

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

DOUGLAS RICARDO SILVANO

**ANÁLISE DOS LIMITES E PRESSUPOSTOS DA DISPENSA DE LICITAÇÃO
EMERGENCIAL, PREVISTA NO INCISO IV, ARTIGO 24 DA LEI 8.666/93**

Florianópolis

2014/1

Douglas Ricardo Silvano

**ANÁLISE DOS LIMITES E PRESSUPOSTOS DA DISPENSA DE LICITAÇÃO
EMERGENCIAL, PREVISTA NO INCISO IV, ARTIGO 24 DA LEI 8.666/93**

Monografia final do Curso de Graduação em
Direito objetivando aprovação no componente
curricular monografia.

USFC - Universidade Federal de Santa
Catarina.

CCJ – Centro de Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique U.
Cadermatori.

Coorientador: Felipe Boselli

Florianópolis
2014/1

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

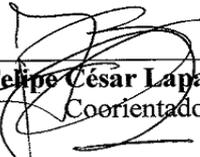
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Análise dos limites e pressupostos da dispensa de licitação emergencial prevista no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Douglas Ricardo Silvano**, defendida em **03/07/2014** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 03 de julho de 2014.



Luiz Henrique Urquhart Cadermartori
Orientador(a)



Felipe César Lapa Boselli
Coorientador



Jorge da Silva Prosdócimo
Membro de Banca



João Mário Martins
Membro de Banca

Aqueles que mesmo antes da minha existência torceram por mim, mesmo quando o dom da vida era incerto acreditaram na minha vitória, meu pai Valter Laudelino Silvano e minha mãe Kátia Regina Silvano.

À minha inspiração, parceira que não acreditava existir, a mulher que torna meus dias melhores, a quem também dedico este trabalho e dedicarei o resto da minha vida, Bruna Raupp.

Ao futuro, hoje representado pelo inestimável Rafael Silvano.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade de viver ao lado de pessoas tão especiais, em casa, na família, no trabalho e na presença dos melhores parceiros.

Agradeço a todos aqueles que um dia lutaram pela políticas de cotas nas instituições públicas de ensino, sem as quais não teria oportunidade de estudar na Universidade Federal de Santa Catarina, e não teria o prazer da companhia diária de Renan Petri, Caio Bocchini e Leonardo Greco, ilustres companheiros de graduação.

Aos familiares pelos ensinamentos a mim repassados, pelos cafezinhos tão importantes para a confecção deste trabalho. Aproveito a oportunidade para pedir desculpas pela ausência no convívio familiar, mas sem a qual o objetivo não seria alcançado.

Aos parceiros que na medida certa fizeram dos momentos de descanso uma festa, meu irmão Glauber, o primo Netinho e os amigos Álvaro e Murilo.

Ao orientador professor Dr. Luiz Henrique U. Cadernatori por ter aceitado me orientar, contribuindo para a execução deste trabalho.

Ao coorientador desta monografia, Felipe Boselli, o qual aceitou ao convite para coorientar este trabalho durante um curso ministrado aos servidores da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Santa Catarina, e desde o primeiro momento contribui de forma ímpar para a confecção deste.

Aos amigos e comandantes Jorge da Silva Prosdócimo e João Mário Martins, que desde o primeiro momento, mesmo antes de iniciada a leitura do material para confecção deste trabalho, já se disponibilizaram a ajudar no que fora preciso. Sem ajuda desses amigos todo o curso não seria bem aproveitado como o foi.

Aos avós que não cohabitam mais nesse mundo, mas que independente de onde estejam torcem por mim.

Por fim, volto a agradecer àquelas pessoas que não só me ajudaram a concluir mais essa etapa da minha vida, mas me ajudaram a ser quem eu sou, do jeito que sou, meu pai Valter Silvano, minha mãe Kátia Silvano, meu irmão Glauber Silvano, meu sobrinho e afiliado Rafael (Melequinha) Silvano e minha amada Bruna Raupp.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Federal de Santa Catarina, a Banca Examinadora, o coorientador e o orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca deste.

Florianópolis, 10 de julho de 2014.

Douglas Ricardo Silvano

Graduando

RESUMO

Trata-se de uma monografia para conclusão do Curso de graduação em Direito, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com objeto de pesquisa os limites e pressupostos da contratação da Administração Pública, através da Dispensa de Licitação Emergencial, prevista pelo inciso IV, artigo 24, da Lei 8.666/93. Inicialmente é feita uma análise da obrigação de licitar por parte da Administração Pública, posteriormente são realizados breves apontamentos acerca da exceção, ou seja, as chamadas Contratações Diretas: licitação dispensada, dispensável e inexigível. A segunda seção será dedicada, exclusivamente, à análise das peculiaridades do inciso IV, artigo 24, da Lei 8.666/93, Dispensa de Licitação Emergencial. A terceira seção deste trabalho acadêmico é dedicada a elencar as formas de responsabilização para os gestores públicos envolvidos em irregularidades nessa contratação.

Palavras-Chave: Administração Pública, contratação direta, dispensa de licitação, emergência, responsabilização.

ABSTRACT

This is a monograph for conclusion of graduation in Law Course of Federal University of Santa Catarina (UFSC), with research object limits and assumptions of hiring Public Administration, through the Emergency Waiver Bidding, provided by section IV, Article 24 of Law 8.666/93. First, we analyze the requirements to bid for the Public Administration, after that, briefs notes are made about the exception, in other words, are made the Direct Hires: waiver bidding, expendable and unenforceable. The second section will be devoted exclusively to the analysis of the peculiarities of section IV, Article 24 of Law 8.666/93, Emergency Waiver Bidding. The third section of this scholarly work is devoted to listing the forms of accountability for public officials involved in irregularities in this hiring.

Keywords: Public Administration, direct hire, bidding exemption, emergency, accountability.

ROL DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

CC -- CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

CRFB -- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CONFEA -- CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E
AGRONOMIA

EC – EMENDA CONSTITUCIONAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

TJ – TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sumário

INTRODUÇÃO	1
1 OBRIGAÇÃO DE LICITAR PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	4
1.1 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS	4
1.2 A OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA	5
1.3 CONCEITO DE LICITAÇÃO	6
1.4 DA OBRIGAÇÃO EM LICITAR	7
1.5 EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR	7
1.5.1 LICITAÇÃO DISPENSADA	9
1.5.2 LICITAÇÃO DISPENSÁVEL	12
1.5.2.1 DISPENSA DE LICITAÇÃO EM RAZÃO DO VALOR	13
1.5.2.2 DISPENSA DE LICITAÇÃO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS	13
1.5.2.3 DISPENSA POR LICITAÇÃO DESERTA OU RESCISÃO CONTRATUAL	15
1.5.2.4 DISPENSA DE LICITAÇÃO EM RELAÇÃO A CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS	16
1.4.2.5 DISPENSA DE LICITAÇÃO EM RAZÃO DO OBJETO	17
1.5.2.6 DISPENSA EM RAZÃO DE ATRIBUTOS PESSOAIS DO CONTRATADO	20
1.5.2.7 EM RAZÃO DE ACORDOS INTERNACIONAIS	21
1.5.3 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	21
2 LICITAÇÃO DISPENSÁVEL POR EMERGÊNCIA OU CALAMIDADE PÚBLICA	27
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	27
2.2. CARACTERIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA	28
2.2.1 EMERGÊNCIA REAL (imprevisível)	29
2.2.2 EMERGÊNCIA FICTA	30
2.3 BENS NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DA SITUAÇÃO EMERGENCIAL OU CALAMITOSA	32
2.4 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 ...	34
2.5 PRESSUPOSTOS PARA CONTRATAÇÃO	40
2.5.1 CARACTERIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA	43
2.5.2 CARACTERIZAÇÃO DA URGÊNCIA PARA ATENDIMENTO DE SITUAÇÃO QUE POSSA OCASIONAR PREJUÍZO OU COMPROMETER A SEGURANÇA DE PESSOAS, OBRAS, SERVIÇOS, EQUIPAMENTOS E OUTROS BENS PÚBLICOS OU PARTICULARES	44
2.5.3 UTILIZAÇÃO DA DISPENSA EMERGENCIAL PARA JUSTIFICAR A IMPOSSIBILIDADE DE LICITAR, POR FALTA DE TEMPO, AO FINAL DO EXERCÍCIO FINANCEIRO	45
2.5.4 PARA SITUAÇÕES EM QUE A EMERGÊNCIA SE DEU POR PARALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO POR ORDEM JUDICIAL – CONTRATO PROVISÓRIO	46
3 RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO POR ILEGALIDADE EM DISPENSA DE LICITAÇÃO	50

3.1.1 REQUISITANTE	51
3.1.2 COMPRADOR.....	51
3.1.3 AGENTE JURÍDICO	52
3.1.4 AGENTE ORDENADOR DE DESPESAS	53
3.2 A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO EM DISPENSA DE LICITAÇÃO EMERGENCIAL.....	53
3.2.1 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA	54
3.2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL	58
3.2.3 RESPONSABILIDADE PENAL.....	61
3.2.4 RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	66
3.3 CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO..	70
3.4 COMUNICAÇÃO ENTRE AS INSTÂNCIAS	72
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79
BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA	92

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico tem como objetivo principal a análise dos pressupostos e limites da dispensa de licitação emergencial, prevista no artigo 24, inciso IV da Lei 8.666/93.

Para tanto, no primeiro capítulo será abordada a origem Constitucional da licitação, a qual autorizou o Congresso Nacional a editar um Estatuto próprio para regulamentar as contratações efetuadas pela Administração Pública, na forma da Lei 8.666/93.

Após análise da previsão Constitucional e da própria Lei 8.666/93, – seu objeto legal e a intenção do Legislador Constituinte, será verificada a obrigatoriedade da adoção do procedimento licitatório para as contratações efetuadas pela Administração Pública.

Em alguns casos, como será visto, não é possível se promover a competição entre as empresas interessadas no objeto licitado, assim, a Administração Pública utilizará outros dispositivos para efetuar essas contratações, as chamadas contratações diretas, sem licitação. Por ora, importante citar que essas formas de contratação são previstas nos artigos 17, 24 e 25 da Lei de licitações como: licitação dispensada, licitação dispensável e inexigibilidade de licitação.

A segunda seção do referido trabalho será dedicada, exclusivamente, à análise do artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, hipótese de dispensa de licitação emergencial. O inciso em questão tem uma ordem pouco didática, pois primeiramente autoriza a referida contratação e depois prevê os seus pressupostos e limites. Para melhor compreensão do tema, esta seção será analisada, primeiramente, pelos limites e pressupostos, para depois, se a situação enquadrar-se como dispensa de licitação emergencial, demonstrar-se que tal contratação está autorizada.

Dessa forma, verificar-se-á que para se dispensar uma licitação, com base no inciso IV do artigo 24, é necessário o surgimento de uma situação de emergência ou calamidade pública que não possa aguardar a demora advinda da instalação do procedimento licitatório, sem ferir o interesse público. Como também será analisado o dano a ser evitado pela Administração Pública, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano.

Diante da situação adversa será verificado cada requisito exigido pelo referido artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, para que o ato seja considerado legalmente válido. Dentre tais requisitos será dada maior atenção aos seguintes: aparecimento da situação emergencial ou calamitosa; urgência de atendimento; risco; e contratação direta como meio adequado para afastar tal risco.

Por derradeiro, a terceira e última seção desta obra tratará as formas de responsabilização dos agentes administrativos encarregados da dispensa de licitação em análise.

Dentre os agentes envolvidos na dispensa de licitação emergencial alguns merecerão destaque, como: o agente requisitante; o comprador; o jurídico; e o agente ordenador de despesas, pois esses são os agentes administrativos responsáveis por zelar pelo interesse público na mencionada contratação direta.

A responsabilização a que estão submetidos esses agentes envolvidos em dispensa de licitação emergencial poderá ser muito ampla, assim, para melhor organização do presente trabalho será dado maior ênfase à responsabilização administrativa, civil, penal, e controle exercido pelos Tribunais de Contas.

A responsabilidade administrativa é regulada pelo regulamento próprio de cada categoria de servidores públicos, podendo, como será verificado, variar de simples advertência verbal ao desligamento do serviço público.

A responsabilidade civil diz respeito aos danos causados ao erário, assim, serão buscadas as formas de ressarcimento pelos prejuízos que o agente causou à Administração Pública, como também a relevância do dolo ou culpa que esse agiu. Ainda, na seara da responsabilização civil, será verificada a Lei de Improbidade Administrativa.

No tocante à responsabilização criminal do agente público envolvido em dispensa de licitação, a análise recairá, exclusivamente, sobre o artigo 89 da Lei 8.666/93, o qual trata especificamente do assunto. A justificativa para não tratar dos aspectos criminais que outros atos ilegais podem gerar, é que não é possível fazer-se uma relação de todos os crimes que os gestores da coisa pública podem cometer em meio ao procedimento licitatório, por exemplo, todos os crimes contra a Administração Pública previstos no código Penal Brasileiro.

