a indispensabilidade de se analisar as vantagens e gastos do uso ou não do procedimento de licitação, isto é, constatar se este método oferece benefícios ou não para os órgãos públicos que irão licitar, neste contexto, surge a dispensa de licitação, onde esta deriva da admissão pela legislação de que os gastos próprios a uma licitação ultrapassam as vantagens que desta podem surgir.

No intuito de melhor esclarecer o instituto aqui tratado, é importante destacar uma citação da norma específica, onde são destacados, determinados incisos e descritos os entendimentos a respeito destas situações de contratação por dispensa de licitação, a saber:

Art. 24. É dispensável a licitação:

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

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.⁴⁷

Como se pode perceber, referem-se os dois primeiros incisos nas situações onde o elemento que será licitado seria de pequeno valor, onde são violados os princípios da economicidade para a administração e os princípios da licitação, sendo priorizado o primeiro, tendo em vista o interesse público.

⁴⁷ BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

No intuito de entender o que se amolda aos serviços e obras de engenharia, importa trazer a definição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a saber:

[...] são todos aqueles que a lei exige sejam assinados por engenheiro, dentre aqueles declarados privativos da profissão pela legislação regulamentadora respectiva; além do que sua execução deve estar voltada para bens imóveis, execução e/ou instalação incorporáveis ou inerentes ao imóvel.⁴⁸

O mesmo embasamento do primeiro inciso é adotado pelo segundo, modificando somente o objeto que irá ser licitado, sendo nesta situação para a contratação de outras compras e serviços não envolvidos naquele. Em relação as demais compras e serviços, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes dispõe que:

[...] são todos os serviços discriminados no próprio texto do dispositivo inquinado, com sua execução voltada precipuamente para os bens móveis, ainda que já instalados e incorporados a um bem imóvel, além de outros que, embora não descritos expressamente, possam suscitar alguma dúvida sobre seu efetivo enquadramento⁴⁹.

Neste contexto, correspondem aos serviços que não se amoldam ao que prevê o inciso I, devendo acatar as importâncias estabelecidas pelo inciso II, para que venha a ser realizados pela dispensa de licitação, ambos do art. 24, da Lei de Licitação.

Já o inciso III dispõe sobre “os casos de guerra ou grave perturbação da ordem”, que diz respeito a duas situações, inicialmente quando existir a caracterização do estado de guerra e o segundo quando houver perturbação da ordem, onde compreende a doutrina que necessita haver uma semelhança com a condição de guerra.

Existe na administração pública uma confusão nas duas situações, tornando-se atípica as atividades públicas, sendo indispensável, e, em determinadas situações, são simplificados os procedimentos licitatórios, sujeitando-se unicamente do nível de gravidade e urgência que pode vir a acontecer na segurança nacional, sendo possível, em tais situações, utilizar-se a entidade governamental da ferramenta de dispensa de licitação.

⁴⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 292.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 292.

Vale destacar que para a correta assimilação da condição de guerra, necessita-se verificar as medidas adotadas pelo Poder Público, consagradas pela Constituição Federal, nos artigos 136 e 137, a saber:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de.⁵⁰

Sendo assim, constata-se que não sujeitará somente da presença de guerra, mas sim, igualmente da determinação do Estado de Sítio e Estado de Defesa, onde necessitará ser empregada a dispensa de licitação para amparar a segurança nacional.⁵¹

Verificou-se que na dispensa existe competitividade, contudo, por razões de conveniência pública, a legislação autoriza o ente pública, a fazer uma contratação direta, enquanto que a inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição.

Neste contexto, ao preencher as três condições apresentadas previamente, a licitação anterior, por falta de interessados, bem como por danos a administração pública na situação de um outro certame, pode vir a entidade governamental realizar no modo de dispensa a contratação de um elemento licitável, onde este necessitará encontrar-se relacionado ao edital de licitação frustrado, acatando as condições prévias.

A outra possibilidade de contratação direta pela entidade pública é a inexigibilidade, onde por meio desta administrador pode vir a adquirir de forma direta, desde que seja assinalada a inviabilidade de licitação, tanto em razão da origem própria do negócio, quanto pelos elementos desejados pela administração, ou, inclusive pela singularidade do elemento desejado.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Sobre esta espécie de licitação, compreende José Cretella Júnior⁵² que essa inviabilidade de competição “lato sensu”, seria o acordo onde um dos concorrentes unifica qualidades que torna exclusivo e único, *sui generis*, de tal forma que impossibilita os outros licitantes, sem condições de concorrência.

Em relação a inviabilidade de concorrência, dispõe Marçal Justen Filho que é “uma consequência, que pode ser produzida por várias causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.”⁵³ E dispõe ainda o autor que:

É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser determinada através de regras legais. As causas de inviabilidade de competição podem ser reunidas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.⁵⁴

Com a finalidade de melhor apreciar a questão da inexigibilidade, utiliza-se Marçal Justen Filho de uma sistematização que apresenta os motivos que possibilitam uma contratação possuir inviabilidade de concorrência, conforme se verifica a seguir: “Inviabilidade de Competição - Por ausência de pluralidade de alternativas; Por ausência de “mercado concorrencial”; Por impossibilidade de julgamento objetivo; Por ausência de definição objetiva da prestação.”⁵⁵

Essa falta de pluralidade de alternativas, refere-se àquelas situações onde o ente administrativo precisa contratar algo próprio, onde este é realizado por uma pessoa exclusiva, sendo inviável neste caso o procedimento de licitação.⁵⁶

Nessa direção, se caracterizada a singularidade do elemento, em razão de que existe somente um elemento que acate o interesse da instituição pública, acarretando, desta forma, na exclusividade de ofertantes.⁵⁷

⁵² CRETELLA JUNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 240.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 269.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 406.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 399.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 400.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Já a falta de um mercado concorrencial, esta situação diz respeito àquelas situações onde o ente público necessita contratar certo serviço, onde este necessitará ser realizado por uma pessoa com certa especialidade.

