

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

CRISTIANE DA SILVA

A DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CASOS DE EMERGÊNCIA "FABRICADA"

**CARANGOLA
2017**

CRISTIANE DA SILVA

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

A DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CASOS DE EMERGÊNCIA "FABRICADA"

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Doctum de Carangola, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito
Administrativo**

**Orientador: Prof. Bruno Gonzaga da
Silveira Cardozo**

CARANGOLA

2017

RESUMO

A presente monografia terá como estudo sobre a contratação direta por verificação da chamada emergência "fabricada", que ocorre por desídia ou má gestão do administrador público. Quando se trata de dispensa de licitação por situações de emergência, tem-se em mente que a demora para se realizar o procedimento de licitação pode acarretar sérios prejuízos ao erário e a sociedade, assim, o procedimento licitatório seria incompatível com a urgência clamada pela situação de risco. No entanto existem os casos de emergência fabricada, que ocorre por desídia ou má gestão do administrador público, gerando assim a necessidade de contratação direta pela administração pública para atender de imediato a certos interesses sociais. Dessa forma busca-se com o este estudo, demonstrar se tal procedimento corriqueiro nas contratações das administrações públicas, bem como, analisar os possíveis danos que podem ser causados a sociedade pela prática destas, além de avaliar a legislação e a jurisprudência sobre o tema e ainda delimitar as formas de responsabilização dos agentes que agiram de forma desidiosa.

Palavra-Chave: Direito Administrativo, Contratação direta, Município

ABSTRACT

The present monograph will have as study on the direct hiring by verification of the so-called "manufactured" emergency, which occurs due to the mismanagement or mismanagement of the public administrator. When it comes to exemption from bidding for emergency situations, it has to be borne in mind that the delay in carrying out the bidding procedure can cause serious damage to the public and the society, thus, the bidding procedure would be incompatible with the urgency demanded by the situation of risk. However, there are cases of manufactured emergency, which occurs due to the lack of management or mismanagement of the public administrator, thus generating the need for direct contracting by the public administration to respond immediately to certain social interests. In this way, this study seeks to demonstrate that it is such a routine hiring in the hiring of public administrations, as well as to demonstrate the possible damages that may be caused to society by their practice, in addition to analyzing legislation and jurisprudence on the subject and to delimit the forms of accountability of agents that acted in a dehydrated way

Keyword: Administrative Law, Direct Contracting, Municipality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 - ASPÉCTOS GERAIS DA LICITAÇÃO	7
1.1 Conceito e Previsão Legal	7
1.2 Princípios inerentes ao procedimento licitatório	9
1.3 Modalidades de licitação	11
2 - LICITAÇÃO DISPENSÁVEL - ART. 24 DA LEI Nº 8.666/93	15
2.1 Noções Gerais	15
2.2 Casos de Licitação dispensáveis	17
2.3 A Emergência	19
2.3.1 Emergência e calamidade pública.....	21
2.3.2 Requisitos para a validade da contratação direta.....	23
2.3.3 O risco	23
2.3.4 O contrato emergencial	25
3 - A CHAMADA EMERGÊNCIA FABRICADA	27
3.1 Quando provocada pela desídia do administrador	28
3.1.1 A responsabilidade do administrador	30
3.1.2 Mecanismos de Controle.....	32
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

O presente trabalho realiza uma abordagem sobre a contratação direta por verificação da chamada emergência "fabricada", que ocorre por desídia ou má gestão do administrador público.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece a necessidade de realização de procedimento licitatório para contratações realizadas pela administração. No entanto, a Carta Magna, no art. 37, XXI, faz ressalvas a exigências de se licitar em casos previstos nas legislações. Nesse contexto, a Lei 8.666/93, nos artigos 17, 24 e 15, estabelece situações onde a contratação pode ser direta. Nessas situações excepcionais permite-se dispensar o procedimento licitatório, em decorrência da supremacia do interesse público

Uma dessas exceções é a possibilidade de contratação direta por emergência, que no caso das contratações, representa uma necessidade de atendimento imediato a certos interesses, sendo certo que a demora na realização da contratação geraria risco de perda de valores tutelados no ordenamento jurídico. Uma vez que a licitação pressupõe um procedimento demorado, e a sua realização em certos casos poderia gerar um prejuízo significativo aos cofres públicos.

Ocorre que um novo conceito vem ganhando espaço na doutrina quando se trata do tema, que é a "emergência ou urgência fabricada".

A emergência fabricada revela-se quando a Administração não age no tempo correto, e deixa de tomar as providências necessárias para a realização do procedimento licitatório que era necessário. Ou seja, a Administração deixa de agir com diligência necessária, lhe faltando, dessa forma, um planejamento administrativo eficiente, descumprido a norma, e realizando a contratação direta, resguardando-se em cima da alegação de emergência e do interesse público.

Deve-se se distinguir a real emergência, que resulta do imprevisível, daquela emergência gerada pela inércia administrativa. No entanto, a constatação da urgência derivada de desídia, deve ser tratada da mesma forma que a emergência resultante do imprevisível, evitando assim prejuízos ao administrado.

A questão básica do presente trabalho se encontra na necessidade de se harmonizar a satisfação do interesse público nas contratações diretas fundadas em situações de emergência fabricada com a finalidade real da norma de previsão da dispensa por emergência?

Uma vez que ao agirem com desídia alguns administradores públicos encontram respaldo na necessidade de contratação sob pena de prejuízo aos cofres públicos, ou seja, no interesse público, resultando assim em legitimação de uma conduta ilícita.

O objetivo geral do presente trabalho é analisar a contratação direta por verificação da chamada emergência "fabricada", que ocorre por desídia ou má gestão do administrador público, e, com isso conseguir responder ao questionamento central do problema, ora apresentado.

Oportuno destacar a relevância social e jurídica deste trabalho para a ciência jurídica *lato sensu*, mas essencialmente para a área do Direito Administrativo, tendo em vista o tema da presente pesquisa tratar de fato recorrente nas contratações das administrações públicas, como é o caso da contratação direta por verificação da chamada emergência "fabricada"

O presente estudo será realizado por meio de pesquisa bibliográfica, que se dará através de levantamento bibliográfico realizado por meio de leitura crítica da doutrina, legislação e jurisprudência sobre o tema em tela. Pretende-se verificar a melhor maneira de se coibir as contratações indiretas fundadas em situações de emergência fabricada. Após o levantamento bibliográfico, proceder-se-á à leitura analítica do material, a fim de compreender as análises textual, temática e interpretativas sobre o tema.

Por fim, esta monografia será exposta em três capítulos, onde no primeiro se trará noções gerais sobre o procedimento licitatório, como, conceito, princípios e princípios suas modalidades. No capítulo seguinte será abordados os casos de licitação dispensável e por último se estudará a emergência fabricada e as contratações dela derivada, bem como formas de ser responsabilizar o agente gerador do dano.