Serão verificadas, também, as punições impostas pelos Tribunais de Contas, dada a sua função Constitucional de zelar pelo bom uso do dinheiro público.

Feita a ponderação necessária acerca das principais formas de responsabilização dos gestores públicos cometedores de ilícitos em dispensa de licitação emergencial, será dedicado um tópico para se fazer uma verificação da comunicação entre as instâncias. Ou seja, para pontuar-se o efeito que uma decisão na esfera penal poderá ocasionar nas outras esferas, por exemplo.

Para execução do proposto será utilizada a doutrina pátria e a jurisprudência sobre o tema em tela.

1 OBRIGAÇÃO DE LICITAR PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

A adoção de um sistema próprio de contratação para a Administração Pública é determinada pela própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 37, XXI, com a seguinte redação:

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

O Congresso Nacional, em 21 de julho de 1993, em cumprimento à disposição constitucional, citada anteriormente, editou a Lei 8.666, estabelecendo normas gerais¹ de licitações e contratos para a Administração Pública, submetendo, segundo o parágrafo único, do art. 1º, os órgãos e as entidades da Administração Pública, da seguinte forma:

Art. 1º, Parágrafo único - Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 1993).

Assim, estão sujeitas à obrigação legal de licitar, exceto, casos expressos em lei, as pessoas jurídicas de direito público que integram a Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e a Administração Indireta (Autarquias, Fundações Públicas de Direito Público e as Associações Públicas), bem como as entidades de direito privado da Administração Indireta (Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Fundações Públicas de Direito Privado).

¹ O entendimento do Tribunal de Contas da União a respeito da definição de normas gerais: “as Decisões desta Corte de Contas relativas a normas gerais de licitação, sobre as quais compete privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores em todas esferas de governo, até mesmo em respeito ao princípio da uniformidade que rege a organização administrativa dos Estados federados, a qual se acha estruturada em simetria com a administração federal, esta sujeita diretamente às deliberações do TCU”. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Consulta. Decisão n.153-1992, Plenário. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. 1992).

Cabe destacar, que, nos termos do art. 173, § 1º, III da CRFB (BRASIL, 1998), as empresas públicas e sociedades de economia mista, podem dispor de estatuto próprio para regulamentar o seu processo licitatório, porém, enquanto esse não é editado, subordina-se a Lei 8.666/93).

1.2 A OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O Poder Público, quando quer serviços, bens, obras e alienações, visa a proposta mais vantajosa para si, assegurando a igualdade de condições a todos os concorrentes. Nessa esteira, cita-se Mendes (2011, p. 26):

A contratação pública visa a atender a uma determinada necessidade administrativa. É preciso definir uma solução capaz de satisfazer a necessidade e selecionar uma pessoa que possa viabilizá-la. Esse é o panorama que move qualquer relação contratual entre pessoas, pois uma quer resolver um problema (necessidade) e, não tendo como fazê-lo pessoalmente, precisa encontrar outra pessoa (parceiro) que seja capaz de garantir a solução desejada. Tal solução se expressa num encargo, que nada mais é do que um conjunto de obrigações definidas por uma das partes (Administração) para ser cumprido por outra (particular).

Quando se fala em isonomia ou igualdade de condições para os licitantes, faz-se referência ao princípio, da igualdade, estampado no inciso XXI do artigo 37 (BRASIL, 1988): “(...) igualdade de condições a todos os concorrentes (...)”. Respeitando o disposto em comento, estará vedado qualquer tipo de preferência ou direcionamento da licitação.

Diferentemente da atividade empresarial privada, o particular quando resolve firmar contrato ele o fará com quem bem entender, não há empecilho em contratar com parentes, com preços acima do praticado no mercado, como também não há obrigatoriedade em consultar a regularidade fiscal do suposto contratante. O empresário poderá fazer tudo que a lei não lhe proíba.

Por outro lado, o gestor público tem a obrigação de fazer, somente, o que a Lei lhe manda. Diante dessa vinculação, para atender ao princípio da igualdade, haverá critérios objetivos, previstos no instrumento convocatório, para julgar a melhor proposta para a Administração Pública. Ou seja, a licitação se faz necessária não só para contratar a empresa mais capacitada e com o melhor preço para a Administração, como também obriga esta a oportunizar aos interessados a possibilidade de disputar a referida contratação.

1.3 CONCEITO DE LICITAÇÃO

A Administração Pública quando necessita contratar com o particular, no exercício da função administrativa, deve adotar procedimentos predeterminados pela Lei 8.666/93, os quais se denominam licitação ou processo licitatório. Após pontuar-se acerca da origem constitucional e através desta, a edição da Lei em comento, faz-se, por oportuno, a conceituação do que vem a ser licitação.

Assim, para Meirelles (2010, p.28), licitação reduz-se a “procedimento administrativo mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.”

Corroborando com o exposto anteriormente, Pietro (2011, p. 356) e Justen Filho (2012, p. 441) não divergem acerca da definição de licitação. O último, apenas enriquece a definição trazendo o termo preconizado pela Lei nº 12.349 de 15.12.2010, regulamentada pelo Decreto nº 7.546 de 02.08.2011, a qual determina que as contratações públicas sejam um instrumento também para promover o desenvolvimento nacional.

Indo na mesma via, Vaz (1999, p. 153):

Licitação é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, necessitando contratar obras ou serviços, efetuar compras, promover alienações, ou atribuir (conceder ou permitir) serviços públicos a particulares, mediante as condições que unilateralmente estabelece e buscando o negócio mais vantajoso, possibilita a todos os interessados a apresentação de propostas, escolhendo aquela que, segundo os critérios prefixados, demonstre, com eficiência e economicidade, satisfazer o interesse público.

Logo, tem-se, que licitação pública ocorre quando o Estado necessita contratar obras ou serviços, efetuar compras, promover alienações, ou atribuir (conceder ou permitir) serviços públicos a particulares, mediante seleção da proposta mais vantajosa, dentre as empresas com capacidade técnica e sem impedimentos legais, após sequência lógica de atos. Essa seleção resulta de uma disputa que dê tratamento igualitário a todos os interessados, para assim atender ao princípio da isonomia, por vedar qualquer tratamento desigual entre os interessados. (ver tópico 1.2).

1.4 DA OBRIGAÇÃO EM LICITAR

A Administração Pública deverá, por via de regra, promover competição entre os interessados, capazes e aptos a participar do certame, de forma a atender ao mandamento Constitucional estampado no *caput* do artigo 5º,²o qual preconiza o princípio da isonomia, mandamento que por si só já ensejaria a obrigação de licitar.

A obrigatoriedade de licitar para Niebuhr (2011, p. 37):

A realização de licitação pública é obrigatória em virtude da indisponibilidade do interesse público, dado que os agentes administrativos encarregados de celebrarem contratos em nome da Administração Pública não podem fazê-lo de acordo com suas vontades, com os seus desígnios pessoais, porém sempre norteados pelo interesse público.

Corroborando com o exposto acima, Bandeira De Mello (2009, p. 518), assevera:

Aliás, deve-se entender que o simples princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 5º da CF) e, *a fortiori*, perante a Administração – obrigação a agir com “impessoalidade”, nos termos do art. 37, *caput*, da Lei Magna - normalmente, imporá licitação também no caso das permissões de uso exclusivo de bem público ou de qualquer outro ato ampliativo que se destine a investir terceiros no desfrute de situação jurídica especial a que mais de um poderia aspirar. Nesta última hipótese, quando as normas regentes da licitação foram indubitavelmente inadaptadas ao caso, terá de existir, pelo menos, algum procedimento capaz de assegurar tratamento impessoal, que enseje iguais oportunidades a quantos desejam aceder a ela.

Sendo assim, o termo “obrigação de licitar” deve ser interpretado no sentido de que o dever de licitar seja a regra, e que não basta licitar, havendo, portanto, a obrigatoriedade em atender às formalidades para obter-se a contratação.

1.5 EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR

O legislador, ao redigir o artigo 37, XXI, em sua primeira parte, previu situações em que não poderá ou deverá ser adotado o procedimento denominado licitação: “ressalvados os casos especificados na legislação”. Desta forma, nos artigos 17, 24 e 25 da

²Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade (...). (**grifo nosso**). (BRASIL, 1988).

Lei de Licitações, encontram-se as possibilidades de contratação direta- sem licitação, quais sejam: licitação dispensada, dispensável e inexigível, respectivamente.

Portanto, ocorrerá contratação direta quando não houver pluralidade de interessados em contratar com a Administração; quando não houver pluralidade de bens a serem ofertados; e/ou, quando as circunstâncias fáticas exigirem, por justificar interesse público, o qual deve sobrepujar-se ao particular. (NIEBUHR, 2011, p. 85).

Contudo, faz-se necessária a contribuição de Marinela (2012, p. 202), a qual assevera:

[...] 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 8.666/93³.

Seguindo o exposto, mesmo na ausência de oportunidade ou impedimento em licitar, como visto no trecho anteriormente citado, o gestor não está liberado para fazer o que bem entender.⁴

Assim, é imperioso distinguir as peculiaridades das três formas de contratação direta, sem licitação: licitação dispensada, dispensável e inexigível

³Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

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

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993).

⁴ (...) o processo administrativo pelo qual a Administração Pública – sem escolher uma das modalidades de licitação, previsto art. 22 da Lei 8.666/93 – realiza pesquisa de preço no mercado é também um procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferece a melhor proposta. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 100/2003, Plenário. Relator:Ministro Adylson Motta. 2003).

1.5.1 LICITAÇÃO DISPENSADA

O Estatuto geral de licitação estabelece no artigo 17, casos em que a licitação é dispensada, mediante: dação em pagamento, investidura e doação ou venda a outro órgão público, como também, alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de habitações de interesse social. Para melhor compreensão do instituto em análise, cita-se Meirelles (2010, p. 143):

Esses casos encontram justificativa na natureza dos negócios, que têm destinatários certos, ou na inviabilidade da competição licitatória. Por isso, a lei já considera dispensada a licitação, podendo a Administração realizar tais negócios por contratação direta com o interessado.

Gasparini (2010,p. 561), ao discorrer sobre licitação dispensada, assevera que o legislador optou por liberar a Administração de licitar por expressa disposição legal, nesses casos deve-se, apenas, seguir-se o comando da Lei. Basta a ocorrência de uma das hipóteses taxadas no artigo 17, para se estar diante de uma licitação dispensada. O autor lembra ainda, que as demais exigências impostas pela Lei, como autorização do legislativo para alienação de bens imóveis; instauração do respectivo procedimento administrativo e, da mesma forma, deve ser comprovado o interesse público, pois nenhuma dessas exigências são relativizadas.

Indo de encontro às considerações expostas no tocante à diferenciação entre licitação dispensável e dispensada, Justen Filho (2012,p. 499), defende que: “Não há diferença real entre dispensada e dispensável. [...]. Em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta”. Esse autor defende que ambas formas são juridicamente equivalentes, pois exigem o mesmo tratamento jurídico. Ou seja, não há duas espécies de dispensa de licitação, há, na verdade, dois nomes representados por dois artigos, 17 e 24 da Lei 8.666/93.

Assim, para representar o entendimento dominante, Niebuhr (2011, p. 104) frisa que para as hipóteses de licitação dispensada (art. 17), não há possibilidade de haver instalação de procedimento licitatório, diferente dos casos de licitação dispensável, em que é obrigatória a ocorrência da licitação, sendo facultativa, apenas, em determinados casos por supremacia do interesse público.

Diante do apresentado, tem-se a definição de licitação dispensada, artigo 17, como situações em que a Administração está impedida de promover a licitação por uma das modalidades previstas na Lei 8.666/93.

Esclarecidas algumas importantes definições, faz-se oportuna a análise, mesmo que em breves comentários, acerca dos incisos I e II do artigo em voga, os quais tratam das alienações de bens imóveis⁵ e móveis⁶, respectivamente. Sendo que, todas essas alienações dar-se-ão mediante avaliação prévia e justificativa acampada no interesse público.

Ainda, no tocante às exigências para enquadramento dentre as hipóteses de licitação dispensada para bens imóveis, “dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais” (inc. I do artigo 17, da Lei 8.666/93). (BRASIL, 1993).

Por fim, cita-se a impossibilidade de extensão do rol, representado pelas alíneas dos incisos I e II deste mesmo artigo, pois sua lista é taxativa segundo ALEXANDRINO e PAULO (2008, p. 464).

⁵ Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

⁶ Art. 17. I (...).

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
- b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
- c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
- d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
- e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
- f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe. (BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993).