Enquanto que por impossibilidade de julgamento objetivo, a doutrina, nesta situação apresenta as situações onde o ente público se encontra impossibilitado de desempenhar apreciação por condições objetivas, isto é, não deverá escolher pelo menor preço. Ao contrário, julga-se como vencedor, na normalidade dos procedimentos licitatórios, a pessoa que acatando as condições determinadas no edital convocatória, oferece o menor preço, isto é, a melhor proposta.

Como última condição de inexigibilidade, tem-se a falta de definição objetiva da realização, que se refere as contratações onde o ente público necessitará desempenhar de modo direto, já que não diz respeito a extensão correta do elemento que será licitado, isto é, não detém uma das condições da licitação, que é a determinação anterior do elemento na ferramenta convocatória.

3.2 Exceção por situação emergencial (art. 24, inc. IV)

Em meio as situações onde é dispensada a licitação, encontra-se a emergencial, prevista na Lei de Licitação, em seu art. 24, inc. IV, a saber:

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.⁵⁸

Diz respeito a emergência a um acontecimento concreto assinalado pela não adaptação ao método formal de licitação. Dispõe-se que uma situação seria de emergência no momento em que demanda uma resposta imediata e o desempenho de uma licitação com suas demandas de formalidades e prazos pode vir a acarretar

⁵⁸ BRASIL. **Lei 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

danos a manutenção do serviço público e especialmente atingir a segurança dos indivíduos, segundo prevê a Lei de licitação em seu inc. IV.

Detém a ciência do direito normas próprias em relação as situações emergenciais, que por sua vez diz respeito a demonstração do fenômeno da necessidade, inserindo-se nesta emergência com todos os casos de excepcionalidade, assinaladas pela irregularidade, simbolizada por um caso fático com perigo de possível prejuízo na situação de não se empregarem as regras padrão.

[...] a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, ao invés de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato.⁵⁹

Nas situações de calamidade e emergência, constata-se que se encontra em perigo o interesse público. Sendo assim, as obras, serviços, dentre outros elementos que podem vir a acatar a pretensão posta em perigo, necessitarão ser contratadas através da dispensa de licitação, tendo em vista que não seria possível esperar todo o processo licitatório.

No julgamento de José dos Santos Carvalho Filho⁶⁰, dispensam a licitação os casos de calamidade pública e emergência no momento em que se encontrarem bastante claras a urgência de atendimento do caso acarretar dano ou atingir a segurança de equipamentos, serviços, obras, de pessoas e outros bens particulares ou públicos.

Não é puramente uma condição fática normal a definição de emergência, seria uma definição que se relaciona entre aquele e o desempenho de determinadas importâncias, em relação a esta definição expõe Marçal Justen Filho que:

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

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 392.

⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 238.

Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico.⁶¹

Uma situação emergencial é compreendida quando garante a simples dispensa de licitação, como aquela que necessita ser acatada com imediatismo, com a finalidade de não acontecer danos, não sendo confirmado o desmazelo do administrador ou ausência de planejamento. A calamidade pública são aquelas situações trágicas que alcançam de forma súbita, enorme quantidade de indivíduos, a exemplo do vendaval, terremoto, incêndio, guerra, pestes, inundações, secas, dentre outros.

No intuito de melhor compreender o assunto aqui versado, é importante apresentar as definições de calamidade pública e emergência apresentados por Hely Lopes Meirelles, a saber:

A emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas consequências lesivas à coletividade. Calamidade pública é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde pública em geral.⁶²

A calamidade pública, no entendimento de José Cretella Júnior, refere-se a “desgraça que atinge, de repente, grande número de pessoas, como inundação, peste, guerra, incêndio, terremoto, vendaval, devastação ciclônica.”⁶³

Nesta situação, a emergência, de acordo com Joel de Menezes Niebuhr⁶⁴, caracteriza-se como uma indispensabilidade de contratação que não pode esperar pelas formalidades legais do procedimento de licitação, sob pena de ser perecido o interesse público, vinculado sempre a certa exigência social ou pela permanência da prática administrativa. Vale destacar que, primeiramente, não deve ser provocada a

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 308.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 272-273

⁶³ CRETELLA JUNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 89.

⁶⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008. p. 99.

urgência pela ausência de programação da entidade administrativa, mesmo que as situações de interesse público podem também obrigar a contratação direta.