1. ASPÉCTOS GERAIS DA LICITAÇÃO

1.1 Conceito e Previsão Legal

Para se obter melhor compreensão do tema proposto para este trabalho, qual seja, quando é legalmente possível a dispensa do procedimento licitatório sob a escusa da emergência, se faz relevante um breve estudo sobre os aspectos gerais da licitação. Sendo relevante destacar primeiramente o conceito e a previsão legal da licitação, os princípios inerentes ao procedimento licitatório e por fim as modalidades existentes de licitação.

Assim, a licitação trata-se de um procedimento administrativo do qual se vale a administração pública, para selecionar a melhor proposta dentre várias apresentadas para estabelecer certas relações de conteúdo patrimonial.

Nesse sentido se expressa Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo:

A doutrina conceitua licitação como um procedimento administrativo, de observância obrigatória pela administração pública, no qual, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em estabelecer determinadas relações de conteúdo patrimonial com essa administração pública, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem. (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 163)

Oliveira conceitua licitação como "o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei com o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos." (OLIVEIRA, 2015, p. 26)

"Licitação traz a ideia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da administração, com vistas à celebração de um contrato administrativo, entre ela e o particular vencedor [...]" (ALEXANDRINO, PAULO, 2010, p. 163)

A licitação nada mais é que um procedimento obrigatório antecedente a celebração dos contratos pela Administração Pública, esse procedimento se deve ao fato de que o Poder Público, diferentemente das empresas privadas, não podem escolher livremente qualquer fornecedor. Imperativos como o da

isonomia, impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público, que norteiam a Administração, é que legitimam e obrigam à realização da licitação para escolha da melhor proposta, garantindo iguais condições a todos aqueles que queiram concorrer para a celebração do contrato com a Administração.

Por fim, após apresentado o conceito de licitação, fica mais claro os objetivos do instituto, quais sejam: a) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; b) selecionar a proposta mais vantajosa para administração e c) promover o desenvolvimento nacional sustentável, de acordo com o art. 3º, da Lei 8.666/1993.

Já a previsão legal do instituto da licitação, se apresenta primeiramente em âmbito constitucional, através de três normas, quais sejam, o art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

Posteriormente, o art. 37, XXI, da Constituição Federal consagra a regra da licitação e admite que a lei estabeleça exceções.

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

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento) (BRASIL, 1988)

Ao ser editada a Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que veio para regulamentar o inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal, acabou por desconhecer em seu art. 1º, a atribuição dos demais entes federados de legislar nessas áreas, submetendo assim, todas as unidades da Federação ao mesmo regime licitatório.

Por fim, tem-se o art. 173, § 1º, III, da Lei Maior que remete ao legislador a tarefa de elaborar o Estatuto próprio das empresas estatais econômicas, o qual conterá regras próprias de licitações e contratos.

No que se refere a leis infraconstitucionais, várias são as leis que tratam da licitação, como exemplos, pode se apresentar a Lei 8.987/1995 e a Lei 11.079/2004, que tratam das concessões de serviços públicos, e as Leis de nº 9.247/1996 e de nº 9.478/1997, que tratam das agências reguladoras.

Mas destaca-se, ainda, apesar da pluralidade normativa sobre o tema, as Leis de nº 8.666/1993, a Lei 10.520/2002 e a Lei Complementar 123/2006.

1.2 Princípios inerentes ao procedimento licitatório

Há doutrina não se apresenta uniforme quando o assunto são os princípios norteadores do procedimento licitatório.

Para alguns autores como Gasparini, os princípios são os estabelecidos no art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93, quais sejam, legalidade; impessoalidade; moralidade; igualdade; publicidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório; julgamento objetivo; fiscalização da licitação pelos interessados ou qualquer cidadão. (GASPARINI,2004, p. 451)

Segundo Meirelles, os princípios informadores da licitação resumem-se nos preceitos seguintes:

procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes, sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor. O Estatuto acrescentou agora, dentre os princípios básicos da Licitação, o da probidade administrativa (art. 3º). (MEIRELLES, 2008, p. 272)

Vários são os princípios que podem e devem nortear o procedimento licitatório, alguns princípios se assemelham aos princípios gerais que informam

a Administração Pública. Diante da variedade destes é que destacaremos somente aqueles que estão mais intimamente ligados ao procedimento, seguindo os ensinamentos de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, quais sejam: princípio da competitividade; da isonomia; da vinculação ao instrumento convocatório; do procedimento formal e princípio do julgamento objetivo.

Para Oliveira (2015, p. 29), o princípio da competitividade "justifica-se pela busca da proposta mais vantajosa para Administração, motivo pelo qual é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo." conforme expressa o art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/1993. Pois quanto maior a competição, melhores são as chances de se encontrar uma melhor proposta.

O princípio da isonomia ou igualdade, como também é conhecido, tem por finalidade afastar qualquer tipo de diferenciação entre as partes concorrentes na licitação. Di Pietro, sobre este princípio ensina que:

constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que visa, não apenas permitir a Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no art. 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. Na parte final, o dispositivo deixa claro que o procedimento da licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (DI PIETRO, 2012, p. 373)

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório trata-se de princípio básico do procedimento licitatório, pois não se justificaria a fixação no edital da forma e o modo de participação dos licitantes, se não fosse para este ser acatado. Di Pietro (2012, p. 381), explica ainda que a inobservância deste princípio enseja a nulidade do procedimento licitatório.

Como bem ensina Oliveira (2015, p. 31)

o instrumento convocatório (edital ou carta convite) é a lei interna da licitação que deve ser respeitada pelo Poder Público e pelos licitantes. Segundo o art. 41 da Lei 8.666/1993, a "Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". Trata-se da aplicação específica do princípio da legalidade, razão pela qual a não observância das regras fixadas no instrumento convocatório acarretará a ilegalidade do certame. Exemplos: a obtenção da melhor proposta será auferida necessariamente a partir do critério de julgamento (tipo de licitação)

elencado no edital; os licitantes serão inabilitados caso não apresentem os documentos expressamente elencados no edital etc.

O princípio do procedimento formal torna obrigatória a vinculação de todo o procedimento licitatório previsto na legislação, conforme estabelece o art. 4º da Lei 8.666/1993. Oliveira observa ainda ressalta ainda que:

o princípio do procedimento formal não significa excesso de formalismo. Não se pode perder de vista que a licitação é um procedimento instrumental que tem por objetivo uma finalidade específica: celebração do contrato com o licitante que apresentou a melhor proposta. Por esta razão, a legislação tem flexibilizado algumas exigências formais, que não colocam em risco a isonomia, com o intuito de garantir maior competitividade. (OLIVEIRA, 2015, p. 31)

Por fim, tem-se o princípio do julgamento objetivo que nada mais significa do que dizer que os julgamentos das propostas apresentadas pelos licitantes devem ser pautados em critérios objetivos elencados na norma. Pois ao contrário disso, se estaria ferindo o princípio da isonomia. O art. 45 da Lei 8.666/93 traz como critérios de julgamento a serem seguidos: o menor preço; a melhor técnica; técnica e preço e maior lance ou oferta.