Assim, o artigo 17 da Lei em tela, versa sobre o gerenciamento de bens públicos, o qual, por via de regra, deverá ser mediante procedimento licitatório. No entanto, ao prever a exceção, o legislador vedou, em alguns casos, a ocorrência da licitação. Dada a devida importância para a o instituto, faz-se necessária a análise acerca de algumas definições sobre essas contratações dispensadas, mesmo sem detalhar cada inciso deste artigo, por não se tratar do objeto central deste trabalho.

O termo alienar é tido de forma ampla, ou seja, compreende também a fruição parcial ou temporária de bens da Administração. De forma mais objetiva e menos ampla, Barros (2005, p. 23) assevera que: “alienar é tornar alheio o que é seu”. Assim, sem adentrar no mérito da amplitude e profundidade do termo, para não gerar dúvidas a respeito do conceito de alienação, utilizar-se-á a definição dada pela Lei de Licitações, a qual em seu artigo 6º, inciso IV, define alienação como: “toda transferência de domínio de bens a terceiro”. (BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993).

Seguindo a leitura do artigo 17, depara-se com outro vernáculo que merece definição: “bens da Administração Pública”, e para explicá-lo, utilizar-se-á o Código Civil Brasileiro, mais precisamente seus artigos 98 e 99:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não disposto a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. (BRASIL. Lei Nº 10.406, De 10 De Janeiro de 2002).

Desta forma, há obrigação de deixar claro que nem todos os bens públicos em exame são alienáveis.⁷

⁷ Código Civil – 2002. Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei. (BRASIL. Lei Nº 10.406, De 10 De Janeiro de 2002).

1.5.2 LICITAÇÃO DISPENSÁVEL

O artigo 24 da Lei 8.666/93 prevê, em seus trinta e três incisos, as hipóteses de licitação dispensável. Será dispensável a licitação, somente, quando prevista em um dos incisos do artigo em comento, e, quando houver dever de licitar, mas, circunstâncias pré-definidas autorizarem a contratação direta, sem processo licitatório. Sobre o tema, cita-se Dallari (1997, p. 61):

Sendo a licitação sempre exigível, como regra geral, e considerando o princípio constitucional da legalidade, entendemos que a dispensa não pode ser feita por mero e puro ato administrativo, exigindo sempre a existência e a menção de determinado e específico dispositivo legal como seu fundamento de realidade.

Ainda, sobre as possibilidades de se dispensar a licitação, faz-se oportuno lembrar que o rol elencado pelo artigo em comento é taxativo, não havendo possibilidade de extensão de seus incisos. Nesse sentido, Bazilli e Miranda, (2007, p. 75) advertem: “Ressalta-se que, nessas situações, a contratação direta não se opera automaticamente, ainda que os fatos se ajustem a uma das taxativas hipóteses arroladas nesse artigo. Tal dispositivo apenas prescreve que a licitação é dispensável.”

Mesmo sendo dispensável a licitação para os casos que serão explicitados a seguir, há obrigação, quanto ao procedimento indispensável para a eficácia do Ato Administrativo, como: verificação da personalidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade fiscal, empenho prévio, celebração do contrato, publicação na imprensa oficial e justificativa para não licitar por uma das modalidades previstas na Lei de licitação; como também, as obrigações impostas pelo artigo 26 desta Lei.⁸

A Lei 8.666/93, em seu artigo 24, como fora mencionado, prevê trinta e três possibilidades de se dispensar a licitação. Como o objetivo desta monografia não é analisar,

⁸ Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

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

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993).

minuciosamente, todos esses incisos, far-se-á em breves comentários. Para melhor organização desses incisos, adotar-se-á a divisão proposta por Niebuhr (2010, p. 104): “pelo valor; por situações contingenciais; em razão de licitação fracassada ou rescisão contratual; em virtude de contratos inter-administrativos; em razão do objeto; em decorrência de atributos pessoais do contratado; e por força de acordo internacional.”

1.5.2.1 DISPENSA DE LICITAÇÃO EM RAZÃO DO VALOR

Incisos I e II - tratam das situações em que o custo com o processo licitatório (publicações oficiais, por exemplo) é muito elevado em relação ao valor a ser contratado. Logo, para compras de pequeno valor e serviços que não exijam qualificação relacionada à engenharia, é dispensável a licitação para montantes que não ultrapassem R\$ 8.000,00 (oito mil reais); já, para obras e serviços de engenharia, o montante limite é de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Esses valores são regulados pelas alíneas “a” dos incisos I e II do Art. 23, da Lei 8.666/93. Esses valores dobram para as hipóteses do artigo 24, § 1º. Importante citar que os serviços de obras ou compras não poderão ser divididos dentro do exercício financeiro a fim de enquadrarem-se dentre os valores limites citados acima. Caso ocorra fraude - divisão do objeto da licitação, haverá punições para os envolvidos, (SARAIVA, 1997, p. 546).

1.5.2.2 DISPENSA DE LICITAÇÃO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS

Inciso III - Guerra ou grave perturbação da ordem; guerra é o conflito armado entre Estados, conflito esse que põe em risco as suas soberanias. Essa situação deverá ser declarada pelo Presidente de República. Grave perturbação da ordem é inerente à paz social e política, por exemplo, a greve e a revolução, (SANTOS, 2012, p. 534).

Inciso IV - em caso de emergência e calamidade pública haverá possibilidade de se dispensar a licitação. Dedicaremos inteiramente o capítulo 2 deste trabalho a esse inciso. Por ora, vale citar que a dispensa de licitação emergencial deverá ser justificada pela obrigatoriedade de se agir com a maior brevidade possível para evitar mal maior.

⁹ “§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas”. (BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993).

Situação emergencial é aquela em que a demora poderá causar prejuízos irreparáveis para a Administração Pública. A dispensa de licitação com base nesse inciso servirá para anteceder a instalação de procedimento licitatório, pois, como prevê a redação do próprio inciso, “[...] 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 [...]” (BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993). Assim, após a Administração sanar o risco de prejuízo, a licitação deverá ocorrer.

Inciso VI - Outra situação excepcional é a intervenção no domínio econômico, a qual digna-se à união, pois não cabe à outra entidade a intervenção no domínio econômico. A intervenção em tela visa regular preço, mediante aquisição de determinado produto para colocá-lo no mercado a fim de forçar a queda no preço ou regularização dos estoques. Essas aquisições devem ser efetivadas em curto espaço de tempo e por esse motivo são incompatíveis com a morosidade da instalação do procedimento licitatório. Desta forma, fica demonstrada a opção do legislador em autorizar, para os fins expostos, essa dispensa de licitação. (GASPARINI, 2010, p. 582).

Inciso XII - Ainda, dispensa-se a instalação do procedimento licitatório nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis. Sobre o assunto, cita-se Fernandes (2010, p. 409), o qual justifica a dispensa de licitação em razão da curta validade de produto, e pela importância do alimento para os seres humanos.

Inciso XVIII - a natureza das hipóteses de dispensa de licitação em situações excepcionais é atrelada, principalmente, à falta de tempo hábil para instalação do procedimento licitatório. Nesse sentido, outra possibilidade de dispensa de licitação é no tocante ao abastecimento de tropas militares quando em serviço de curta duração fora de sua sede. Faz-se necessário citar a semelhança deste inciso com o preconizado pelo inciso IV, no qual a emergência é genérica, posto que nesse, a situação emergencial é direcionada à operação militar. Na parte final desse inciso é feita uma ressalva no tocante ao valor máximo a ser empregado nessas aquisições “desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei”, ou seja, R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Segundo Motta (2011, p. 327), o dispositivo fora alterado pela Lei 8.883/94, desnecessariamente, pois, caso haja necessidade de contratar com um valor superior ao limite anteriormente citado, a única alternativa que resta é a contratação mediante inexigibilidade de licitação.

Inciso XXIX – Esse inciso é a última hipótese de dispensa de licitação em situação excepcional, muito parecida com a citada anteriormente, pois diz respeito ao auxílio

às forças militares, porém, o que diferencia a dispensa de licitação do inciso XVIII do XXIX é que neste último as operações são no exterior, em missão de paz e não têm limite de oitenta mil reais para a contratação; essa ausência de limite de gastos deve-se ao fato de que a falta de determinado suprimento poderá ensejar no fracasso da missão. Assim, cabe à autoridade militar justificar a escolha do fornecedor e o preço contratado, como também apresentar ratificação do comandante da força.

1.5.2.3 DISPENSA POR LICITAÇÃO DESERTA OU RESCISÃO CONTRATUAL

Inciso V - Para a dispensa de licitação amparada por este inciso, primeiramente, é oportuno distinguir licitação deserta de licitação fracassada. Assim, segundo Di Pietro (p. 325, 2011), “a licitação deserta não se confunde com a licitação fracassada, em que aparecem interessados, mas nenhum é selecionado, em decorrência da inabilitação ou da desclassificação, caso em que a dispensa de licitação não é possível.” Assim, percebe-se, como amparo na distinção apresentada por Di Pietro, que licitação deserta é aquela em que não há proponentes interessados.

Por outro lado, Justen Filho (p. 242, 2012), discorre sobre o tema argumentando que será possível a dispensa de licitação, com base no inciso V, do art. 24, mesmo tendo sido fracassada, pois o que está em jogo é o interesse público em contratar o objeto que não pode ser contratado devido à ausência de licitante ou a impossibilidade apresentada por quem tem interesse em contratar.

Respeita-se a opinião de Marçal Justen Filho, porém, a discórdia se faz necessária, pois o legislador falou em licitação deserta – a qual não há interessados em contratar com a Administração Pública; caso fosse sua vontade incluir a licitação fracassada, o faria.

O inciso VII - reputa dispensável a licitação quando ocorrerem problemas nos preços ofertados caso sejam, demasiadamente, altos. O foco do mandamento em questão é preservar o erário, como também auxiliar o gestor na boa administração da coisa Pública. Sendo assim, poderá, via dispensa de licitação, o gestor buscar a melhor proposta, com valores de acordo com o praticado no mercado, e contratar qualquer empresa, dentre as aptas a negociar com a Administração Pública. (SANTOS, 2012, p. 534).

Inciso XI - para a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, a Administração poderá contratar mediante dispensa de licitação, de acordo com o inciso XI do Estatuto Federal Licitatório. De acordo com Mendes (2011, p. 338), a Administração possui três possibilidades para o caso concreto: a) aplicar o inciso XI do artigo 24 e contratar com o segundo colocado, respeitando todas as condições da proposta do primeiro, inclusive quanto ao preço; b) chamar o segundo colocado com base no artigo 64, § 2º, para contratar com fundamento na licitação anterior, mantidas todas as condições da proposta classificada em primeiro lugar; c) realizar nova licitação.

1.5.2.4 DISPENSA DE LICITAÇÃO EM RELAÇÃO A CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS

Inciso VIII – com relação aos contratos interadministrativos, ao redigir este inciso o Legislador possibilitou a contratação direta, mediante dispensa de licitação para aquisições, por preços compatíveis com o praticado no mercado, por entes da própria Administração Pública. Para melhor sistematização dessa possibilidade, segue-se Niebuhr (2011, p. 126), ao prever quatro condições para efetuar tal contratação direta:

- a) que o objeto do contrato verse aquisição de bens ou prestação de serviços, excluindo por consequência, a realização de obras;
- b) que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno, impedindo que empresas públicas e sociedades de economia mista da mesma estrutura administrativa celebrem contratos diretos entre si;
- c) que a entidade administrativa contratada tenha sido criada antes da vigência da Lei 8.666/93; e
- d) que o contrato entabule preço compatível com o mercado.

Inciso XVI – o objetivo para a criação deste dispositivo é vedar a atuação de empresas privadas em atividades ligadas à impressão de diários oficiais, formulários, edições técnicas oficiais e serviços de informática quando houver pessoas jurídicas de direito público criadas para esse fim. (MODY; TSUI, LAI; MC CORMICK, 1992).

Inciso XXIII - no mesmo sentido do inciso anterior, este diz respeito à contratação entre empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas. O objetivo do legislador ordinário é cuidar das pessoas jurídicas de direito privado. Nesse sentido Rigolin e Bottino (2002, p. 310): "Nada mais natural e de se esperar,

conforme já declinado, que uma empresa estatal que criou uma subsidiária, ou que controla uma empresa, possa com ela contratar livremente, sem licitação [...]”

1.4.2.5 DISPENSA DE LICITAÇÃO EM RAZÃO DO OBJETO

Inciso IX - Seguindo a análise dos incisos do artigo 24 da Lei 8.666/93, especificamente os relacionados à especificidade do objeto contratado, o primeiro inciso encontrado é o que prevê a dispensa de licitação para objetos que possam comprometer a segurança nacional. Segundo Niebuhr (2011, p. 128) o legislador previu essa possibilidade de dispensa de licitação para assuntos secretos, os quais, se divulgados, poderão comprometer a segurança do país. Assim, não haverá, na visão deste autor, a oportunidade para dispensar-se a licitação em assuntos que não há necessidade de permanecerem secretos, pois o que não precisa ser secreto deverá ser licitado por uma das modalidades de licitação.