Constata-se na apreciação do caso concreto nos casos de emergência e calamidade pública um perigo ao interesse público, obras, serviços, dentre outros elementos que convirão para acatar a pretensão posta em perigo. Com isso, necessitarão ser contratados através da dispensa de licitação, tendo em vista que não suportaria passar por um processo de licitação. Como forma de demonstrar a situação de emergência, é possível mencionar por exemplo, a troca da fiação elétrica de um prédio, tendo em vista a grande ameaça de incêndio, pela sua deterioração.⁶⁵

3.3 Caracterização da emergência e alcance jurisprudencial

Para que seja caracterizada uma situação como de emergência necessitam se encontrar existentes de forma simultânea, a imprevisibilidade deste acontecimento, a inadiabilidade do procedimento a ser acordado, a severidade e a iminência do perigo e a suficiência do elemento da contratação para distanciar os perigos no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da existência da emergência, conforme dispõe o art. 24, da Lei de Licitação.

Sobre este fenômeno, dispõe Antônio Carlos Cintra do Amaral que:

A emergência é, a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou ainda provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência.⁶⁶

Resumidamente, tem-se que simboliza uma excepcionalidade o procedimento licitatório de dispensa em razão da emergência e o seu uso de modo inapropriado simboliza um correto insulto aos princípios da licitação pública.

⁶⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático das licitações**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶⁶ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de licitação por emergência. REDE: **Rev. Eletrônica de Direito do Estado**. n. 13, jan./mar. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO--2008-ANTONIO%20CARLO%20CINTRA>. Acesso em: 31 set. 2017.

Refere-se as situações específicas a contratação direta em razão da calamidade pública ou situação emergenciais, nas quais o prazo indispensável para o normal procedimento licitatório impossibilitaria a consagração de medidas indispensáveis para impossibilitar prejuízos irreparáveis. E o emprego desta espécie de licitação, contratação imediata e dispensa de licitação, simboliza uma espécie de prática acautelatória das pretensões que se encontram perante tutela individual.

Existem inúmeros casos contingenciais que liberam a dispensa de licitação, tendo em vista que a efetivação do processo licitatório colocaria em perigo o desempenho desses interesses públicos.

Levando em conta que demanda a contratação administrativa um atendimento as necessidades supraindividuais e coletivas, denota que a falta de contratação imediata simbolizaria um dano maior para o bem público.

Para fins de dispensa, a emergência constitui uma necessidade de contratação que não tem a capacidade de esperar as formalidades normais do processo licitatório, sob pena de desatendimento de certa exigência social juntamente com o comprometimento do interesse público ou pelo prosseguimento da prática administrativa.

É assinalada igualmente pela necessidade urgente ou imediata de acolhimento de um acontecimento já ocorrido ou por ocorrer de forma que se venha impedir ou diminuir os efeitos deste acontecimento.

A emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas consequências lesivas à coletividade.⁶⁷

Diante da proximidade de um prejuízo insuprível e grave e existindo perigo de dano ao interesse público, corretamente confirmada e liberada a condição de emergência pela entidade administrativa torna-se impreterível a aquisição da contratação com falta do procedimento de licitação.

Deve-se verificar quando da verificação da emergência se esta não deriva de ação negligente ou irresponsável do gestor, isso porque, de acordo com J. C.

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 280.

Mariense Escobar “a situação emergencial ensejadora da dispensa é aquela que resulta do imprevisível, e não da inércia administrativa.”⁶⁸

É necessário que se destaque o nexo causal em meio a eliminação do perigo de dano e a contratação direta, isto é, a revelação do vínculo em meio a necessidade a ser acatada e a resposta efetiva apropriada. Corresponde a equação da utilidade/necessidade, existente em inúmeras ações do direito administrativo. Quando se confirmar que a contratação emergencial corresponde a forma apropriada e concreta para acabar com o perigo, encontra-se liberada a entidade pública a contratar de forma direta apenas nas restrições determinadas pela legislação, ou seja, “os bens necessários ao atendimento da situação emergencial” ou “as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias”, não necessitando ultrapassar esta liberação.

Deve-se ressaltar que precisa ser efetiva e concreta a situação emergencial, distanciando-se a probabilidade de acontecimentos fáticos genéricos. Em tais situações, acontece a desaprovação da contratação direta com fundamento na emergência por carecer de uma das condições estabelecidas pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União e pela lei, que seria, a revelação de que é a forma mais efetiva e apropriada a contratação direta para acabar com o perigo de dano.⁶⁹

Fundamentar-se em casos genéricos de extenso alcance e claramente normais, onde o contrato emergencial não acabará com os perigos de prejuízos e danos, não se revela como explicação válida para uma contratação sem o procedimento licitatório demandado.

Mesmo com a responsabilização correspondente, é um requisito contornável a imprevisibilidade, perante a possibilidade de o risco imediato de prejuízo continuar e se a contratação imediata poderá distanciá-la. Em tal caso é lícita a contratação direta pelo ente administrativo, tendo em vista a clareza do risco e o dano a bens ou serviços públicos serem irreparáveis, de forma que a coloque impreterível nas restrições do suficiente e necessário para impossibilitar o dano, com ou sem o encargo do agente que acarretou o perigo.

⁶⁸ ESCOBAR, J. C. Mariense. **Licitação, teoria e prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 98.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 272.

Não devem ficar sem providências imediatas as situações de emergência para impedir maiores prejuízos as pretensões da coletividade. Tal caso é ensejador da contratação direta, contudo, compete ao Poder Legislativo fiscalizar tanto a legalidade quanto a legitimidade do fato gerador da emergência para ter conhecimento se este não aconteceu por negligência ou desídia do administrador que deixou de empenhar-se para impedir essa condição.