A objetividade deve ser obedecida inclusive quando houver empate entre duas ou mais propostas. Nesse caso, o desempate será realizado por meio de sorteio (art. 45, § 2.º, da Lei 8.666/1993). (OLIVEIRA, 2015, p. 32)

Após apresentado os principais princípios informadores do procedimento licitatório, passa-se ao estudo das modalidades possíveis de licitação.

1.3 Modalidades de licitação

As modalidades de licitação referem-se aos tipos de procedimentos que a licitação deve seguir em determinados casos. Na legislação estão previstas as seguintes modalidades de licitação: concorrência, tomada de preço, convite; concurso; leilão, pregão e consulta, estando previstas no art. 22 da Lei 8.666/1993 e o pregão previsto na Lei 10.520/2002, e a consulta na Lei Nº. 9.472/97.

Oliveira sobre as modalidades dispõem:

Ressalte-se, ainda, que as três modalidades inicialmente previstas na Lei de Licitações (concorrência, tomada de preços e convite) são exigidas, em regra, de acordo com o vulto econômico estimado para o futuro contrato. Quanto maior o valor do contrato a ser celebrado, maiores serão as formalidades exigidas para essas modalidades de licitação. (OLIVEIRA, 2015, p; 77)

A concorrência é a modalidade de licitação mais formal, uma vez que é exigida, em regra, para contratações de grande vulto econômico, admite-se a participação de quaisquer interessados, que satisfaçam as condições do edital, que são convocados com antecedência, conforme previsto em lei, devendo ainda se dar ampla publicidade por órgão oficial e imprensa particular.

Alexandrino e Vicentino ensinam que:

O processamento da licitação e o julgamento das propostas são realizados por uma comissão permanente ou especial, no mais das vezes chamada, simplesmente, "comissão de licitação". Essa comissão deve ser integrada por, no mínimo, três membros, sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação. (ALEXANDRINO, PAULO, 2011, p.621)

A tomada de preços, trata-se de um procedimento menos abrangente, pois restringe aos interessados do ramo, já previamente inscritos em cadastro mantido por unidade federativa, ou ainda que atenderem as condições exigidas até três dias antes da data do recebimento da proposta. É modalidade específica para contratações de valor médio, conforme art. 23, I, "b", e II, "b", da Lei 8.666/93: a) obras e serviços de engenharia: valor até R\$ 1.500.000,00; e b) compras e demais serviços: valor até R\$ 650.000,00. No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro desses valores quando formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número. (OLIVEIRA, 2015, p.78)

O convite é a modalidade menos formal de licitação, é a exigida para as contratações de menor valor econômico, conforme o determinado no art. 23, I, "a", e II, "a", da Lei 8.666/93, que são: a) obras e serviços de engenharia: valor até R\$ 150.000,00; e b) compras e demais serviços: valor até R\$ 80.000,00. No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro desses valores quando formado por até três entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.

Podem participar do convite (art. 22, § 3.º, da Lei de Licitações): a) convidados (cadastrados ou não); e b) não convidados (cadastrados) que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas. (OLIVEIRA, 2015, p. 80).

A modalidade convite não se exige a publicação, uma vez que é feito diretamente aos escolhidos, através de carta-convite.

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalhos técnicos, científicos ou artísticos, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, devendo ser obedecidos os critérios estabelecidos em edital que deve ser publicado na imprensa oficial, com no mínimo 45 dias de antecedência.

Portanto, o que determina a necessidade de realizar a licitação na modalidade concurso é a natureza do seu objeto, não o valor do contrato. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 623).

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, para a venda, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação, dos seguintes bens: bens móveis inservíveis para a administração; produtos legalmente apreendidos ou penhorados e bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, de acordo com o art. 22, §5º, da Lei 8.666/93.

Quando se tratar da alienação de bens móveis da Administração, o leilão está limitado aos bens avaliados, isolada ou globalmente, em valor não superior R\$ 650.000,00, quando maior a modalidade deve ser a concorrência.

O pregão é a modalidade de licitação prevista na Lei 10.520/2002 para aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado do futuro contrato. (OLIVEIRA, 2015, p. 81-82).

Salienta-se que são considerados bens e serviços comuns "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (art. 1.º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002)." (OLIVEIRA, 2015, p. 82)

Por fim se tem a consulta, que está prevista no art. 37, caput e parágrafo único, da Lei 9.986/2000, e é modalidade da licitação realizada pelas agências reguladoras. O procedimento dessa modalidade estão previstos nos art. 55 a 58 da Lei 9.472/1997, conhecida como Lei da Anatel.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira resumidamente apresenta as características da consulta:

a) não tem relação com o valor estimado do futuro contrato; b) somente será utilizada para aquisição de bens ou serviços que não sejam considerados "comuns" ou seja, para os casos de impossibilidade de utilização do pregão; c) a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase; e d) somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados. (OLIVEIRA, 2015, p. 87)

A consulta deve ser utilizada nas hipóteses em que não for possível o pregão, ou ainda para as contratações que não se refiram às obras e aos serviços de engenharia.

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

Antes de adentrarmos no tema central do presente trabalho, as chamadas emergências fabricadas, faz-se relevante uma análise das possibilidades de contratação direta através do processo de dispensa e inexigibilidade da licitação.

Apesar de ser a licitação um procedimento exigido pela norma constitucional, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, abre a possibilidade de se dispensar o procedimento licitatório, e se realizar a contratação direta, obviamente, desde que respeitados todos os requisitos legalmente previstos para tal ato.

De outro modo, somente a Lei por autorizar a dispensa, e ela o faz quando o objeto do procedimento licitatórios possui certas particularidades que necessitam ser atendidas.

Ressalta ainda que a modalidade de licitação não gira unicamente em função do valor econômico da contratação, devendo serem observados ainda a complexibilidade do objeto da licitação, bem como, a sua destinação e urgência da contratação. Tendo em vista, que a licitação se perfaz através de uma relação entre os custos do objeto e seus benefícios.

2.1 Noções Gerais

É entendimento da doutrina que a Constituição adota a licitação como a melhor forma de se produzir uma contratação, sendo essa afirmativa presunção absoluta, por assegurar maior vantagem a Administração Pública. “Todavia, o art. 37, inciso XXI, da CF limita essa presunção, permitindo a contratação direta sem a realização do certame nas hipóteses ressalvadas na legislação.” (MARINELA, 2015, p.255).

Entende-se por licitação dispensável a permissão concedida pela constituição de a Administração Pública celebrar contrato direto com o particular.

O art. 24, da Lei 8.666/93 elenca um rol de possibilidades que podem ensejar na dispensa da certame licitatório, com fundamento no princípio da Supremacia do Interesse Público, pois existem casos em que a realização de todo o procedimento de licitação seria totalmente inviável ou frustraria os próprios interesses públicos. Se tornando nestes casos o certame um instrumento de sacrifício ao interesse público, não sendo, ainda a contratação mais vantajosa para a Administração.