Inciso X – aqui, a Lei prevê a dispensa de licitação para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionam a escolha; a situação prevista pelo inciso X deverá ser justificada, devido à pluralidade de bens a serem negociados. Justen Filho (2012, 253), impõe o cumprimento de três requisitos para enquadramento dentre as hipóteses de licitação dispensável: necessidade do imóvel para desempenho das atividades administrativas; adequação do imóvel para a satisfação do interesse público em específico; e, compatibilidade do preço com os praticados no mercado.

Inciso XV - no tocante à dispensa de licitação para aquisição e restauração de obras de arte e objetos históricos; os bens em apreço devem ter relação com a atividade fim do órgão, como museus e escolas de arte, caso contrário, estará vedada a utilização dessa dispensa de licitação, pois não haverá a possibilidade de justificar-se o interesse público (GASPARINI, 2010, p. 308).

Inciso XVII – dispensa-se a instalação do procedimento licitatório na aquisição de peças adquiridas do mesmo fabricante do bem principal, quando a compra de um produto através de outro fabricante resultar na perda da garantia desse bem. Assim, para atender às exigências do inciso em questão não é qualquer produto ou serviço que possa ser exigida a exclusividade na manutenção a fim de que Administração não perca a garantia. Para tal exigência a fabricante deverá comprovar que materiais ou serviços que não sejam da sua marca poderão comprometer o equipamento ou a regular execução do serviço. Por derradeiro,

Gasparini (2010, p. 315), adverte que terminada a garantia desses produtos, com ela acaba a autorização para se contratar mediante dispensa de licitação.

Inciso XIX - no mesmo sentido do apresentado acima, por ora, faz-se menção aos materiais cuja padronização é elemento preponderante para o melhor aproveitamento do objeto contratado.

Ponto polêmico no tocante ao inciso em comento é a opinião de Justen Filho (2012, p. 259), na qual o autor defende que os produtos que exigem padronização devem ser guiados por critérios rigorosos e sempre condicionados à eficiência da atuação militar. A padronização leva a Administração a contratar com um único fornecedor, o que caracteriza mais um caso de inexigibilidade que de dispensa de licitação.

Inciso XXI – esse inciso diz respeito à “aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica”. A intenção em dispensar-se a licitação para tais aquisições é agilizar a compra de bens que, caso não sejam disponibilizados rapidamente, haverá perda do investimento feito anteriormente. Deve-se atentar para o objeto adquirido, pois devem ser imprescindíveis para o sucesso ou manutenção da pesquisa e do investimento feito. (BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993).

Inciso XXII - para energia elétrica e gás, exige que Administração se revista da posição de usuária de serviço público, a qual se sujeita a contratos em regime especial, conforme inciso II, do § 3º da Lei 8.666/93. Para melhor compreensão do tema, cita-se a doutrina abaixo:

O atual sistema previu regime de competição entre os prestadores de tais serviços, cabendo ao cliente a busca do melhor preço, inclusive à Administração. Na verdade, seria difícil fixar parâmetros que servissem de critérios para a licitação objetivando o serviço de energia elétrica em alguns casos. (SOUTO, 2010, p. 161).

Inciso XXV—com o objetivo de facilitar o desenvolvimento tecnológico nacional, a Lei de licitação previu a possibilidade de dispensar-se a licitação “na contratação para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida”. Percebe-se, desta forma, que o dois aspectos justificam a dispensa em tela, quais sejam: a necessidade de fomento à pesquisa e tecnologia; como também o privilégio concedido às entidades sem fins lucrativos, estampado no artigo 3º da Lei 10.973/2004.

Inciso XXVI - prevê a celebração de contrato para prestação de serviços públicos de forma associada com consórcio público ou em convênio cooperativo, para melhor entendimento, fazem-se necessários os conhecimentos de Carvalho Filho (2012, p. 262):

O fundamento dessa hipótese reside no regime de parceria que caracteriza tais ajustes e também no objetivo a que se destinam - a fixação de programas e projetos para o fim de serem prestados serviços públicos. Como não há ofensa ao princípio da competitividade em virtude da natureza de tal contratação, é possível que a pessoa federativa ou da administração indireta ajuste o estabelecimento de programação para concretizar-se a parceria na execução dos referidos serviços.

Inciso XXVIII - autoriza a contratação de bens e serviços, produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional. Segundo Niebuhr (2011, p. 134), três são os requisitos que tornam válida tal contratação, são eles: o objeto do contrato deverá ser prestado ou produzido no País; o objeto contratado deverá ser de alta complexidade tecnológica e defesa nacional; e deverá ser reconhecido por uma comissão especial designada pela autoridade máxima do órgão contratante.

Inciso XXX– introduzido no Estatuto licitatório pela Lei nº 12.188/2010, inovou ao autorizar a instituição ou organização com ou sem fins lucrativos a assistência técnica e extensão rural no âmbito do referido programa.

Inciso XXXI - visa facilitar o cumprimento da Lei nº 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, mais especificamente seus artigos 3º, 4º, 5º e 20. Em suma, pretendeu-se, com a edição do referido inciso, fomentar o desenvolvimento tecnológico, assim como citado anteriormente no inciso XXV.

Inciso XXXII – ainda no tocante à transferência de tecnologia, no inciso em voga dispensa-se a licitação para produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde, o SUS, inclusive na aquisição dos produtos resultantes dessas tecnologias novas. O que o legislador tenta com o texto deste inciso é tornar acessível a todos os brasileiros os meios que propiciem boa qualidade de vida.

1.5.2.6 DISPENSA EM RAZÃO DE ATRIBUTOS PESSOAIS DO CONTRATADO

Inciso XIII – a Lei 8.666/93, no intuito de valorizar as instituições incumbidas na pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou na recuperação de presos permite a contratação mediante dispensa de licitação, desde que tenha boa reputação ético-profissional e não perceba lucros em seus trabalhos. O Tribunal de Contas da União entende que para efetivar-se a contratação em tela é necessário:

[...] A contratação direta prevista no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 só é possível quando houver nexo entre o objeto do contrato e as atividades de ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional necessariamente previstas nos estatutos da entidade prestadora dos serviços [...]. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1391/2012-Plenário, TC 005.848/2000-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 2012).

Inciso XX – muito semelhante ao inciso citado acima, este, por sua vez, faz referência à associação de portadores de deficiência física, para prestação de serviço ou fornecimento de mão de obra. Oportuno citar a ressalva apontada na parte final deste inciso, “desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado” (BRASIL, 1993).

Inciso XXIV – a licitação será dispensável para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais para atividades contempladas no contrato de gestão. Di Pietro (2002, p. 419) define organizações sociais como:

peças jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.

Inciso XXVII – o inciso em tela visa ajudar pessoas de baixa renda reconhecidas pelo Poder Público como catadores de materiais recicláveis, organizados, exclusivamente, em associações ou cooperativas no processamento ou na comercialização desses materiais. Assim, o Poder Público estará fomentando a reciclagem, o que é muito importante para o meio ambiente; como também estão sendo incentivados os catadores, pessoas necessitadas, sem muitas expectativas e que vêm nessa oportunidade uma chance para melhorarem suas vidas.

Inciso XXXIII – a última hipótese adicionada ao artigo 24 da Lei 8.666/93, com a mesma intenção do inciso XXVII, visa ajudar pessoas de baixa renda, com a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, com intuito de beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.

1.5.2.7 EM RAZÃO DE ACORDOS INTERNACIONAIS

Inciso XIV – por fim, tratar-se-á da dispensa de licitação derivada de acordo internacional, o qual é firmado entre Países ou Organizações Internacionais. O tratado firmado somente terá efeito dentro do território do Brasil, se submetido e aprovado pelo Congresso Nacional, na forma prevista pelo art. 49, inc. I, da CRFB. Após aprovação, será editado um Decreto legislativo, por meio do qual o tratado repercutirá efeitos dentro do território nacional com eficácia de lei ordinária.

1.5.3 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A última possibilidade de contratação direta, prevista pela Lei 8.666/93, é a inexigibilidade de licitação, com redação no artigo 25¹⁰ da lei em análise.

Para melhor compreensão acerca da inexigibilidade recorre-se à doutrina pátria:

¹⁰ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

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

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.(BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993).

Portanto, em síntese, temos que os casos de inexigibilidade são aqueles em que ocorre ausência de competição, o que, por si só, afasta a necessidade e a possibilidade de realização de licitação, uma vez que não haverá competidores, concorrentes. Traduzem-se, ainda, por aqueles em que há impossibilidade de serem comparados itens heterogêneos. Depreende-se, pois, que a licitação simplesmente não deverá ser realizada, diferentemente do que ocorre nos casos de dispensa, em que os agentes administrativos podem deixar de promover licitação, por se tratar de uma faculdade. (ORIENTAÇÃO OBJETIVA - 648/53/JUL/1998. Texto digital).

A inexigibilidade de licitação é instituto totalmente diferente da dispensa de licitação, sobre o tema cita-se Pereira Junior (2007, p. 145):

As hipóteses de dispensabilidade do art. 24 constituem rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na lei federal. Lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno da entidade vinculada não poderá criar hipótese de dispensabilidade.

Destarte, percebe-se que há uma grande diferença entre dispensa e inexigibilidade de licitação. Primeiramente, o rol taxativo do artigo 24, como também a decisão discricionária, por parte do gestor público em optar entre instalar o procedimento licitatório com fulcro em uma das modalidades de licitação ou contratar diretamente com base em um dos incisos do artigo 24 da Lei em análise; por outro lado, o artigo 25 da Lei 8.666/93, prevê casos em que licitação é impossível. A impossibilidade de se licitar é dada pela falta de competitividade do objeto contratado.

Assim, diante do exposto, fica superada qualquer dúvida no tocante à diferenciação entre essas hipóteses de contratação direta.

Estabelecida a conceituação de inexigibilidade e sua diferenciação em relação à dispensa de licitação; faz-se necessário, em breves comentários, uma análise do artigo em questão.

Inciso I - dispõe sobre a inexigibilidade de licitação para as compras quando não houver pluralidade de fornecedor. A Administração instalará procedimento licitatório a fim de adquirir um determinado bem que atenda às suas necessidades. Sobre a escolha do objeto licitado, Meirelles (2010, p. 43):

A definição do objeto é, pois, condição de legitimidade da licitação, sem a qual não pode prosperar o procedimento licitatório, qualquer que seja a modalidade de licitação. É assim porque sem ela torna-se inviável a formulação das ofertas, bem como o seu julgamento, e irrealizável o contrato subsequente.

A escolha do objeto que a Administração deseja contratar deverá ser justificada, pois, como todo ato manifestadamente legal, o gestor público tem a obrigação de provar o motivo de sua escolha, sempre acompanhada do interesse público. Para ilustrar o apresentado, Bandeira de Mello (2009, p. 103):

(...) 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 lhes 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.

No mesmo sentido, Sundfeld (1994, p. 43) adverte que na inexigibilidade de licitação "A Administração só pode exigir que o bem ou serviço a ser contratado tenha certa característica na medida em que sua ausência torne o bem ou serviço imprestável ao específico interesse público determinante da contratação".

Assim, especificado o objeto, mediante justificativa do porquê daquela escolha, a Administração está autorizada, se não houver pluralidade de fornecedor, a contratar mediante inexigibilidade de licitação, ou melhor, não está autorizada, e sim obrigada, pois se a especificação do objeto, mediante justificativa de sua escolha for legítima, a Administração estará proibida de instalar procedimento licitatório.

Por derradeiro, faz-se necessário lembrar a impossibilidade de se contratar prestação de serviço com base no inciso I, do artigo 25, da Lei nº 8.666/93, uma vez que o aludido dispositivo refere-se apenas ao fornecimento, como se observa nas palavras do TCU: "A prestação de serviços não se inclui no inciso I do art. 25, portanto, contratação de serviços com fundamento no preceito é ilegal." (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Decisão n. 397/96 – Plenário. Relator: Ministro Homero Santos. 1996).

Inciso II – dispositivo utilizado para contratação de serviços, *in verbis*:

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13¹¹ desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a

¹¹ Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; [...]. (BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993).

Com objetivo de estabelecer diretrizes para essa espécie de contratação, cita-se a Súmula n.º 252 TCU:

TCU – Nº 252 - A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

O art. 25, em seu § 1º, define o que vem a ser notória especialização, qual seja:

A lei define notória especialização no mesmo art. 25, § 1º, como: Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (BRASIL, 1993).