Compreende-se que as dificuldades sociais amplas e genéricas, além de próprias e previsíveis em determinados campos da coletividade, não são conhecidas como razões que possibilitem a dispensa. Para ser caracterizada a emergência, necessita existir um caso imprevisível, específico, real, fática, capaz de completar todas as condições demandadas na legislação e efetivados pela jurisprudência, bem como de oferecer explicativas que direcionem a concepção onde contratação direta é a forma mais apropriada e eficiente para distanciar os perigos de dano que aquele caso pode acarretar a pretensão coletiva, pode ser exercício complicado quando se possui um saneamento básico, segurança e saúde pública precários.

Desta forma, quando assinalada a emergência em todas as condições, independentemente da ação negligente ou não do gestor, é dispensada a licitação, tendo em vista que os interesses imediatos e coletivos ultrapassam as ações administrativas, e a coletividade não deve ser prejudicada.

3.4 Lei 13.303/16 – Licitação nas Empresas Estatais

Foi sancionada a Lei nº. 13.303, em 30 de junho de 2016, que determina o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, também chamada de Lei de Responsabilidade das Estatais, a presente norma apresenta o disciplinamento das licitações e contratações das estatais.

Em relação ao assunto da contratação direta, seja nas situações de inexigibilidade quanto nas hipóteses de dispensa de licitação, a lei em destaque, apresenta, de uma forma geral, conteúdos mais claros que as normas consagradas pela Lei de Licitação de 1993, como se pode perceber, quando a lei é clara ao diminuir a quantidade de possibilidades de dispensa, com este fato se amoldando a concepção da doutrina, ao retirar aquelas que não são aplicáveis as empresas estatais, conforme se verifica no dispositivo 28, § 3º da Lei 13.303/2016, a saber:

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

- I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;
- II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Enquanto que na situação de inexigibilidade, ressalta-se a retirada a singularidade como requisito para contratação de notória especialização. Tendo em vista que, na Lei de licitação, para que um especialista seja contratado demandava-se que este possuísse notória especialização, bem como a singularidade como requisito. Neste momento, para as estatais, é necessário somente que se amolde o serviço entre um destes apresentados pelo art. 30, inciso II, é o que se verifica no artigo a seguir:

Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

- I - aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;
- II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
 - a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
 - b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
 - c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
 - d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
 - e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
 - f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
 - g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

Além disso, de grande valor foi a modificação dos valores para a situação de dispensa de licitação nas contratações de pequenos valores. Com isso, a lei adotou o entendimento de alguns projetos que se encontram em tramitação no Congresso Nacional, já que se cingiam em quinze mil reais, para as obras e serviços de engenharia e em oito mil reais nas outras situações, os valores consagrados pela Lei nº 8.666/93, conforme denota-se do art. 29, a saber:

Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda a obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;

Este novo procedimento apresenta não somente os valores da Lei de Licitações que não eram atualizadas desde 1998, para os dias atuais, mas igualmente, possibilita para as estatais uma maior flexibilidade.

4 ANÁLISE DO DANO AO ERÁRIO

Qualquer aquisição pública se realiza perante a relação entre a necessidade e a resposta, tendo em vista que a assimilação da necessidade a ser acatada seria o que faz com que o ente público procure a resposta mais apropriada, que pode vir a possuir como elemento algo que se encontre disponível no mercado ou algo que necessite ser fabricado. Depois dessa assimilação, expõe-se a licitação para que seja selecionado o indivíduo que será encarregado da resposta a esta necessidade.⁷⁰

Contudo, como verificado previamente existem situações em que é dispensada esse certame, por algumas razões, a exemplo da emergência, que seria a contratação desempenhada sem a licitação em razão de sua excepcionalidade, tendo em vista que o elemento primordial da contratação direta fundamentada na emergência seria a finalização do perigo de dano à vida, saúde e bens dos indivíduos. Não atendida esta necessidade em um certo período pode ser prejudicial ao interesse da sociedade, sendo indispensável a revelação efetiva e concreta de que a não ação imediata verdadeiramente apresentará maiores prejuízos à sociedade.

Para que isto aconteça, é indispensável que se deixe claro o nexo em meio a contratação direta e a finalização do risco de dano, isto é, a revelação do vínculo em meio a necessidade a ser acatada e a resposta efetiva apropriada. Seria a junção em meio a utilidade e a necessidade existente em inúmeras ações administrativas. Ao confirmar que o procedimento efetivo e apropriado, para que se acabe o perigo, é a contratação emergencial, que se encontra liberada para que a administração possa contratar de forma direta, contudo, de acordo com as restrições postas na lei. Ocorre que, essa confirmação não está sendo feita de forma apropriada, fato que acaba gerando danos ao erário.

4.1 A Identificação do dano e suas peculiaridades (causa e objeto)

É por meio da licitação, a regra, que o ente administrativo realiza compras e alienações, contrata prestações de serviços, obras, dentre outros. Tal fato, até o momento ficou bastante óbvio, conforme o que foi apresentado, no campo legislativo, a exemplo da Constituição e a lei de licitação, quanto pela jurisprudência.

⁷⁰ MENDES, Renato Geraldo. **O regime jurídico da contratação pública**. Curitiba: Zênite, 2008. p. 103.