A lei 8.666/93 permite, portanto, a dispensa e a inexigibilidade da licitação, consoante a presença dos pressupostos e requisitos legais. Assim sempre que for inviável a disputa, o certame será inexigível. Já a dispensa é exigível o certame, no entanto, por vontade do legislador não ocorrerá.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes preceitua que:

Para que a situação possa implicar dispensa de licitação, deve o fato concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos. Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na lei, *numerus clausus*, no jargão jurídico, querendo significar que são aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação. (FERNANDES, 2008, p. 303)

Ainda sobre o assunto ensina Marinela:

Ressalte-se, ainda, que a contratação direta, sem a realização de licitação não é sinônimo de contratação informal, não podendo a Administração contratar quem quiser, sem as devidas formalidades, o que é denominado procedimento de justificação, previsto no art. 26 da lei. (MARINELA, 2015, p.256)

Assim, sempre que a Administração for se valer da dispensa deve fazê-lo de forma justificada e fundamentada, demonstrando assim a sua conveniência, de modo que revele o devido interesse público específico para o caso.

Passa-se agora ao estudo dos casos de licitação dispensável, tipificados na legislação.

2.2 Casos de Licitação dispensáveis

Em cada caso de licitação dispensável, se tem a presença de uma situação jurídica, que após análise dos valores constitucionais, o legislador entendeu por bem, permitir à Administração que realizasse a escolha discricionária de se ter ou não o procedimento de licitação, de acordo com as previsões legais.

Sobre o assunto ensina o professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

A dispensa de licitação possui duas características principais: a) rol taxativo, pois as hipóteses de dispensa são exceções à regra da licitação; e b) discricionariedade do administrador, uma vez que a dispensa depende da avaliação da conveniência e da oportunidade no caso concreto, sendo admitida a realização da licitação. (OLIVEIRA, 2015, p. 55)

Desta forma a contratação direta é permitida nos casos previsto no art. 17 da Lei 8.666/93, que trata da licitação dispensada, no art. 24 da mesma lei, onde estão elencados casos de dispensa da licitação e por fim no art. 25 da Lei de Licitações, onde são especificados os casos de inexigibilidade da licitação. Para o presente trabalho interessa o estudo da licitação dispensável, por ser onde se enquadra a contratação direta por emergência, como prevê o art. 24, IV, da Lei 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

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

consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos. (BRASIL, 1993)

O referido artigo elenca nos seus 31 incisos, as hipóteses onde é possível a dispensa da licitação, sendo o inciso IV, o determinante para a presente pesquisa.

Maria Silvia Zanella Di Pietro (2012, p. 285) classifica os casos de dispensa em quatro categorias, sendo eles:

- a) em razão do pequeno valor;
- b) em razão de situações excepcionais;
- c) em razão do objeto;
- d) em razão da pessoa

Em razão do pequeno valor, as licitações de obras e serviços de engenharia de até 5% do limite previsto na art. 23, I, “a”, da Lei 8.666/93 podem ser dispensadas, e para outros serviços e compras com valor de até 10% do limite previsto no art. 23, II, “a”, da mesma lei.

Já no caso de situações excepcionais, é permitida a dispensa sempre que a demora para a realização do certame é totalmente incompatível com a urgência necessária para a celebração do contrato, ou ainda, quando sua realização puder contrariar o interesse público. Permite-se ainda a dispensa quando for comprovado o desinteresse dos particulares no objeto do contrato.

Sendo incluídos nessa categoria, os casos de guerra ou grave perturbação da ordem (art. 24, III); os casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgências de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos. (art. 24, IV); quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso,

todas as condições preestabelecidas (inciso V do art. 24); na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido (inciso art. 24, IX); Ainda os casos previstos no art. 24, VI, VII, IX, XIV e XVIII.

Em razão do objeto, o artigo 24 prevê como hipóteses a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração; nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis; aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada; a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos; as compras de materiais de uso pelas Forças Armadas e aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP CNPq ou outras instituições oficiais de pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico.

Já em razão da pessoa, às hipóteses previstas nos artigo 24 são: aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública; a impressão dos diários oficiais, formulários padronizados de Uso da Administração, de edições técnicas oficiais, a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, a contratação de instituição brasileira, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional; e por fim, a contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra.

2.3 A Emergência

Como já mencionado, entre os casos de licitação dispensável, temos a situação da emergência prevista no art. 24, IV da Lei 8.666/93.

Emergência no sentido do referido artigo, trata-se de uma situação que requer solução imediata, sendo o procedimento de licitação um instituto se realizado para o determinado caso específico, um instrumento que poderá a vir causar sérios prejuízos e ainda comprometer a segurança da população.

Existe no Direito regras específicas que devem ser seguidas para os casos emergenciais, sendo o vislumbamento claro da necessidade a principal delas. Pode portanto, ser incluído no conceito de emergência toda situação excepcional que foge à normalidade, e pode vir a causar sérios prejuízos caso se aplique o procedimento licitatório com todas as suas formalidades.

Justen Filho (2014, p. 294) assim conceitua:

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

Ainda sobre o assunto assevera Oliveira (2015, p. 57): “Admite-se a dispensa de licitação em razão de situações emergenciais quando o tempo necessário à licitação é incompatível com a urgência da contratação e com o atendimento do interesse público.”

A emergência se relaciona com a necessidade de imediato atendimento a certos interesses, onde a demora em se realizar a prestação de determinado serviço ou se comprar determinado produto, pode produzir risco de prejuízo aos valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

Deste modo, pode ser considerada uma situação de emergência, que merece ser resguardada pelo procedimento de dispensa de licitação, toda aquela que necessita de atendimento urgente, de modo a não gerar prejuízo aos cofres públicos ou ao interesse público. No entanto, além da situação

emergencial, deve ser comprovado que o administrador não agiu com desídia ou falta de planejamento, de modo a elevar a situação ao patamar de emergência.

Alguns pressupostos devem ser observados para que uma situação possa ser considerada como de emergência, tais como a imprevisibilidade da situação fática, a impossibilidade de se adiar a contratação, a gravidade do risco e ainda a suficiência do objeto da contratação, de modo que este possa afastar os riscos, dentro do prazo de até um ano, contados da ocorrência da emergência, conforme disposto no já citado art. 24, IV, da Lei 8.666/93.

Nesse sentido se posiciona Antônio Carlos Cintra do Amaral (2008):

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.

Assim a dispensa de licitação poderia ser considerada como uma modalidade de contratação acautelatória do interesse público.

2.3.1 Emergência e Calamidade Pública

As emergências trata-se de tema extremamente discutido na doutrina, tendo em vista, sua conceituação ser totalmente subjetiva e ampla. Elas podem ser visualizadas em fatores naturais, independente da ação do homem; fatores humanos, oriundos do serviço interno da Administração, e ainda, fatores humanos externos, não ligados a Administração Pública. O certo é que em todos os casos em que se autoriza a contratação direta se busca evitar dano potencial.