Assim, seguindo a definição de Meirelles (2010, p. 41) no tocante à notória especialização como: “características além da habilitação técnica e profissional, exigida para os profissionais em geral, foram além da sua formação [...]”.

Diante do exposto, percebe-se que para caracterização da inexigibilidade de licitação encampada no inciso II, do artigo 25, da Lei 8.666/93, a Administração deverá justificar: a natureza técnica do serviço, a qual deverá ser executada por uma pessoa com qualidades especiais; a natureza singular do serviço precisa ser provada, pois o serviço

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

VIII - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.(BRASIL, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993).

somente poderá ser executado por aquele contratado; e, por fim, a especialização do contratado.

Inciso III - prevê a contratação de profissional do setor artístico; nessa possibilidade de contratação direta, sem licitação, objetivo do mandamento legal é a contratação, levando-se em consideração o reconhecimento do artista perante a crítica especializada, haja vista a subjetividade dos critérios a serem utilizados para efetuar tal contratação.

Para fins de pagamento pela apresentação artística deverá ser considerado o histórico das apresentações do artista, levando-se em conta o porte do evento, e para quem prestou seus serviços, se para iniciativa privada ou pública, é elemento balizador para justificação de preço. Diante do valor médio dos contratos deste artista, a Administração Pública firmará o contrato desejado. Esse entendimento foi expedido pela Advocacia Geral da União – AGU, na Orientação Normativa 17/2009.

Quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, por meio de intermediários ou representantes, deve ser apresentada na visão do TCU, no Acórdão 96/2008:

cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento; o contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos; os valores arrecadados com a cobrança de ingressos em shows e eventos ou com a venda de bens e serviços produzidos ou fornecidos em função dos projetos beneficiados com recursos dos convênios devem ser revertidos para a consecução do objeto conveniado ou recolhidos à conta do Tesouro Nacional. Adicionalmente, referidos valores devem integrar a prestação de contas. BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 0096/2008 Ata 02 - Plenário. Relator: Benjamin Zymler. 2008).

O rol elencado pelos três incisos do artigo 25, não é taxativo, autorizando, segundo o preconizado no seu *caput*, parte final, “em especial”, há contratação, via inexigibilidade na ausência de competição. Nesse diapasão, cita-se o entendimento do TCE/PR: “Os casos de inexigibilidade de licitação não se exaurem nas disposições legais, as quais consignam, apenas exemplificativamente, algumas situações.” Lei nº 8.666/93, art. 25. (TC/PR – Processo nº 4707-02.00/93-5 *apud* Roesler (2008, p. 1).

Assim, diante da análise do artigo em questão, percebe-se que há uma quantidade imensurável de hipóteses de inexigibilidade de licitação. Para exemplificar ilustrar o exposto, cita-se Souto (2010, p. 105):

Exemplo concreto foi a compra de leite para a merenda fornecida para as escolas estaduais; como a compra era superior à capacidade individual de fornecimento dos produtores, foi feita a contratação, sem licitação, com um consórcio de cooperativas, cabendo a cada uma delas o fornecimento dentro de suas possibilidades. Outrora, era também admissível a contratação de bens e serviços junto a entidades sociais e filantrópicas, agora limitadas pelo art. 24, XX.

Como se observa, a inexigibilidade de licitação pode ocorrer quando não houver possibilidade de competição. O legislador previu, de forma genérica, os casos em que é impossível licitar. Nesse sentido, Santos (2012, p. 526,):

(...) será inexigível o certame licitatório sempre que a competição revelar-se inviável, juridicamente impossível. Na inexigibilidade, em termos práticos ocorre a proibição de realizar a licitação. Neste caso, não caberá licitar, nem que se quera; não faz sentido licitar – daí ser inexigível que se licite. Não se trata de mera faculdade de se licitar ou não, mas autêntica irrealizabilidade do certame, por circunstâncias várias, que, de uma forma ou de outra, tornam impossível a competição.

O autor em análise adverte que é proibido licitar, pois, sendo impossível a competição, não há necessidade de a Administração esperar os prazos legais e gastar com aviso de licitação, por exemplo, independente da modalidade de licitação adotada, como também, a burocracia de cada modalidade.

Por fim, o presente capítulo dedicou-se a esclarecer a obrigatoriedade de licitar e sua exceção; dentre as possibilidades excepcionais de contratação, sem licitação, destacou-se a licitação dispensada, dispensável e inexigível. No próximo capítulo dedicar-se-á, com exclusividade, a discussão das peculiaridades do inciso IV do artigo 24, da Lei em análise: dispensa de licitação emergencial.

2 LICITAÇÃO DISPENSÁVEL POR EMERGÊNCIA OU CALAMIDADE PÚBLICA

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo da presente seção é analisar os pressupostos e limites do inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93, conhecido como possibilidade de licitação dispensável por emergência ou calamidade pública, ao qual será dedicado o presente capítulo.

O primeiro registro de preocupação em relação a situações emergenciais foi dado pela Constituição de 1891, em seu art. 5º¹², o qual autorizou a União a prestar auxílio aos Estados em casos de calamidade pública. (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 232).

Atualmente, o tema é tratado pela Lei 8.666/93 - Estatuto de Licitações e Contratos para a Administração Pública, mais precisamente em seu inciso IV do art. 24, *in verbis*:

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).

Nesta vertente, Torres (2010, p. 117), preleciona que a exaustão de requisitos para utilização do artigo em tela é fruto dos excessos praticados por gestores públicos, quando na vigência do Decreto-Lei nº 2.300/86. Eis que, na tentativa de vedar a má-fé, facilitada pela simplicidade do texto do Decreto em questão, o Legislador visou dificultar o surgimento de hipóteses caracterizadoras da emergência, criando inúmeros condicionantes para a utilização da dispensa de licitação encampada no referido inciso IV.

¹²Art 5º - Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar. (BRASIL, 1891).

No mesmo passo, Dallari (1999): "a redação atual desse inciso é resultado de uma evolução determinada pelos abusos que foram ocorrendo ao longo do tempo, sob a desculpa de urgência, muitas vezes artificialmente criadas."

2.2. CARACTERIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA

Inicialmente, para se dispensar uma licitação, com base no inciso IV do artigo 24, é necessário o surgimento de uma situação de emergência ou calamidade pública que não possa aguardar a demora advinda da instalação do procedimento licitatório, sem ferir o interesse público¹³.

Nesse sentido, Fernandes (2009, p. 326):

Aqui, emergência diz respeito a possibilidade de se promover a dispensa de licitação. Corolário dessa premissa é, fundamentalmente, a absoluta impossibilidade de atender ao interesse público – fim único de toda atividade administrativa – se adotado o procedimento licitatório. Emergência, para autorizar a dispensa, requer a caracterização de uma situação cujo tempo de atendimento implique a necessidade de dispensar o procedimento licitatório.

Ademais, só é possível compreender o significado de emergência, segundo Justen Filho (2012, p. 238), quando compreendida a natureza teleológica das regras jurídicas. Posto que o Direito Público é o meio de se assegurar o cumprimento de certos valores por parte do Estado-provedor. Mas, em alguns momentos, não estando em situações normais, faz-se necessário o sacrifício desses valores.

No mesmo diapasão, traz-se Dotti e Pereira Júnior (2012, p. 127):

No caso específico das contratações diretas, emergência significa a necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifícios de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores. A simples descontinuidade da prestação dos serviços não justifica, em tese, a realização de contrato emergencial. Compõe a situação de emergência certa dose de imprevisibilidade da situação e a existência de risco em potencial a pessoas ou coisas, que requerem urgência de atendimento.

¹³O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 80).

Com fulcro no apresentado, percebe-se que não é qualquer situação que ensejará a dispensa de licitação por motivo de emergência, sendo a exceção da regra. Ainda no tocante às situações emergenciais, fez-se oportuna a diferenciação entre emergência real (imprevisível) e ficta ou fabricada (previsível).

2.2.1 EMERGÊNCIA REAL (imprevisível)

A definição legal de emergência é dada pelo Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010, em seu inciso III, artigo 1º, com os seguintes dizeres: “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido.”

A doutrina especializada, como fora apontado, separa para fins de discussão sobre o enquadramento dentre as hipóteses dispensáveis de licitação, as situações previsíveis das imprevisíveis. Primeiramente, dar-se-á atenção à definição de emergência real ou imprevisível, pois, é aquela desvinculada da vontade administrativa, ou seja, o gestor não dá causa ao seu acontecimento. Torres (2010, p. 118) adverte sobre o assunto: “até o mais comprometido gestor não teria possibilidade de prever o evento nocivo”.

Meirelles (2010, p. 98), para ilustrar os casos caracterizadores da emergência real, cita, ilustrativamente:

O rompimento do conduto de água que abastece a cidade; a queda de uma ponte essencial para o transporte coletivo; a ocorrência de um surto epidêmico; a quebra de máquinas ou equipamentos que retarde ou paralise os serviços públicos; e tantos outros acidentes que transtornam a vida da comunidade e exigem prontas providências da Administração.

Entretanto, há que se ressaltar, que, até mesmo os casos citados por Meirelles, quando oriundos de desídia do administrador, deverão ter tratamento diferenciado, sendo situações em que o gestor poderia ter evitado a criação da situação emergencial, como se verá a seguir.

2.2.2 EMERGÊNCIA FICTA

Para enquadramento na hipótese de dispensa de licitação emergencial é necessário que a situação gravosa seja imprevisível, caso contrário, estar-se-á tornando em letra morta todos os princípios constitucionais acerca do tema. Para ilustrar o exposto, Furtado (2010, p. 442):

Com a devida vênia, admitir que a inércia do administrador possa criar situação emergencial que venha a legitimar a contratação direta significa, na prática, abrir as portas para todo o tipo de desmando em matéria de licitação. Esse tipo de raciocínio transformaria todas as regras e princípios legais acerca da matéria em letra morta. Admitir que o contrato decorrente da contratação direta justificada por situações emergenciais criadas pela desídia do administrador seja válido, e buscar apenas a punição desse administrador negligente, é entendimento que legitima o conluio entre administrador e empresa ou profissional contratado.

O Autor em apreço baseia-se na decisão nº 347/94¹⁴, TCU (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Decisão no 347/1994 — Plenário. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. 1994), na qual se tem que, “a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis”.

No entanto, a jurisprudência desta Corte de Contas mudou de entendimento. Prova disto é a publicação do Acórdão n. 46/2002 (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 0460/2002 Ata 46 – Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. 2002), no sentido de que também seria possível a contratação direta quando a situação de emergência decorresse da falta de planejamento - da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos,

¹⁴O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:1 conhecer do expediente formulado pelo ilustre Ministro de Estado dos Transportes para informar a Sua Excelência que, de acordo com as normas que disciplinam a matéria, o Tribunal não responde a consultas consubstanciadas em caso concreto;2 responder ao ilustre Consulente, quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese:

a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei.a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a 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 terceiro, 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. [...].(BRASIL, Tribunal de Contas da União. Decisão no 347/1994 — Plenário. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. 1994).

devendo-se analisar, para fins de responsabilização, a conduta do agente público que não adotou tempestivamente as providências cabíveis. BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 3521/2010 Ata 23 - Segunda Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 2010).

O posicionamento da TCU, muito agradou a doutrina, como se percebe nas palavras de Antônio Carlos Cintra do Amaral:

Mais adiante, vai distinguir a emergência real, resultante da imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa. **Ambas dá idêntico tratamento, no que atina à possibilidade de contratação direta. Porém, não exime o responsável para falha administrativa de sofrer sanções disciplinares compatíveis.** (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 1992, grifo nosso).

Desta forma, através do entendimento exposto, percebe-se que se está preservando o interesse público, pois, se lesado, primeiramente pela incompetência do administrador, não poderá ser novamente desconsiderado na incidência da emergência, caso contrário estar-se-á cometendo dois erros.

Indo na mesma via, tem-se Dotti (2005, p. 127):

Independente de culpa do administrador público pela não realização do procedimento licitatório na época oportuna, a caracterizar a desídia administrativa, se estivessem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo, mesmo assim, cabe dispensa de licitação, segundo julgados do próprio do Tribunal de Contas da União. A Inércia do administrador, dolosa ou culposa, não pode vir em prejuízo do interesse público maior a ser tutelado pela Administração, não eximindo o agente que deu causa à situação de urgência de ser responsabilizado.

Conforme, Fernandes (2009, p. 331), “efetivamente, se ficar caracterizada a emergência e todos os outros requisitos estabelecidos nesse dispositivo, (...), pouco importa que a mesma decorra da inércia do agente da Administração ou não!”.