Entretanto, uma realidade muito diferente é revelada na atividade da administração pública, revelando que o número de gastos com compras, alienações, obras e serviços, sem o uso apropriado do procedimento licitatório, direciona a elevadas proporções e valores,

Conforme informações apresentadas por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁷¹, previamente a Lei de Licitação, no ano de 1990, quando ainda estava em vigor o Decreto nº. 2.300/86, as importâncias dispendidas do tesouro, sem o uso do procedimento de licitação resumia uma grandeza de 93,3% quando somente 6,7% eram dispendidos com licitação. Ainda que com o surgimento da Lei de Licitação, de acordo com dados apresentados pelo Governo Federal, a importância gasta sem licitação ainda atingia a grandeza de 55%, em 1999.⁷²

Apenas com o surgimento da nova modalidade pregação, consagrado pela Lei nº. 10.520/2002, onde este deixa o procedimento licitatório mais rápido, este valor foi um pouco diminuído, contudo, conforme o Ministério do Planejamento, no ano de 2011, a importância gasta pelo Governo Federal, sem o uso de licitação, alcançou a proporção de 47,8%, o que compreende a catorze bilhões de reais. Assim sendo, ainda que a regra venha a ser o procedimento licitatório, nesta questão a jurisprudência é unânime, ressalvadas as exceções, incontestável assegurar que a prática administrativa fabrica uma enorme quantidade de compras e contratações diretas sem a utilização da licitação.⁷³

Neste contexto, é indispensável ressaltar que necessita ser efetiva e concreta a situação emergencial, para que se contrate sem licitação, separando-se a probabilidade de acontecimentos fáticos genéricos. Nestas situações, acontece a recusa em licitar com fundamento na emergência por carecer de uma das condições efetivadas pela legislação e pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que seria, a revelação de que a contratação direta seria a forma mais apropriada para acabar o perigo de dano.⁷⁴

⁷¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 9.. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 1995. p. 295.

⁷² MENDES, Renato Geraldo. A licitação é regra ou exceção: repensando a contratação direta. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 set. 2017.

⁷³ DANTAS, Iuri; FABRINI, Fábio. Compras sem licitação crescem sob Dilma e atingem quase R\$ 14 bilhões. **Estadão**. 17 de janeiro 2012. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,compras-sem-licitacao-crescem-sob-dilma-e-atingem-quase-r-14-bilhoes,823877>>. Acesso em: 30 set. 2017.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 273.

Com a finalidade de beneficiar a si mesmo ou a um terceiro, o agente público, analisa o caso e explica que o desempenho da licitação, não obstante ser onerosa, é lenta se comparada com a contratação direta e, por tal motivo, dispensa o procedimento licitatório em razão da emergência. Inúmeras circunstâncias são forjadas para que assinalem a urgência de atendimento e, desta forma, conseguem acatar não o interesse público, e sim o próprio. Em tal situação, a emergência seria de lavar ou gastar o dinheiro público de uma forma mais célere.

Fundamentar-se em acontecimento genéricos de grande abrangência e claramente comuns, onde nestes o contrato emergencial não acabará com os perigos de prejuízos e danos, não se revela como explicação apropriada para uma contratação sem o exigido procedimento licitatório.

De forma lamentável, certos destes modos de desvio de objetivo descrevem materialmente um aspecto de legalidade, de forma que, ainda que sendo sentidas, pressentidas ou inclusive conhecidas, visualiza-se ser complicado demonstrar a comprovada da aparente legalidade.

Importante, também deixar claro a distinção em meio a fraude stricto sensu e a corrupção, que seriam, possivelmente, as duas maiores problemáticas dos processos licitatórios da entidade administrativa, existentes igualmente na dispensa por emergência, a saber:

Enquanto que a prática de corrupção representa a oferta, doação, recebimento ou solicitação de algo de valor para direcionar a ação do agente público no processo de seleção, a prática fraudulenta consiste na falsificação de fatos ou na realização de embuste pelos particulares com o objetivo de influenciar o resultado da seleção administrativa.⁷⁵

Nas situações de dispensa por emergência, existem tantas tramoias em meio aos agentes públicos e os particulares, no caso de corrupção, como da mesma forma se constata os exercícios isolados ou juntamente com os particulares, sem a ciência da instituição estatal, o que a acaba distorcendo o procedimento administrativo por meio de fraude, afrontando de imediato os princípios da impessoalidade e moralidade existentes no procedimento.

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 100.

4.2 Momento identificador do ilícito penal, civil e administrativo

Para que seja caracterizada a emergência necessita existir uma situação imprevisível, específica, real e fática, com capacidade de completar todas as condições demandadas na legislação e efetivadas pela jurisprudência, assim como oferecer explicações que direcionem a concepção de que é a forma mais eficiente e adequada a contratação direta para separar os perigos de dano que determinado caso pode acarretar ao interesse coletivo, fato que constitui atividade complicada no momento em que se possui saneamento básico, segurança e saúde pública precárias como no Brasil.