A previsão da dispensa por emergência se faz juntamente com a da calamidade pública, no inciso IV, do art. 24 da Lei 8.666/93, havendo muitos que costumam confundir as duas, ou entendê-las como sinônimas. Ocorre que são situações distintas entre si, ainda que, a situação de calamidade pública se resuma em uma situação de emergência.

A emergência se caracteriza pela urgência de atendimento, já a calamidade pública, se resume em uma situação de perigo que foge a anormalidade vivida pela sociedade, decorrentes de fatores naturais, tais como, vendavais, inundações, etc.

A situação de emergência para fins de dispensa, se define como a necessidade de contratação urgente, onde não se pode esperar os trâmites formais e demorados do certame licitatório, sob pena de se comprometer o interesse público, prejudicando ou deixando de atender algumas demandas sociais.

Se caracteriza, como já mencionado, pela imediatidade da contratação, que tem por finalidade reduzir ou evitar prejuízo que pode ser causado pela demora.

Ao tempo que a calamidade se revela através de uma situação de grave perigo, que pode ser particular de determinada região ou ainda generalizada, mas sempre decorrente de eventos naturais. A calamidade pública se caracteriza pela impossibilidade de se atender a demanda pelas vias normais, com a utilização dos meios e recursos a disposição da Administração naquele momento.

Hely Lopes Meireles (2008, p. 283) sobre a calamidade pública dispõe:

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

Ainda sobre o assunto disserta Oliveira (2015, p. 57):

No tocante à emergência e à calamidade pública, as situações deverão ser analisadas concretamente. Exemplos: inundações causadas por fortes chuvas pode acarretar a necessidade de contratações emergenciais (compra de medicamentos, contratação de serviços médicos, locação de imóveis para funcionarem como abrigos etc.); anulação de determinada licitação e a justificativa, no caso concreto, de que a repetição do certame será incompatível com a urgência da contratação etc.

A contratação direta, quando houver emergência ou calamidade pública, limita-se aos bens e serviços necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa. Desta forma a Lei não autoriza a contratação de qualquer bem ou serviço.

Sempre que uma situação for configurada como de calamidade pública, deve ser declarada desta forma pela autoridade competente, por meio de decreto, sendo neste caso autorizado que esta entidade possa contratar liberada da responsabilidade de realizar o procedimento licitatório.

Por fim, vale destacar que fato de serem tais situações configuradas pela urgência da contratação, levou o legislador a limitar o período de vigência dessas contratações, devendo assim, essas serem efetuadas por no máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, sendo contados da ocorrência ou calamidade, sendo vedada sua prorrogação,

2.3.2 Requisitos para a validade da contratação direta

Para que se dê a contratação direta por emergência, é necessário um juízo de valor pautado no princípio da proporcionalidade, onde o interesse público sobre o bem tutelado deve ser o medidor central.

Sobre o referido princípio destaca Martins:

A proporcionalidade é comumente tratada como sinônimo de razoabilidade, no entanto, é possível fazer uma distinção entre elas, embora estejam intimamente ligadas. A razoabilidade evita que a aplicação da lei gere resultados absurdos, pois nenhuma lei será pertinente se suas consequências extrapolarem o padrão de normalidade. Já o princípio da proporcionalidade exige do aplicador do Direito a adequação dos fins que objetiva atingir com os meios necessários para tanto. Em outras palavras, o uso dos meios deve ter a intensidade necessária para o alcance dos fins (MARTINS, 2009, p. 56).

O inciso IV, do art. 24, da Lei 8.666/93, apresenta os requisitos necessários a validade da contratação direta por emergência ou calamidade pública, sendo eles, situação emergencial ou calamitosa; urgência de atendimento; risco e contratação direta como meio adequado para afastar o risco. Deve ser acrescentado ainda a justificação do preço, conforme disposição do Tribunal de Contas da União:

O processo administrativo pelo qual a Administração Pública – sem escolher uma das modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei nº 8.666/1993 – realiza pesquisa de preços no mercado é também um procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta. (Acórdão nº. 100/2003, Plenário, rel. Ministro Marcos Bemquerer)

Deve ainda serem respeitados os mandamentos do art. 16, inciso III, da Lei 8.666/93. Não podendo esquecer ainda dos princípios fundamentais, mantendo sempre o senso comum frente à situação e ao contrato firmado.

2.3.3 O risco

Como visto acima o risco é um dos requisitos necessários para que se configure a situação de emergência, merecendo para este trabalho maior destaque.

Assim, a situação de risco se revela em uma situação fática emergencial concreta, que se mostra provável de se efetivar causando iminente risco de dano. Desta forma o fator risco tem que estar presente para se configurar uma situação como de emergência.

Deste modo, em uma situação de emergência é imperativo que o risco tenha ao menos chance de ser evitado com a contratação direta, se não, qual sentido teria autorizar a contratação, se não fosse para reduzir os danos ou evitar o mesmo.

O risco, de qualquer maneira, deve incidir sobre pessoas, serviços, obras, equipamentos, ou quaisquer outros bens da administração. Nesse sentido sustenta Fernandes: “compõe a situação de emergência, na finalidade desse dispositivo, certa dose de imprevisibilidade da situação **e a existência de risco em potencial** a pessoas ou a coisas, que requerem urgência de atendimento.” (FERNANDES, 2008, p. 366).

O TCU, assegura que deve existir o risco de danos a bens, à saúde ou à vida de pessoas para que se possa justificar a dispensa da contratação nos casos de emergência, indo além, afirma ainda o Tribunal que o risco para justificar a dispensa deve ser iminente e especialmente gravoso, e que a contratação deve ser efetivar para afastar esse risco.

Abaixo se encontram colacionados os requisitos elencados por meio de decisão do Tribunal de Contas:

- a.1) que a situação adversa, dada como emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser

atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;
a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;
a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;
a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiros, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado. (TCU - Acórdão 383/2003 – Plenário).

Conforme se vê, a contratação direta não estará coberta de respaldo legal quando não estiver vinculada a situação de emergência que busque eliminar ou reduzir os riscos que se apresentam da situação. Devendo assim, a contratação ser um meio adequado e eficaz a situação emergencial.

2.3.4 O contrato emergencial

Os contratos decorrentes de dispensa de licitação estão vinculados a situação que os autorizou. Para a configuração do contrato, é imprescindível que se exponha os motivos e justificativas que lhe deram azo, não somente da emergência, mais ainda sobre sua viabilidade para atender ao interesse público.

Assim, tem se mostrado a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

É desprovido de amparo legal o contrato emergencial firmado em decorrência de dispensa de licitação, quando o objeto almejado dependa de estudos preliminares cujo tempo necessário para conclusão descaracterize a urgência da contratação. (Acórdão nº. 1889/2006)

Como já observado, a contratação direta deve ter como finalidade principal a eliminação do risco de dano, e observar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias estipulado pelo inciso IV, do art. 24, sendo vedada a sua prorrogação. Dentro deste prazo tem por obrigação a Administração pública promover a licitação para resolver da melhor maneira possível o problema que deu causa a emergência.