Percebe-se, com base nos autores citados, que a possibilidade de contratação direta, para garantir a preservação do interesse público, e que com isso o erário não seja lesado duas vezes, a dispensa de licitação, com fulcro no inciso IV do artigo 24, da Lei 8.666/93 está autorizada. Ou seja, contratar-se-á, através de dispensa de licitação emergencial, e, conseqüentemente, responsabilizar-se-á os responsáveis pela desídia e má gestão pública. Sobre a responsabilização dos agentes públicos, ver capítulo 3 desta obra.

2.3 BENS NECESSÁRIOS AO ATENDIMENTO DA SITUAÇÃO EMERGENCIAL OU CALAMITOSA

A contratação direta será admissível quando o risco, caracterizador da emergência, for eliminado pelo meio empregado para tanto. Assim, o que se está levando em consideração é a causalidade entre a ausência da contratação e a ocorrência do dano – ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano.

Destarte, Justen Filho (2012, p. 239) argumenta:

Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade¹⁵. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco.

Exemplificando sobre o que venha a ser esses bens, cita-se Niebuhr (2011, p. 252):

No que tange aos bens, o inciso autoriza que seja adquirido somente o necessário a normalizar a situação, atendendo à emergência ou à calamidade pública. Por exemplo, suponha-se que epidemia se espalhe em dada localidade, o que provoca o consumo de todos os medicamentos necessários para tratá-la, denunciando situação de urgência que autoriza a contratação direta para a aquisição de novos medicamentos. Nessa contratação é lícito adquirir somente a quantidade prevista para tratar da epidemia e para normalizar provisoriamente os estoques dos hospitais. Noutro lado, já não é lícito se valer dessa situação de urgência para, com dispensa de licitação pública, realizar provimento de medicamentos para longo período. Demais disso, só é lícita a aquisição de medicamentos utilizados realmente no tratamento da aludida epidemias, sem que caiba adquirir produtos diversos.

Ainda, escoimado nos ensinamentos de Niebuhr: “o legislador não previu quantidade máxima, nem havia como fazê-lo”. O que o autor está se referindo é no tocante a quantificação dos bens a serem adquiridos; os quais exigem intervenções administrativas diversas, cada uma analisando o caso concreto.

¹⁵O princípio da proporcionalidade é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais. (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 50).

Desta forma, devido as suas peculiaridades não puderem ser definidas, atendendo ao interesse público em prestar pronto atendimento à situação emergencial ou calamitosa, não haverá incidência da hipótese de dispensa de licitação emergencial, como preleciona o TCU: “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”. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 1889/2006 Ata 41 - Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. 2006).

No mesmo sentido, cita-se o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, o qual utiliza os conhecimentos de Justen Filho como base para sua decisão, a respeito do objeto, se é apto ou não a resolver a situação emergencial:

Processo Administrativo. Necessidade de comprovação de que a contratação direta efetivamente supre carências emergenciais. “A situação emergencial, também alegada pelo ordenador, não restou comprovada nos autos. Cabe aqui citar Marçal Justen Filho: ‘Em um país de enormes carências como o Brasil, há emergências e urgências permanentes. Não basta alegar a existência de emergência, mas é necessário demonstrar que a contratação se afigura como instrumento efetivo de atendimento a tais carências. (...) A contratação deve ser precedida de todas as justificativas não apenas sobre a emergência, mas sobre a viabilidade concreta de atender à necessidade pública.’ (...) Nestes termos, considero irregular a aquisição de medicamentos sem o processo licitatório”. (MINAS GERAIS, Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Processo Administrativo n.º 441802. Rel. Conselheiro Elmo Braz. 2004).

Contudo, o mau uso do instituto em voga é constante, como se observa na posição da 2ª câmara do TCU, na elaboração do Acórdão nº 1.506/2003 – 2ª câmara, *Apud* Fernandes (2009, p. 339):

O TCU decidiu aplicar multa, considerando que a situação de emergência e calamidade não ficaram devidamente configuradas, pois as obras não foram contratadas para remediar conseqüências de desastre natural, para corrigir erros que o desordenado crescimento urbano produziu na drenagem urbana.

Na mesma diretriz, Fernandes (2010, p. 444):

O TCU decidiu considerar irregular compra de leite durante a calamidade para entrega posterior. “A dispensa encontra limites no exato contorno da necessidade de aquisição para solucionar ou minorar os problemas advindos do estado de calamidade. Se a defesa reconhece que era impossível receber o leite adquirido durante o estado de calamidade, então, os bens comprados pelo Município não se destinavam a atender à a situação calamitosa.”

Diante do exposto, verifica-se, com base na recomendação da TCU, que a análise do objeto licitado deverá ser criteriosa:

[...] Certifique-se, criteriosamente, nas contratações por dispensa de licitação fundamentada no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, de que as situações que estão a reclamar urgência de atendimento possam inequivocamente ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, evitando que a ausência de planejamento e iniciativa administrativos as provoque. BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 0460/2002 Ata 46 – Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. 2003).

Finalmente, no que toca aos bens necessários ao atendimento da situação emergencial, admitir-se-á, excepcionalmente, acréscimo contratual, com base no §1º do art. 65 da Lei 8.666/93, para bens indispensáveis a eliminação do risco. Destarte, faz-se oportuna a diferenciação entre o acréscimo no quantitativo do bem em tela, o qual não surtirá efeito sobre o prazo de execução do contrato (180 dias); e, por outro lado, da prorrogação do contrato (art. 57, § 1º) a qual é vedada pelo inciso IV do artigo em comento. Assim, a alteração do quantitativo dar-se-á, desde que não prorrogue a execução do contrato.

2.4 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

Os contratos realizados com fulcro no inciso IV, art. 24 da Lei 8.666/93, quando na aquisição de bens, serão para pronta entrega, devido a necessidade de rápido atendimento à situação emergencial; já, tratando-se de serviços, o prazo é determinado pela própria Lei em questão: 180 dias, consecutivos e ininterruptos.

Para ilustrar o exposto, cita-se Niebuhr (2011, p. 251):

[...] além de pressupor a urgência provocada pela emergência ou calamidade pública, revela caráter provisório, na medida que serve apenas para evitar o perecimento do interesse público, concedendo tempo à Administração para concluir o regular processo de licitação. Nesse sentido, a parte final do inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 prescreve que, mediante tais contratos, é permitido somente adquirir os bens necessários ao atendimento da situação calamitosa e receber prestação de

serviço ou parcela de obras que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência, vedada a sua prorrogação.

Sustentando a provisoriedade do contrato emergencial para serviços, Justen Filho (2012, p. 240) adverte que a contratação deverá objetivar a eliminação do risco de prejuízo para a Administração. Em função disso, a sua execução não poderá superar o prazo de 180 dias. Assim, o objeto do contrato deverá ser fracionado, resultando na dispensa de licitação emergencial para aquelas situações que não podem esperar a instalação do procedimento licitatório. A parte restante deverá ser executada pela empresa vencedora da licitação.

Para Justen Filho (2012, p. 241), há necessidade de parcelar o objeto do contrato com provimentos jurisdicionais cautelares, como segue:

A comparação entre contratação por emergência e provimento jurisdicional cautelar¹⁶ tem vantagem de propiciar a utilização, no campo administrativo, de inúmeros conhecimentos desenvolvidos no âmbito processual. Assim, deve-se reconhecer que a contratação por emergência envolve a ponderação de interesses segundo o princípio da proporcionalidade¹⁷. As limitações impostas às contratações por emergência têm de ser interpretadas em face do interesse a ser tutelado. Bem por isso, todas as regras do inc. IV são instrumentais da proteção a interesses buscados pelo Estado. Não possuem fim próprio e autônomo. Não podem ser aplicados sem consideração aos fins buscados e tutelados. Por isso o próprio limite de 180 dias deve ser interpretados com cautela. Afigura-se claro que tal dimensionamento pode e deve ser ultrapassado, se essa alternativa for indispensável a evitar o perecimento do interesse a ser protegido.

Mesmo a Administração Pública tendo tomado todas as precauções, para somente contratar mediante dispensa de licitação as parcelas de obras que possam ocasionar “prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares”(BRASIL, 1993), o prazo deverá ser o estabelecido pela Lei em questão, pois esta veda a sua prorrogação.

Antes de discutir-se a possibilidade ou não de prorrogação de contrato, faz-se necessária a diferenciação entre renovação e prorrogação, assim, recorre-se a Furtado (2010, p. 443):

¹⁶O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito. (NEVES (2013, p. [?])).

¹⁷Proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valoração, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido. (STUMM, 1995, p.81).

Importa, aqui, distinguir entre prorrogação e renovação. Entendemos que temos **renovação** na vigência de contrato quando tenha sido fixado no contrato que este vigorará por 12 meses, por exemplo, acerta-se que o mesmo irá vigora por mais 12 meses – além do inicialmente pactuados (vide art. 57, II, que admite este tipo de renovação para contratos de serviços de natureza contínua. Ao contrário temos a **prorrogação** de vigência do contrato, quando tendo sido acertado que determinado obra seria iniciada em determinada data e concluída em 30 dias, por exemplo, não é possível o início da execução do contrato pelo fato de a Administração não ter disponibilizado o local. Nessa hipótese, ficará automaticamente prorrogado o prazo de vigência do contrato.(grifo no original).

Motta (2011, p. 316), cita o Tribunal de Contas da União, em decisão nº 822/1997, a qual diferencia tais institutos; rejeitando a renovação do contrato vigente, mas, por outro lado, aceita a sua prorrogação, por fato alheio à vontade das partes. Sobre o assunto, cita-se a decisão 820/96 do mesmo Tribunal:

[...] 21. Consoante registrado anteriormente, a Lei determina que ocorrendo situação calamitosa ou emergencial, as obras e serviços deverão ser concluídos no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.²² No entanto, a superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere as condições do respectivo contrato, é razão suficiente para alteração do contrato, a teor do disposto no art. 57, § 1º, item II, da Lei nº 8.666/93.²³ Nesse sentido, compartilho com o entendimento proferido pelo Prof. Marçal Justen, que assim prescreve: "a prorrogação é indesejável, mas não pode ser proibida. Nesse ponto, a lei deve ser interpretada em termos. A prorrogação poderá ocorrer, dependendo das circunstâncias supervenientes. Embora improvável, poderiam suceder-se duas calamidades em uma mesma região, de modo que a segunda impedisse a regular execução do contrato firmado para atender situação emergencial criada pelo evento anterior" (op. cit. p.137).²⁴ Com respeito a Teoria da Imprevisão, a doutrina é pacífica no sentido de sua aplicação em contratos administrativos. [...].

Joel Menezes Niebuhr (2011, p. 252) esclarece que, devido à excepcionalidade da contratação emergencial, a Administração deverá, inicialmente, fracionar a obra. Logo após, deverá contratar, através da dispensa emergencial, a parcela da obra que não poderá aguardar o trâmite do procedimento licitatório; como também a sua execução deverá ter o limite de prazo de 180 dias. Então, estar-se-á separando o objeto da futura licitação do objeto da dispensa em comento.

Para não parecer que o autor citado anteriormente argumentou no sentido de que toda licitação partirá de uma contratação emergencial, devido ao fracionamento da obra, faz-se necessário esclarecer que: somente será fracionada a obra que não puder aguardar o trâmite do procedimento licitatório, devido à situação emergencial, e que a execução não ultrapasse 180 (cento e oitenta) dias. Assim sendo, após fracionamento da obra, a

Administração poderá contratar mediante dispensa de licitação a parte que demanda agilidade; já as outras partes, resultantes desse fracionamento, deverão ser contratadas seguindo as exigências de uma das modalidades de licitação. Tudo isso, devido à vedação da prorrogação dos contratos oriundos de dispensa de licitação.

Sobre a excepcionalidade da prorrogação dos contratos decorrentes de dispensa de licitação, o Tribunal de Contas da União assevera:

[...] 6. Tal procedimento, excepcional, estaria plenamente justificado pelo contexto específico que cercou a execução do objeto do contrato sob exame, visto que o atraso na conclusão da restauração foi ocasionado pelo “tempo instável” e pela “impossibilidade de fornecimento de CBUQ [concreto betuminoso usinado a quente] pelas usinas”, fornecedoras desse material à empresa Geosonda, conforme registrado no relatório da equipe da Secex/RJ.

UT-7-0031/2006, que levou à execução de serviços em período sem cobertura contratual, entendo que as causas do atraso na execução das obras de [...] configuram “fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes”. Por esse motivo, entendo justificada a proposta de determinação que incluí na minuta de acórdão ora submetida ao colegiado, no sentido de determinar ao DNIT que, em casos como este em análise, providencie a assinatura de termo aditivo com vistas a prorrogar o contrato firmado com base na dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, pelo prazo estritamente necessário à conclusão da obra ou serviço. [...]. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 1941/2007 Ata 39 - Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. 2007).