Em relação a esta indispensabilidade de motivação para que se possa contratar diretamente, são contundentes Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti e ainda asseguram que, por conta de se encontrarem distante do procedimento licitatório a legitimidade e o ônus probatório de legalidade é modificado, tendo que ser confirmado pelos agente, ampliando o grau de exigências destas motivações e justificativas, a saber:

Impõe-se o dever de justificar a decisão que autoriza a contratação direta mediante explicitação dos motivos (razão de fato e de direito) que a sustentam. Cumpre-se, assim, o princípio administrativo da motivação necessária e confere-se ao negócio jurídico que se formalizará, sobretudo em relação à norma do art. 113 da Lei nº 8.666/93, que incumbe os órgãos e entidades públicos de demonstrarem a legalidade e a regularidade da despesa e da execução, clara inversão do ônus probatório que afeta a presunção de legalidade e legitimidade atribuída aos atos administrativos em geral.⁷⁶

Essa explicação da contratação direta, conforme entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, se for bem motivada, revela um procedimento transparente, particularidade muito almejada pela coletividade. Contudo, no momento em que esta explicação não se encontra em consonância com o interesse público estabelece-se a anulação dos atos administrativos, configurando o momento identificador do ilícito administrativo, civil e penal.⁷⁷

⁷⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres & DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 290.

⁷⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 295.

Isso porque, demanda o art. 26, inciso I, da Lei 8.666/93, que seja assinalada a situação calamitosa ou emergencial, que explique a contratação direta, no momento em que se referir a casos de calamidade pública e emergência, como visto previamente nesta pesquisa. Isto é, em tais situações é indispensável que a explicação aqui destacada possua não apenas a declaração de uma situação de emergência, mas igualmente de sua motivação, efetivamente e explicando esse caso de um modo razoável.

Mesmo numa situação emergencial, deve o administrador evidenciar os motivos do seu convencimento pela necessidade da contratação direta, não podendo limitar-se à declaração de que há uma emergência ou calamidade, devendo caracterizá-la.⁷⁸

No entendimento de Marçal Justen Filho⁷⁹, se restar confirmado que perante a licitação comum e formal, teria obtido a entidade administrativa o melhor resultado se comparada com a contratação direta por emergência, o dano necessitará ser ressarcido pelo agente que escondeu as necessárias providências, necessitando-se penalizar o servidor de forma exemplar que impossibilitou a realização da licitação. É questão consagrada por Odete Medauar, os inúmeros campos de averiguação e a responsabilidade do agente público, a saber:

Se a conduta inadequada afeta a ordem interna dos serviços e vem caracterizada somente como infração ou ilícito administrativo, cogita-se, então, da responsabilidade administrativa, que poderá levar o agente a sofrer sanção administrativa. Essa responsabilidade é apurada no âmbito da Administração, mediante processo administrativo e a possível sanção é aplicada também nessa esfera. Se o agente, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, causou dano à Administração, deverá repará-lo, sendo responsabilizado civilmente. A apuração da responsabilidade civil poderá ter início e término no âmbito administrativo ou ter início nesse âmbito e ser objeto, depois, de ação perante o Judiciário. Se a conduta inadequada do agente afeta, de modo imediato, a sociedade e vem caracterizada pelo ordenamento como crime funcional, o servidor será responsabilizado criminalmente, podendo sofrer sanções penais. A responsabilidade criminal do servidor é apurada mediante processo penal, nos respectivos juízos. É possível que a mesma conduta configure infração administrativa, acarrete dano à Administração e seja tipificada como crime. Neste caso, o servidor arcará com as consequências da

⁷⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 654.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 287.

responsabilidade administrativa, civil e criminal, pois as três têm fundamento e natureza diversos. O mesmo se aplica na ocorrência de duas modalidades de infração.⁸⁰

É, portanto, indispensável a verificação da responsabilidade do agente e não deve ser recursada, especialmente nas situações de contratações diretas sem a averiguação das determinações legais, já que a dispensa de licitação constitui uma ressalva e, sendo assim, necessita ser empregada e avaliada de forma restrita.

Neste sentido, o administrador que acaba tratando como se fosse sua a coisa pública, encontra-se fadado a ser pelos seus atos responsabilizado, que poderão, até mesmo, incluírem-se as situações de improbidade administrativas estabelecidas pela Lei 8.249/92, caso em que serão admissíveis sanções que relacionam não somente a indenização do dano, como igualmente uma multa civil, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, a depender de como será sua conduta enquadrada, que pode ser ação que implique enriquecimento ilícito e/ou que acarrete danos ao erário e/ou que afronte os princípios da administração. É esta a concepção de Pedro Durão ao expor que:

Es importante destacar que el delito licitatório, que tenia características individuales, hoy tiende a ser um acto coletivo y organizado que a veces presenta conexiones supnacionales. Si la persona que elige delinquir recibe em contrapartida uma sancion severa, em el futuro pensará dos más veces antes de realizarlo nuevamente y servirá de ejemplo disuasorio para tola la sociedade. Sin embargo, esto no es deseable, ya que el Estado no puede resistir los gastos crecientes correspondientes al mantenimiento de los presídios y demais instituciones destinadas a la privación de la libertad.⁸¹

Por fim, segundo descreve Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, é “indeclinável o dever de penalizar o gestor que age com desídia ou negligência na obrigação de prever as situações que possam causar dano à sociedade ou à Administração”⁸².

⁸⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 320.

⁸¹ DURÃO, Pedro. **Licitación pública**: parâmetro y supracacionalidad. Curitiba: Juruá, 2015. p. 151.

⁸² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 370.