Cella (2012, p.43) expõe ainda que:

O contrato emergencial efetivado com dispensa de licitação é uma situação que demonstra o abrandamento dos requisitos delineados pela Lei 8.666/93 para atender no caso de uma ocorrência

particularmente grave mas bem tolerada pelos órgãos de controle: Tribunais de Contas, Ministério Público, Organizações Não Governamentais e pela sociedade organizada sob as mais diversas formas

Fernandes citando o Tribunal de contas dispõe sobre os pontos relevantes a serem considerados na hora de realizarem a contratação direta:

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

a – a licitação tenha se iniciado em tempo hábil, considerando com folga, os prazos previstos no Estatuto Fundamental das Contratações para abertura do procedimento licitatório e interposição de recursos administrativos, bem assim aqueles necessários à elaboração do instrumento convocatório, análise dos documentos de habilitação (se for o caso) e das propostas, adjudicação do objeto e homologação do certame;

b – o atraso porventura ocorrido na conclusão do procedimento licitatório não tenha sido resultante da falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que tal fato não possa, em hipótese alguma, ser atribuído à culpa ou dolo do(s) agente(s) público(s) envolvido(s);

c - a situação exija da Administração a adoção de medidas urgentes e imediatas, sob pena de ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

d – a contratação direta pretendida seja o meio mais adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado;

e – o objeto da contratação se limite, em termos qualitativos e quantitativos, ao que for estritamente indispensável para o equacionamento da situação emergencial;

f – a duração do contrato, em se tratando de obras e serviços, não ultrapasse o prazo de 180 dias, contados a partir da data de ocorrência do fato tido como emergencial;

g – a compra, no caso de aquisição de bens, seja para entrega imediata; (FERNANDES, 2008, p. 346-347)

Deste modo percebe-se que apesar de haver a dispensa do procedimento licitatório existe toda uma formalidade a ser seguida para se realizar a contratação direta, sempre primando pelo interesse público.

3. A CHAMADA EMERGÊNCIA FABRICADA

Apesar da legislação prevê a possibilidade de dispensa do certame licitatório para os emergenciais e de calamidade pública e tenha por finalidade nestes caso salvaguardar o interesse público nas situações de urgência.

Frequentes são os casos onde a situação emergencial é gerada por desídia administrativa, surgindo assim a chamada emergência “fabricada”.

Para tanto, deve ser observado com cautela se a contratação está se dando por uma emergência “real”, aquela que decorrente de situação imprevisível, alheia à vontade do administrador ou se na realidade não trata-se de uma falsa emergência ou “fabricada”, quando é provocada pela negligência da Administração Pública.

A avalizada doutrina de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 287) pontua que: “O reconhecimento da emergência é de valoração subjetiva, mas há de estar baseado em fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a dispensa de licitação.”

Desta monta, cabe a Administração saber distinguir o que é realmente uma emergência da chamada emergência “fabricada.” A emergência fabricada se revela nas situações em que Administração pública deixa de realizar as exigências necessárias para a realização do procedimento licitatório a tempo, e com isso acaba gerando agravando a situação de emergencial, e colocando em risco o interesse público.

Portanto, apesar de haver previsão para a contratação direta em casos de emergência, uma vez que o tempo pode agravar a situação, não se pode permitir que a dispensa ocorra em situações de emergência fabricada. A quem se discuta sobre a existência ou não da urgência neste casos, por ter sido está, na maioria das vezes, motivada por negligência. No entanto, há casos que a urgência realmente existe, mesmo que o seu fato gerador seja a negligência, e nestes casos, a doutrina se divide. Alguns se posicionam no sentido de que mesmo neste casos deve-se realizar a contratação, não podendo o poder público ser prejudicado pela desídia de um agente. Já outros se posicionam contrariamente, acreditando que não se deve permitir a dispensa para as emergências fabricadas.

3.1 A emergência fabricada pela desídia do administrador

Como já mencionado, nos casos de emergência se tem a necessidade de demonstrar que a dispensa é meio efetivo e útil a atender a mesma se evitando

ou diminuindo o risco de dano existente ao interesse da coletividade, e não somente basta a alegação da ocorrência emergencial.

Relevante salientar novamente que as justificativas para a contratação indireta devem ser bem fundamentada, a fim, de se evitar justamente os casos de emergência fabricada, devendo as motivações demonstrarem a viabilidade da contratação no atendimento do interesse público.

Ocorre contudo, que é extremamente comum se presenciarem casos em que a urgência da contratação se dá por falta de planejamento, desídia da administração, má gestão dos recursos públicos, ou ainda por culpa, dolo ou negligência do agente responsável por agir de modo a evitar tais situações.

A seguir entendimento jurisprudencial a respeito do tema:

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

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

30. Essa irregularidade levou a Infraero a efetuar um contrato com sobre preço, o que aponta para a conversão destes autos em Tomada de Contas Especial. Havendo essa conversão, a apenação dos responsáveis deverá ser tratada no respectivo processo de tomada de contas. Portanto, entendo que, neste momento, não devem ser aplicadas as multas propostas pela Unidade Técnica para este indício de irregularidade. (Acórdão 3058/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

Portanto, a emergência fabricada deve ser evitada ao máximo, ou seja, quando a situação anterior possibilitava a realização do procedimento licitatório, e somente se torna calamitosa por negligência da Administração. Parece evidente que mesmo que surja o risco devido a desídia da Administração, não se pode penalizar o poder público, impedindo assim a contratação, no entanto,

a fim de coibir a existência de tais situações é que se faz necessário a penalização do causador da emergência.

Logo, diante da clara necessidade de tutela do interesse público, tem entendido o Tribunal de Contas da União que a contratação direta emergencial dever ser realizada mesmo nos casos de desídia na geração da emergência. Vejamos os seguintes julgados:

[...] De fato, tenho defendido a necessidade de se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, pois entendo que a contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação (Acórdão nº 1599/2011, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar).

[...] A contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação. Na análise de contratações emergenciais não se deve buscar a causa da emergência, mas os efeitos advindos de sua não realização. A partir dessa verificação de efeitos, sopesa-se a imperatividade da contratação emergencial e avalia-se a pertinência da aplicação, pelo Administrador, da excepcionalidade permitida pelo art. 24, IV, da Lei de Licitações. [...] não pode o administrador incorrer em duplo erro: além de não planejar suas atividades, permitir que a sua desídia cause maiores prejuízos à Administração e/ou terceiros.” (Acórdão nº 1.138/2011, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)

A advocacia Geral da União também se posicionou no mesmo sentido ao expedir Orientação Normativa tratando do assunto:

A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei (Orientação Normativa nº 11/AGU, de 01/04/2009)

Tem sido ainda, comumente recorrente, encontrar situações onde administradores que buscando prover o bem-estar da sociedade de forma mais rápida, se valem das prerrogativas disponíveis para a contratação direta, principalmente os casos de emergência e urgentes, para proceder contratação por meio da dispensa da licitação, não cumprindo na maioria das vezes de com as formalidades exigidas.