Logo, “O limite de 180 dias para execução de serviços emergenciais, referido no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, pode ser ultrapassado se isso for indispensável para a preservação do bem protegido”, mediante fato imprevisível, alheio à vontade das partes, tornando-o excepcional. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 2024/2008 Ata 37 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 2008).

Em sentido oposto, Niebuhr (2011, p. 173) diz que não é possível a prorrogação de contrato advindo de dispensa de licitação emergencial, *in verbis*: “Esgotado o período de prorrogação previsto no contrato, não há direito à continuação do serviço pelo prestador”.

Contudo, verifica-se que a prorrogação do contrato advindo de dispensa de licitação emergencial é exceção, devendo ser justificada, excepcionalmente, nas ocasiões em que o dano será de impossível reparação, não sendo caracterizada quando a Administração,

ferindo os princípios da moralidade¹⁸ e impessoalidade¹⁹, deixa de cumprir o seu dever de zelar pelo interesse público.

Em outras situações, quando novos acontecimentos ensejarem nova situação emergencial, por exemplo, demanda judicial que paralise licitação em andamento; novo desastre ou qualquer outro caso em que o tempo seja inimigo do interesse público, não haverá prorrogação, e sim novo contrato.

Assim, esclarecem Rigolin e Bottino (2009, p. 261):

Caso outro estado emergencial ou calamitoso ocorra dentro dos cento e oitenta dias do primeiro, outra aquisição, devidamente justificada, através de outra contratação direta, sempre poderá ser realizada – e ainda que seja com a mesma pessoa física ou jurídica; o que se veda é a prorrogação de um mesmo contrato para além de cento e oitenta dias.

No mesmo sentido, cita-se o posicionamento do TCU:

[...] 3.16.2. Como se sabe, o prazo máximo para uma contratação emergencial é de 180 dias, não podendo ser prorrogado, conforme letra do Artigo 24 Inciso IV da Lei 8666/93 e alterações posteriores. Entretanto, haverá ocasiões em que decorrido aquele prazo, a situação de emergência ainda persiste, como nos casos de uma grande epidemia, catástrofes, inundações etc. A solução será a celebração de um novo emergencial por um novo prazo e através de novo processo. Como se verifica, não se trata de prorrogação de contrato emergencial após o decurso de 180 dias, mas sim da celebração de um novo contrato emergencial, que inclusive poderá ou não ser celebrado com a mesma pessoa física ou jurídica após pesquisa de valores. [...]. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Decisão 0158/1998 Ata 14 - Primeira Câmara. Relator: Ministro Marcos Vinícius Vilaça. 1998).

O TCU, com objetivo de padronizar/quantificar a aceitabilidade da contratação, a contar do momento da ocorrência do evento nocivo, vem julgando que o prazo limite para assinatura do contrato é de 30 dias, como se observa no presente Acórdão:

3.16.4. O Tribunal de Contas da União dá um parâmetro importante: se a contratação emergencial demorar mais que trinta dias da ocorrência do fato que a justifica, o TCU não considerará que existiu emergência, já que em trinta dias teria sido possível realizar ao menos um convite, que suprisse ao menos parte da necessidade, que a seguir poderia ser licitada em sua totalidade pela modalidade adequada, se essa não for o próprio convite. Não quer dizer o TCU que irá aceitar que contratação ocorrida em uma semana do fato será acatado como emergencial, mas uma coisa é certa: passaram-se mais de 30 dias do fato, então emergência não existiu. Esse dado do TCU, é claro, vale para a esfera federal apenas, mas já é um

¹⁸ O princípio da moralidade diz respeito à atuação dos agentes públicos, que deverá sempre se pautar pela ética. A Administração e seus agentes devem atuar não apenas com vistas na lei, mas sobretudo buscando preservar a moral, os bons costumes e a justiça. (KNOPLOCK, 2012. Pág. 72).

¹⁹ O princípio da impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações e privilégios indevidamente dispensados a particulares no exercício da função administrativa. (MAZZA, 2013, P. 356).

importante parâmetro, porque com ele o TCU nos indica o que entende como contratação emergencial em tempo razoável. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 158/2010 – segunda câmara. Relator: Aroldo Cedraz; 2010).

Joel Menezes Niebuhr (2011, p. 255), critica veementemente o posicionamento do TCU, “este entendimento é equivocado e não encontra qualquer base legal, sobretudo porque pretende ser aplicado de maneira geral e abstrata, para todas as situações, sem ponderar as suas peculiaridades”. Para o autor, o prazo fora tomado de maneira aleatória, sem nenhum estudo prévio, ou seja, poderia ser 10, 40, 50 dias. Como também, agindo deste modo, o TCU “toma para si a competência que é do legislativo, inovando na ordem jurídica de maneira inconstitucional”.

Citadini (1997, p. 167), sem fazer menção à discussão proposta por Joel Niebuhr, diz:

A contratação nesses casos, há que ser imediata, tão logo constatada a emergência ou calamidade; até porque, não o fazendo prontamente será difícil ao próprio administrador justificar uma contratação, se feita longo tempo depois e estribada em dispensa por emergência ou calamidade.

No mesmo sentido, o TCU, em Acórdão nº 152/1998. *Apud* Mendes (2012, p. 325):

[...] 11. No caso em análise, utilizou-se o instituto da dispensa de licitação para contratação de obras, **cinco meses** após a decretação de situação emergencial. Entende-se que o lapso de tempo decorrido foi suficiente para realização do devido procedimento licitatório; por conseguinte, mostra-se inadequado o enquadramento da presente situação nos casos passíveis de dispensa de licitação previstos no inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93. Torna-se difícil aceitar que, ante a existência de amplo período de tempo para realização de licitação, o administrador tenha optado por não fazê-la, descumprindo, por consequência, exigência constitucional. Observe-se que ao tempo da auditoria, agosto de 1996, as obras não haviam sido concluídas, portanto 8 meses após a oficialização da situação de emergência. A Lei nº 8.666/93 fixa 6 meses, a contar da emergência, para conclusão das obras. [...].

Assim, percebe-se que o gestor deverá buscar meios para evitar mal maior. Então não faz sentido demorar para resolver o problema e contratar mediante dispensa de licitação emergencial. Pois, é seu dever funcional visar, incessantemente, o interesse público.

2.5 PRESSUPOSTOS PARA CONTRATAÇÃO

O Acórdão nº 347/1994, infracitado, elencou os requisitos para a contratação direta via dispensa de licitação emergencial, resumidamente, apresentados por Fernandes (2009, p. 341): “aparecimento da situação emergencial ou calamitosa; urgência de atendimento; risco; e contratação direta como meio adequado para afastar o risco”.

Faz-se oportuna a análise acerca da última parte do rol em questão, a qual foi retirada do texto original:

[...] 4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as **especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado.** (grifo nosso).

Diante do requisito em questão, imperiosa se mostra a discussão acerca do projeto básico, pois, como pode-se perceber, através do trecho em destaque, a eficiência em afastar o risco iminente é pressuposto para a contratação.

Sobre a possibilidade de dispensar-se o projeto básico em situações de emergência ou calamidade, devido à agilidade que a situação exige, cita-se o inciso III do art. 5º da Resolução nº 361/91 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA:

Art. 5º - Poderá ser dispensado o Projeto Básico com as características descritas nos artigos anteriores, para os empreendimentos realizados nas seguintes situações: [...];III - nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos e privados. Parágrafo único - O responsável técnico do órgão contratante deverá justificar a urgência para o atendimento dos casos de emergência, referida neste artigo, emitindo respectivo laudo técnico com Anotação de Responsabilidade Técnica - ART. (CONSELHO Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA. Resolução n. 361/91, de 10 de dez. de 1991).

Por outro viés, indo de encontro ao preconizado pelo Conselho Federal, citado anteriormente, o TCU vinha exigindo o projeto básico, com *in verbis*:

[...] a) deve constar o projeto básico na forma estabelecida no art. 6º inciso V, processo relativos à execução de obras e à prestação de serviços enquadrados nas hipóteses de dispensa de licitação, em observância ao disposto no § 9º do art. 7º da

citada Lei, em situações de emergência ou calamidade pública (...).(BRASIL, Tribunal de Contas da União. Decisão 0301/1997 Ata 37 - Segunda Câmara. Relator: Ministro Lincoln Magalhães Da Rocha. 1997).

Nesse mesmo sentido, manifesta-se FERNANDES (2009, p. 480):

É indispensável a existência de projeto básico e orçamento detalhado em planilhas para a contratação de obras e serviços, quer seja mediante procedimento licitatório, quer seja mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação. Ou seja, o disposto no art. 7º, § 2º da Lei nº 8.666/93, por força do § 9º do mesmo artigo, aplica-se, sem sombra de dúvida, aos casos de dispensa de licitação. Não há um tratamento diferenciado, neste caso, aos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Em verdade, no caso de contratação sem licitação, com mais razão ainda se aplica esta regra, pois visa a dar maior segurança, legitimidade e transparência aos atos administrativos. Além disso, o contratado, ao fazer a sua proposta de preço, tem que ter como base algum parâmetro pré-estabelecido pela administração pública, sem o qual prevaleceria o arbítrio da empresa contratada. E não se alegue aí, por ser uma suposta situação de emergência, que não teria o órgão gestor tempo para elaborar o necessário projeto, uma vez que justamente por se o guardião das rodovias federais tomou ciência antes do contratado, portanto teria melhores condições de elaborar o projeto antes Construtora contratada. (Grifo do original).

No entanto, o posicionamento do TCU, com o passar do tempo vem mudando, como se percebe no julgado a seguir:

[...] 17. Reconheço que, mesmo em obras emergenciais, o projeto básico deve ser providenciado nos termos da lei. Essa é a regra, no entanto, o próprio Tribunal admite exceções. É que, em alguns casos, a elaboração de todos os elementos necessários pode levar meses, o que não se conforma a situação calamitosa e urgente. Como exemplo, cito trechos do Acórdão 943/2011 - Plenário, de minha relatoria, que conferiu a seguinte redação ao item 1.6 do Acórdão 1644/2008 - Plenário:[...] sendo admissível, com a finalidade precípua de afastar risco de dano a pessoas ou aos patrimônios público e particular, que os primeiros serviços sejam iniciados ou executados previamente à conclusão do projeto básico. [...] (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3065/2012 – Plenário, TC-000.437/2012-3, Rel. Ministro Valmir Campelo. 2012).

No mesmo voto, o Ministro abriu a possibilidade de haver um projeto básico sem todas as exigências legais, também considerado válido:

[...]
1.6.1. em casos excepcionais e devidamente justificados, poderão ser utilizados projetos básicos que não apresentem todos os elementos do art. 6º, inc. IX da Lei nº 8.666/1993, devendo constar do processo de contratação as razões que impossibilitam a elaboração do projeto completo;
18. A própria equipe da auditoria admitira essa possibilidade, conforme trecho do relatório a seguir destacado:
36. Considerando a excepcionalidade e a urgência da situação, é de se esperar que não fossem elaborados projetos básicos e composições de preços unitários, no entanto a ausência desses instrumentos dificulta sobremaneira o levantamento dos

quantitativos e inviabiliza a verificação da razoabilidade do quantitativo de horas de equipamentos medidos.

[...] Considero que, nessa situação, é essencial sensibilidade aos órgãos de controle, para que avaliem as possibilidades ao alcance do gestor, a fim de não exigir o inexigível. Ressalto que estamos tratando de situação excepcional, que demandava providências instantâneas. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3065/2012 – Plenário TC-000.437/2012-3, Rel. Ministro Valmir Campelo. 2012).

Indo na mesma via Niebuhr (2011, p. 253), sustenta que se deve interpretar a oportunidade de dispensar-se o projeto básico como excepcional. Para ele a ausência do projeto básico é prova de que a obra não fora planejada como deveria, e isso já um grave erro.

Diante do exposto, verifica-se que o projeto básico é obrigatório, pois a situação emergencial requer medidas eficientes de combate à situação em voga. No entanto, com base na análise do caso concreto, deverá o gestor, na impossibilidade temporal de fazer-se um projeto básico que cumpra o comando da Lei 8.666/93, fazer uma espécie de tal projeto, com menos detalhes do que deveria.

Outro pressuposto para contratar-se mediante dispensa de licitação emergencial é elencado pelo inciso III, do parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

[...].
III - justificativa do preço.
[...]. (BRASIL, 1993).

Dalvi (2012, p. 176) adverte que a Administração deverá contratar mediante preços compatíveis com os praticados em mercado, como também, *in verbis*: “é necessário consultar o maior número possível de interessados em contratações de caráter emergencial, em atenção aos princípios da impessoalidade e da probidade administrativa, que devem reger as atividades do administrador público”.