4.3 Fraudes Licitatórias e Gestão

Ao agente público é confiado um poder para ser utilizado em benefício da sociedade conduzida, nas restrições que o bem-estar social demanda. Acontece que, em determinadas situações, aquele, ainda que encarregado de realizar certo ato, transpõe as restrições de suas competências ou se desliga dos objetivos administrativos, fato que torna a ação nula. Contudo, a doutrina brasileira costuma classificar esse gênero, abuso de poder, em duas modalidades bem assinaladas, que seriam o excesso de poder e o desvio de finalidade.

Na primeira modalidade acontece uma transgressão ao componente “competência” da ação administrativa, tendo em vista que o agente público atua sempre ultrapassando o que é permitido pela legislação. Exemplificativamente, se certa autoridade libera uma dispensa de licitação por emergência, contudo, afasta determinada organização interessada em fazer parte do processo, encontrar-se-á assinalado o excesso de poder, em razão de o servidor ter extrapolado a restrição de sua atribuição.

Já em relação ao desvio de finalidade, o mesmo é assinalado no momento em que o servidor, ainda que agindo nos limites de sua capacidade, realiza uma ação por razões ou com finalidades que não se associam com os almejados pela legislação ou demandados pelo interesse público. Deve ser realizado o ato administrativo com verificação ideológica e formal da legislação, acatando tanto a moralidade quanto a legalidade. Sobre esta questão expõe Hely Lopes Meirelles que:

[...] o desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal [...].⁸³

Referindo-se a dispensa de licitação, acima de tudo nas situações de contratação direta por emergência, é corriqueiro esta forma de abuso. Essa questão se explica por motivos claros, já que em tais situações, a ação realizada com desvio de finalidade ou é efetivada de forma camufladas ou se oferece dissimulada sob a

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 112.

forma de interesse público e legalidade, complicando, deste modo, a confirmação pelos órgãos fiscalizadores o abuso de autoridade dos Agentes Públicos.

Nestes casos, a fraude à licitação normalmente acontece no momento em que o servidor simula, cria ou ainda delonga as consequências da situação emergencial, sempre com a finalidade de explicar o motivo pelo qual está contratando diretamente e não por licitação. Verdadeiramente, a possibilidade de dispensa aqui versada teria aplicação nas situações, onde os quais, o decurso do tempo indispensável para se fazer uma licitação comum impossibilitaria a tomada de providências imprescindíveis a impedir prejuízos irreparáveis. Com isso, é essencial que a dispensa licitatória encontre-se fundamentada em uma correta situação emergencial, compreendida neste estudo como um caso excepcional, assinalada pela possibilidade de danos a valores, interesses e bens amparados pelo Estado, como se esperasse o habitual processo de licitação.

La práctica consiste em invocar uma excepción que excluya la licitación y la disputa regular, provocando direccionamientos oblicuos y el beneficio a determinado oferente. Se verifica um desvio de conducta por parte del administrador cuando simula alguna de las situaciones antes descritas o cuando firma um pedido de exención sin verificar su real necesidad.⁸⁴

Nos casos de calamidade pública ou emergência, a dispensa de licitação demanda do agente público, desta forma, a revelação da potencialidade verdadeira de dano e a revelação de que a contratação direta é a forma mais efetiva e apropriada para acabar com o perigo. Outras duas imprescindíveis peculiaridades que necessitam ser apreciadas nestes procedimentos seriam: a) a determinação da necessidade de uma contratação e b) a indispensabilidade do produto ou serviço contratado.

Necessita o Promotor de Justiça apreciar e analisar se a questão afirmada como geradora da situação emergencial seria ou não antevista de forma objetiva, ou seja, se seria possível ou não a sua previsão pelo servidor público a ponto de possibilitar a consagração de medidas de cautela para não acarretar a emergência e, deste modo, acarretar o desempenho do procedimento em meio aos fornecedores. Nesta situação o que se aprecia é se a necessidade ou não da contratação era

⁸⁴ DURÃO, Pedro. **Licitación pública**: parâmetro y supracacionalidad. Curitiba: Juruá, 2015. p. 164.

previsível antes da existência da ocorrência do caso descrito como emergencial. A segunda particularidade é a apreciação a respeito do produto ou serviço contratado em relação a sua indispensabilidade perante o caso emergencial afirmado. Não diz respeito à apreciação puramente se o serviço ou produto por fim contratado seria ou não apropriado para acabar ou fazer frente perante a condição emergencial revelada, e sim se era indispensável, imprescindível sua aquisição ou contratação para este objetivo.

Diante do que fora demonstrado, restou claro que, perante o caso concreto, diversas características podem vir a acontecer e possibilitar imprecisões. Entretanto, necessita-se apreciar se sem o serviço ou produto contratado o caso emergencial teria ou não suas consequências diminuídas ou finalizadas, já que, apenas perante a solução afirmativa é que se necessitará compreender se será indispensável essa contratação. A exemplo disso, tem-se a emergência relativa em razão de ausência de merenda escolar, compra de gêneros alimentícios que formam a merenda. Possível compra de diferentes produtos perante essa condição, mesmo que vinculados à educação, a exemplo de material escolar, não terá sido indispensável para fazer acabar as consequências da condição emergencial afirmada.