O Tribunal de Contas da União sobre o assunto entende que:

entendo remanescer a constatação de que a situação emergencial alegada na contratação direta tenha sido criada por exclusiva culpa da administração, que se descurou de acompanhar pari passu a execução do contrato de modo a reconhecer-lhe, com a devida antecedência, a situação de improrrogabilidade. Mas entendo que a gravidade da falha foi sobremodo reduzida, principalmente pela inexistência de elementos de dolo ou má-fé, como reconhece a própria Unidade Técnica, circunstância essa reforçada pela anuência do setor jurídico da entidade à contratação direta. Aproveita também à avaliação da conduta subjetiva do agente, o seu pouco tempo na função. (Acórdão nº 87/2007, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes)

Desta forma, mesmo havendo culpa ou dolo da administração, a contratação direta é possível, sendo apurado a responsabilidade do agente que gerou a necessidade de dispensa do certame.

Ainda sobre o assunto Edgar Guimarães (2008) dispõe que se a utilização da emergência derivada da má gestão, desídia ou inércia do administrador público é incorreta, pior aos seus olhos se faz a emergência instaurada, mesmo que que “artificialmente” criada, diante da proteção do interesse público. Sendo imperioso a responsabilização dos agentes que lhe deram causa.

Portanto, afirmar-se que mesmo nos casos onde a emergência se deu por ocorrência de falha administrativa, deve ser realizada a contratação direta por emergência, devendo posteriormente ser instaurado competente processo administrativo afim de apurar a responsabilidade dos agentes envolvidos.

3.1.1 A responsabilidade do administrador

Diante de uma ocorrência de dispensa de licitação por emergência fabricada, como já foi discutido, onde o risco é iminente, deve-se realizar a contratação direta, no entanto o agente que não agiu com a devida cautela e diligência deve ser punido. Sendo comprovado que a Administração obteria resultados mais favoráveis ao interesse público se fosse realizado o certame licitatório, o administrador responsável pelo procedimento de licitação deverá indenizar o prejuízo que causou ao erário.

A responsabilidade nestes casos pode ser objetiva ou subjetiva. No primeiro caso, basta que se comprove a existência do dano para que se tenha o dever de indenizar, bastando somente a comprovação do nexo de causalidade

entre a ação ou a omissão e o resultado danoso. Não tendo nestes casos a necessidade de comprovação de dolo ou culpa por parte do agente.

Já para a responsabilidade subjetiva tem a necessidade de se comprovar que o agente agiu com dolo ou culpa, além de demonstrar o nexo entre a ação ou omissão e o resultado danoso.

Quando se exige a demonstração da culpa esta deve ser considerada em sentido amplo, incluindo nestes casos o dolo e culpa em sentido estrito, causados por imprudência, imperícia e negligência.

Assim, o agente que causou o dano agiu com dolo quando tinha a intenção de lesar o Poder Público e de forma culposa quando agiu com imprudência, imperícia ou negligência.

Desta forma sempre um agente que deu azo a uma contratação direta por emergência fabricada, visando o atendimento imediato de modo a evitar que o dano se concretize, ou ainda, que tome proporções muito maiores, corre o risco de incorrer nas sanções previstas no art. 89, caput, da Lei 8.666/93:

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

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

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público. (BRASIL, 1993)

Sendo configurada uma conduta inadequada por um agente público, primeiramente deve se verificar em qual tipo penal se enquadra, nos casos de contratação direta por emergência fabricada, o artigo supra, deve ser o indicado.

Sobre o art. 89, Costa Junior disserta que:

A primeira modalidade de conduta prevista, dispensar, é de natureza comissiva. A inexigência será sempre omissiva. O agente, ao não realizar a Licitação que se lhe impunha promover, estará infringindo a norma penal. A menos que se trate de uma das hipóteses prescritas pelo art. 25 desta lei. A terceira modalidade de conduta preceituada em lei é igualmente omissiva: deixar de observar formalidades alusivas à dispensa ou à inexigibilidade previstas, substancialmente, no art. 26 desta lei. (COSTA JUNIOR, 2004, p. 2)

Mukai explica sobre a segunda parte do artigo 89 que o não cumprimento de meras formalidades para a dispensa ou inexigibilidade importará em crime. (MUKAI, 2008, p. 136)

Como, sabido, a administração pública tem como poder-dever a autotutela da administração, conseqüentemente, esse poder dever de proteger atinge também os certames de licitações e contratos administrativos, devendo, assim serem punidos os funcionários que mantiverem condutas consideradas ilícitas, cabendo ainda a responsabilidade civil por parte do Estado, por meio de ação regressiva ao agente causador do dano.

A forma de se enquadrar uma conduta como ilícita ou como infração ou ainda como crime se dará através de processo legislativo, em regra, conforme o grau de gravidade ou não da conduta, segundo parâmetros legais e sociais. De modo que as sanções também devem seguir essa premissa. Devendo a aplicação da sanção ser de maior ou menor rigor dependendo da grau de prejuízos causados com a conduta ilícita.

Vale ressaltar que além da sanção administrativa estão sujeitos às sanções ainda as sanções de natureza civil, que se configuram através dos danos materiais e morais. Assim, verifica-se que os delitos em estudo podem ser analisados através de três regimes jurídicos independentes, mas, cumulativos, quais sejam: administrativo, civil e judicial.

3.1.2. Mecanismos de Controle

Como anteriormente mencionado, é comum que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação, cabendo ao Poder Público, acompanhar as atividades de contratação, com o objetivo de evitar qualquer irregularidade, e principalmente ações fraudulentas em sua execução.

Na atualidade, a corrupção tem-se tornado uma prática comum, onde agentes públicos, valendo-se do poder discricionário que a Administração Pública possui, favorecem determinadas pessoas e empresas a fim de obterem lucros altíssimos.

Assim como na licitação, a contratação direta, deve ter seus requisitos fiscalizados, de modo a evitar que casos de emergência fabricada sejam rotineiros nas contratações da Administração. Para realizar essa fiscalização, é

que a atividade administrativa está sujeita a controle externo e interno, sendo este realizado pela própria administração pública, em seu poder de autotutela, conforme se depreende das Súmulas de n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula n. 346: a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula n. 473: a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

No controle interno, pode-se destacar as comissões de licitação, que devem realizar o controle dos procedimentos e da execução do processo licitatório, bem como, os casos de dispensa do procedimento, zelando pela observância da legislação aplicável, buscando assegurar a lisura do procedimento. (MOURÃO; COUTO, 2011, p. 41)

Ainda segundo Mourão e Couto:

Claro que a lisura e o objetivo do procedimento licitatório depende da observância dos procedimentos prescritos para as duas fases da licitação, quais sejam, a interna e a externa.