5 APORTE CONCLUSIVO

As aquisições pelo ente administrativo, em razão do que prevê a Constituição, necessitam ser antecedidas de procedimento licitatório. Acontece que, nas situações excepcionais, a legislação possibilita a inexigibilidade ou dispensa de licitação. Em meio as situações de dispensa de licitação, tem-se os casos de calamidade ou emergência pública, isso se encontrarem existentes condições determinadas legalmente.

A Lei de Licitação, em seu art. 24, inciso IV, oferece ao servidor público a possibilidade de dispensar a licitação nas situações de ocorrências emergenciais que venham acarretar danos ou danificar a segurança de indivíduos, equipamentos, serviços, obras e outros particulares, públicos ou bens.

A contratação realizada nestes casos é intransferível e necessitará se limitar aos bens indispensáveis ao acolhimento do caso calamitoso ou emergencial e para as partes de serviços e obras que venham a ser finalizadas por um período máximo de 180 (cento e oitenta) dias sucessivos e contínuos, iniciados da existência da calamidade ou emergência.

A exemplo de toda ressalva, os artigos legais a respeito da dispensa de licitação necessitam ser empregados de forma limitada, e em razão disto, diversos questionamentos aparecem para o servidor quando for para assinalar se o caso concreto possui ou não a ressalva legal.

Verifica-se que, nas situações de emergência a contratação direta possui possibilidade no momento em que a justiça exige do poder público providências urgentes com o intuito de impedir danos ou afastar os possíveis perigos de prejuízos aos serviços privados ou públicos, bens ou pessoas.

Apenas deverá ocorrer a licitação dispensável por emergência no momento em que totalmente revelada a potencialidade do prejuízo que se deseja afastar, assim como a evidente assimilação de que a mesmo corresponde a única forma apropriada e eficiente para acabar com os riscos.

Acontece que, ao invés de ser empregada em casos que verdadeiramente demandam a urgência no atendimento para impossibilitar certo dano à administração pública ou sociedade, este procedimento vem sendo, não raras as situações, mal utilizado ou interpretado, pelos administradores públicos, tendo em vista que, corriqueiramente, vem se desamparando um ou certas das condições que ensejam

esta possibilidade, colocando-a como correto instrumento para a contratação personalista e imoral.

Entende-se que a dispensa por emergência do certame possui natureza de singularidade e a não verificação dos princípios constitucionais demonstra uma transgressão ao princípio da moralidade pública. O inadimplemento de tais especificidades resulta na infração de natureza penal, estabelecida pela Lei de Licitação e acarreta o emprego de penalidade no campo criminal, civil e administrativo, é esta a concepção de Pedro Durão, ao descrever que: “Los agentes públicos serán responsabilizados administrativamente por los daños de finalidad o la malversación de los recursos públicos, sin perjuicio de otras sanciones civiles o criminales que pueden corresponder sea a través de copias registradas ante escribano o ante um servidor de la administración, bajo las penas impuestas por la ley⁸⁵”.

Diante do exposto, não deve ser sacrificado o interesse público, representado pela segurança de bens e pessoas, em consequência da má administração do ente público. Sendo assim, os órgãos de fiscalização devem possibilitar a contratação direta sempre verificando as condições legais, e se forem constatados quaisquer danos ao erário, devem ser avaliadas a responsabilidade referente, a fim de serem reparadas pelo agente causador.

Nesta direção, cabe ao agente público, ao utilizar a dispensa de licitação emergencial, envolver-se de todos os cuidados admissíveis para basear sua determinação no atendimento ao interesse público, revelando quais efeitos danosos poderão surgir com a falta de contratação.

⁸⁵ DURÃO, Pedro. **Licitación pública**: parâmetro y supracacionalidad. Curitiba: Juruá, 2015. p. 168.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de licitação por emergência. **REDE: Rev. Eletrônica de Direito do Estado**. n. 13, jan./mar. 2008. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO--2008-ANTONIO%20CARLO CINTRA](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO--2008-ANTONIO%20CARLO%20CINTRA)>. Acesso em: 31 set. 2017.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito administrativo positivo**. Leme: EDIJUR, 2015.

BRAZ, Petrônio. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Direito, 2009.

BRUNO, Reinaldo Moreira. **Os recursos no processo licitatório**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARVALHO, Deusvaldo. **Orçamento e contabilidade pública: teoria e questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CRUZ, Flávio da. **Contabilidade e movimentação patrimonial do setor público**. Rio de Janeiro: Ed. do autor, 1988.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**: 6. Edição, São Paulo, Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DURÃO, Pedro. **Direito administrativo objetivo**: resumo e aplicações. 5. ed. rev. e ampl. Salvador: Viajuridica, 2016.

_____. **Licitación pública**: parâmetro y supracacionalidad. Curitiba: Juruá, 2015.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **Licitação, teoria e prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Contratação direta sem licitação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2008.

FIGUEIREDO, José Reinaldo. **Licitações públicas para principiantes**: o bê-a-bá das licitações públicas. Florianópolis: Insular, 2002.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizada até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Renato Geraldo. **O regime jurídico da contratação pública**. Curitiba: Zênite, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres & DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático das licitações**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Willian Costa. **Metodologia científica**. FAETEC/IST. Paracambi. 2007

SAMPAIO, Ari Wárlid Carlos Pereira. **Dispensa e inexigibilidade em licitações**: uma análise sobre as duas possibilidades. Universidade do Estado da Bahia: Itanhém, 2014.