Deve, portanto, o controle interno agir preventivamente e ostensivamente, para garantir o estrito cumprimento dos fins do certame quanto à isonomia, à probidade administrativa, à publicidade, à economia e aos demais princípios licitatórios, conduzindo a Administração Pública à contratação mais vantajosa. (MOURÃO; COUTO, 2011, p. 49)

Já o controle externo da licitação é realizado por diversos órgãos como o Ministério Público, conforme previsto no art. 129 da Constituição da República, pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas, nos termos do artigo 71, também da Constituição, e até mesmo pela sociedade.

O Ministério Público juntamente com os Tribunais de Contas, podem questionar a legalidade, bem como, a economicidade do Contrato decorrente da dispensa. O Ministério Público diante de sua função de garantir que a Lei seja efetivamente cumprida (função *custos legis*) tem legitimidade para receber denúncias e dar prosseguimento à investigação, se for caso, buscando dessa forma punir eventuais agentes que negligentemente gerem situações de

emergência fabricada. Possui ainda, esse órgãos, uma ouvidoria onde o cidadão pode denunciar casos que tomem conhecimento.

Além do Ministério Público, outros órgãos também possuem legitimidade para receberem denúncias relacionadas ao procedimento licitatório ou a falta dele, como a CGU - Controladoria Geral da União, as controladorias estaduais e municipais, assim como os Tribunais de Contas.

Vale ressaltar a importância da participação da sociedade no controle externo das contratações da Administração, sendo constitucionalmente previsto no artigo 74, § 2º, e no artigo 75, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 74. [...]

[...]

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. (BRASIL, 1988)

Portanto, percebe-se que vários são os mecanismos de controle, no entanto, o problema central encontra-se na eficiência ou falta dela. Os órgão de controle devem agir de modo a impedir que casos de dispensa por emergência fabricada se concretizem, ou ao menos dificulte ao máximo tais ocorrências, buscando desestimulá-las, promovendo medidas saneadoras e preventivas.

Certo é que não se acabaria totalmente com os casos de emergência fabricada, mas buscar expandir cada vez mais a transparência dos atos e a realizar controles eficazes, podem permitir uma significativa diminuição deste tipo de contratação ilegítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico teve por objetivo tratar das contratações diretas fundadas em situações de emergência fabricada. A decisão de não licitar decorre de uma valoração subjetiva da Administração sobre a situação, levando sempre em conta o interesse social envolvido.

Presentes todos os pressupostos para a dispensa da licitação, se deve a administração efetuar a contratação direta. Tal contratação é fundada no interesse social. Assim sendo, é vedado a administração realizar o procedimento de licitação, pois se o realizasse, iria de encontro com o interesse social tutelado pelo ordenamento jurídico.

A licitação é um procedimento administrativo previsto na Constituição de 1988, e tem por finalidade selecionar a proposta mais vantajosa à Administração. Sendo assim, o procedimento licitatório é obrigatório para as contratações da Administração Pública.

Ainda que seja regra geral no ordenamento jurídico, existe na legislação exceções, onde é cabível a contratação direta, principalmente quando se trata de casos de dispensa ou de inexigibilidade do procedimento licitatório.

Dos casos permitidos de dispensa da licitação, destacou-se para o presente, a situação da emergência, conforme previsão expressa do art. 24, inciso IV da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Ênfase maior foi concedida a chamada emergência “fabricada” que trata da dispensa ocasionada por fato imprevisível ou, embora previsível, impossível de ser evitado.

Observa-se que a contratação direta nos casos de emergência ocorre quando a situação que a enseja requer da Administração Pública providências urgentes, com intuito de evitar prejuízos ou os riscos de danos ao interesse público.

Assim, a licitação dispensável por emergência, só deve ocorrer quando for clara a potencialidade do dano que almeja repelir, além de demonstrar que este se trata do meio mais adequado e eficiente para eliminar os riscos.

Deste modo, ressalta-se que quando se tem a dispensa por emergência fabricada sem a observância dos requisitos legais, gera a prática de crime

previsto no art. 89 da Lei de licitações e enseja ainda aplicação de sanção no âmbito administrativo, civil e criminal.

Buscando impedir, ou ao menos reduzir os atos fraudulentos que ocorrem no procedimento licitatório, é que existem mecanismos de controle, onde permitem que uma fiscalização seja realizada sob o procedimento em tela, como as comissões de licitações, ou ainda órgãos que possuem competência para acompanhar e fiscalizar os atos do poder executivo, com é o caso do Ministério Público, Poder Legislativo, Poder Judiciário e Tribunais de Contas, sem contar a fiscalização que pode ser exercida pela própria Administração Pública, diante do seu poder de autotutela e até mesmo pela sociedade.

Deste modo, percebe-se que existem vários meios de tentar se controlar o procedimento e com isso evitar o elevado número de contratações diretas fundadas em emergência fabricada.

No entanto, nem sempre esses órgãos agem com eficiência ou interesse, não dificultando assim à prática de atos ilícitos na esfera administrativa. Assim, conclui-se que para diminuir tais ocorrências, deve-se buscar maior transparência nos atos administrativos, e controles mais eficazes, para que de fato, os mecanismos de fiscalização sejam, efetivos na prática, uma vez que os próprios responsáveis pelas fiscalizações dos trabalhos realizados pelos entes públicos agem com descaso, ou ainda são servidores despreparados para exercerem a função, nos casos dos municípios por exemplo, que contratam pessoas por favores políticos que muitas vezes não preenchem os requisitos necessários para determinados cargos e tarefas, assim, não tendo o conhecimento necessário para realizar de fato a fiscalização dos procedimentos.

REFERÊNCIAS

ALEXANRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Dispensa de licitação por emergência**. REDE: Rev. Eletrônica de Direito do Estado. n. 13, jan./mar. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO-2008-ANTONIO%20CARLOSCINTRA> Acesso em: 21 out. 2017

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiticao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 out. 2017.

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

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

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

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

CELLA, Nayana Zanella. **A dispensa de licitação: consequências jurídicas da emergência “fabricada”**. Instituto brasiliense de Direito Público. Brasília, 2012

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal das Licitações: comentários aos artigos 89 a 99 da Lei 8.666, de 21.06.1993**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2004,

DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

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

GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 3 ed. São Paulo: NDJ, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

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

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Ed. 14. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Daniele Dias. **A relatividade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito**. Curitiba, 2009. 56 f. Monografia (Especialização em Ministério Público – Estado Democrático de Direito, na área de concentração em Direito Constitucional) - Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – FEMPAR, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro: atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emanuel Burle Filho**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOURÃO, Licurgo; COUTO, Daniel Uchôa Costa. **A fiscalização dos processos licitatórios na Administração Pública**. Revista do Tribuna de Contas do Estado de Minas Gerais, jan/fev/mar. v. 78 - nº 1- ano XXVIX. 2011. Disponível em: < <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1129.pdf>> Acesso em: 16 out. 2016.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos: comentários à lei n. 8666/93, com as alterações da lei n. 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E.C. n. 19/98 (reforma administrativa)**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.