Sobre pesquisa de preço, cita-se o entendimento do TCU:

[...] 2.1.2.2 Com referência à alínea 'b', não podemos acolher os argumentos produzidos, uma vez que, apesar da urgência, foi possível a realização prévia de pesquisa de mercado, a qual constatou existirem outras empresas praticando preços menores item 10.3 - fls. 25). Ademais, não foi juntada prova documental que demonstrasse não estarem os demais comerciantes aptos a satisfazer o pedido da FNS. [...] é irregular compra por emergência quando foi feita pelo segundo menor preço pesquisado. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 356/1998 2ª Câmara. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi, 1998).

Destarte, verifica-se que a Administração não poderá ser lesada, quer seja pela execução de contratos defeituosos, bem como por preços que agridam ao erário público.

A Dispensa de licitação emergencial é instituto de exceção, ou seja, a regra é a instalação do procedimento licitatório, porém, em alguns casos, haverá prejuízo do interesse público, caso não seja dada resposta rápida frente a uma situação emergencial ou calamitosa.

Assim, mesmo nas situações emergenciais, em que a rapidez na contratação é fator preponderante para eliminação do risco, que é iminente, a Lei 8.666/93 prevê regras a serem cumpridas, ora para contratar a melhor empresa para execução do serviço, ou, para não pagar preço superior ao praticado no mercado.

2.5.1 CARACTERIZAÇÃO DA SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA

A calamidade pública aflige, portanto, de repente, grande número de pessoas, como inundações, pestes, fome, guerra, incêndio, terremoto, vendaval, devastação ciclônica, constituindo-se, pois, na causa geradora de muitas consequências. (SERVÍDIO, 1979, p. 72).

No mesmo diapasão, Meirelles (2010, p. 98) calamidade pública “é a situação de perigo e anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos”.

A diferenciação em situação de emergência e calamidade pública é: calamidade é o estado generalizado de dano ou perigo a pessoas e bens, por outro lado, emergência é algo particularizado, embora, o tratamento a ser oferecido pela Administração Pública deve ser o mesmo: agilidade na resolução desses problemas.

Por fim, verifica-se que mesmo que caracterizada a situação de emergência ou calamidade pública, não haverá autorização automática para aquisição direta, baseada no inciso IV do art. 24. Haverá, na realidade, a obrigação de seguir-se o comando do mesmo artigo, ou seja, chegando-se ao estado de calamidade pública, e conseqüentemente, deparando-se com a situação de emergência, verificar-se-á o prejuízo que a falta de agilidade na resolução dos eventuais problemas poderia ocasionar, para só assim, caracterizar-se a contratação direta com fulcro no dispositivo em voga.

2.5.2 CARACTERIZAÇÃO DA URGÊNCIA PARA ATENDIMENTO DE SITUAÇÃO QUE POSSA OCASIONAR PREJUÍZO OU COMPROMETER A SEGURANÇA DE PESSOAS, OBRAS, SERVIÇOS, EQUIPAMENTOS E OUTROS BENS PÚBLICOS OU PARTICULARES

Joel Menezes Niebuhr (2011, p. 249), adverte que nem todas as situações emergenciais são autorizadas para utilização do dispositivo em análise:

A propósito, a redação dada ao inciso em comento é bastante clara ao autorizar a dispensa nos casos de emergência ou calamidade, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas, obras, serviços, equipamentos, e outros bens públicos ou particulares. Dessa sorte, o que sobreleva na redação do inciso não é simplesmente a emergência ou a calamidade pública, mas a situação de urgência por elas provocadas, que requerem a contratação imediata de atendimento objeto sem o qual o interesse público seria desatendido.

Indo na mesma via, o TCU, em Decisão nº 347/94. Plenário. TCU, aduz:

[...] quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese:

[...]

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 terceiro, 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.

[...].(BRASIL, Tribunal de Contas da União. Decisão no 347/1994 — Plenário. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. 1994). (grifo nosso).

Portanto, a demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano, deverá ser real; e, a autorização para tal contratação reside na impossibilidade de aguardar o tempo necessário para instalação do processo licitatório para sanar a necessidade. Porém, o prejuízo a ser evitado pela Administração deverá ser interpretado com cautela, pois não se trata de qualquer prejuízo, e sim de dano irreparável. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 239).

Outro requisito, referente à eficiência do meio empregado pelo gestor para afastar o risco de dano é o objeto contratado. Tal bem deverá ter, obrigatoriamente, relação com a resolução do problema. Por exemplo, em uma situação de enchente, em que a água atinge o terceiro andar de um prédio público e o gestor resolve comprar televisores para o

décimo andar, mediante dispensa de licitação emergencial, caracterizando irregularidade na dispensa em tela. Em tese, aparelhos televisores não são aquisições que ensejam emergência, como medicamento e alimentos; também, a referida enchente atingiu, por força do exemplo, o terceiro andar do prédio, não tendo, nenhuma relação fática, com a falta de tais objetos no décimo andar.

Assim, percebe-se que há duas irregularidades, tanto que a falta de televisores não constitui motivo de emergência; como a localização do bem em questão não tem relação com a catástrofe climática.

2.5.3 UTILIZAÇÃO DA DISPENSA EMERGENCIAL PARA JUSTIFICAR A IMPOSSIBILIDADE DE LICITAR, POR FALTA DE TEMPO, AO FINAL DO EXERCÍCIO FINANCEIRO

Torres (2010, p. 120), ainda preocupado em estabelecer quais situações enquadram-se como emergências e, conseqüentemente ensejadoras da dispensa de licitação emergencial, adverte sobre a gestão dos recursos repassados aos órgãos no final de exercício financeiro, momento este impossível, na maioria das vezes, de se promover a licitação.

O digníssimo autor defende que não há emergência, como também ocorrência de risco ou prejuízo irreparável. Assim, não vê possibilidade da contratação escorada no inciso IV, do art. 24, da Lei 8.666/93, pois a exceção, como já fora apontado neste trabalho, é a contratação direta, quando a regra é a instalação do procedimento licitatório. De tal sorte, o alargamento dessa hipótese de dispensa de licitação poderia motivar gestores a retardar suas aquisições para o final do exercício financeiro, para com isso, deixar de licitar.

Por fim, Torres, supracitado, com objetivo de resolver o problema, diz que para evitar o perecimento da verba e conseqüentemente inviabilidade da aquisição ou contratação, o gestor poderá executar toda a fase interna da licitação, deixando a fase externa para depois da confirmação do recebimento da verba.

A fim de reforçar o exposto, cita-se o Ministro do Tribunal de Contas da União, Zymler (2005, p.92):

Não obstante, não pode o gestor invocar o fundamento de contratação emergencial, quando se trata de situações plenamente previsíveis. Havendo dotação orçamentária para a UO, cabe ao gestor promover gestão junto àquela setorial com vistas a

garantir a exequibilidade do procedimento licitatório para que, quando da efetiva descentralização, financeira e orçamentária – que ocorre, inúmeras vezes, apenas no final do exercício -, seja possível celebrar o contrato com o vencedor da licitação e empenhar as despesas.

Em outro julgado, o TCU reconheceu a ilegalidade na contratação direta, sem licitação, mas não aplicou a multa, por entender que não fora dado tempo hábil para o gestor, no caso concreto, efetuar-se a contratação mediante uma das modalidades de licitação, restando apenas, a contratação mediante dispensa de licitação emergencial.

Nessa direção a decisão, *in verbis*:

[...] a Universidade Federal do Rio Grande do Sul recebeu recursos para a aquisição de computadores, mas com tempo de tal modo exíguo, que inviabilizava a concorrência, na modalidade de técnica e preço, para a aquisição. Os dirigentes da unidade fizeram, então, ampla pesquisa de preços e promoveram a compra mais vantajosa, **com base no dispositivo que autoriza a compra emergencial sem licitação**. 12. Conforme bem apontado pela Unidade Técnica, uma vez analisadas as razões de justificativa dos responsáveis, entendo terem ficado afastadas as hipóteses da prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, dano ao Erário, desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos e que, embora não se podendo negar a ocorrência de infração a princípios normativos, **entendo caber o acolhimento das justificativas por comprovarem que, dentro das circunstâncias citadas, os responsáveis fizeram o possível para conduzir o feito dentro dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública**, não cabendo, por isso, aplicação de multa ou qualquer outra sanção. 13. Assim, e somente, dentro do caráter de órgão orientador, este Tribunal deve fazer determinações aos responsáveis, na forma discriminada, visando prevenir eventual superveniência de situações congêneres. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 0524/1999 Ata 43 - Segunda Câmara. Relator: Ministro Valmir Campelo. 1999). (Grifo nosso).

Assim, verifica-se, que a doutrina pátria, representada por Torres e o TCU não viram como legal a hipótese de dispensa de licitação, por impossibilidade de licitar devido ao curto espaço de tempo no final do exercício financeiro.

2.5.4 PARA SITUAÇÕES EM QUE A EMERGÊNCIA SE DEU POR PARALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO POR ORDEM JUDICIAL – CONTRATO PROVISÓRIO

A Administração, no controle de seus contratos, deverá, antecipadamente, instaurar processo licitatório antes do término desses, para os serviços essenciais e contínuos, de acordo com o TCU:

[...] adote, no prazo de 120 dias, sistemática de controle para todas as suas contratações com o objetivo precípua de acompanhar sua execução e prever o exaurimento de seu objeto, iniciando, tempestivamente, as medidas necessárias para instauração de novo procedimento licitatório, evitando-se, a todo custo, a contratação emergencial de bens e serviços. Para este mister, designar, formalmente, empregado ou comissão de empregados, que deverão ser responsáveis pelo mencionado controle, fazendo consignar nos autos de cada processo de contratação o termo de sua designação, permitindo que sejam reconhecidos, para cada contrato, os responsáveis por seu acompanhamento e pela tempestiva instauração do certame licitatório devido. (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 876/2004 - Ata nº 24/2004 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícius Vilaça, 2004).

Nada obstante, mesmo o gestor tendo agido com o mais absoluto rigor e antecedência em instalar o procedimento licitatório, atendendo ao comando Constitucional referente à obrigação de licitar, é possível a existência de algumas situações em que a Administração não conseguirá finalizar a licitação. O exemplo mais oportuno é o caso do cumprimento de decisão judicial de paralisar o certame licitatório.

Ao deparar-se com tal situação, a Administração Pública deverá zelar pela continuidade dos serviços, como também pelo interesse público. Desta forma, a contratação será feita, mesmo que precariamente. O que se está buscando é a boa administração da coisa pública, e, para o caso concreto, a única possibilidade é a contratação direta, sem licitação, com fulcro no inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito do tema, como segue:

[...] seria lesão grave impedir-se a administração de manter a limpeza, asseio e conservação das repartições públicas. Deve ser observado, contudo, que a Lei de Licitações traz em seu artigo 24, inciso IV, a possibilidade de contratação temporária, razão pela qual não há risco de paralisação do serviço público em decorrência da eventual demora na solução definitiva da lide. [STJ. 2ª Turma. AGRMC nº 4081/DF. Registro nº 2001/0100343-5. DJ 29 out 2001. p. 189]. *Apud* Fernandes (2010. p. 415).

Isto posto, seguindo o entendimento do STJ, é possível contratar mediante dispensa de licitação emergencial, para situação que aguarde decisão judicial. Serviços contínuos são de natureza excepcional, haja visto o interesse público, o qual visa manter os serviços em perfeito funcionamento.

Com a mesma finalidade, o TCU decidiu aceitar contratação dita irregular, para manutenção dos serviços, todavia, fixou prazo para anulação dos referidos contratos, como se observa nas palavras de Fernandes (2010, p. 427):

O TCU decidiu acatar excepcionalmente a contratação com base no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, para suprimir necessidade de pessoal regular, tendo em vista a premência dos serviços. Fixou prazo para a anulação dos contratos, determinando quem somente fossem contratados serviços considerados necessários, não contemplados em seu plano de cargos e salários.

Nessas ocasiões, percebe-se que a contratação direta, via dispensa de licitação emergencial, não é uma faculdade para o gestor, e sim obrigação, em virtude do risco que a demora na tomada de decisão poderá resultar. Ou seja, não faz diferença a origem da emergência, se fora por culpa de alguém ou não, o que se pretende é priorizar o tratamento ágil para sanar/resolver a situação e eliminar o risco.

Nesse sentido Cintra do Amaral (2001, p. 4), explora:

A emergência é, a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de 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. (AMARAL, 2001, p. 4).

Por fim, Mendes (2011, p. 317):

[...] desde que devidamente comprovado/demonstrado o caso de emergência (cumpridos os requisitos constantes na lei de licitações) não há por que se obstar a realização da contratação direta. Ademais, concluímos que em determinadas situações a falta da contratação emergencial poderia ensejar responsabilização dos agentes administrativos por sua desídia. (revista zênite, 1999).

Então, percebe-se que a dispensa de licitação está autorizada para manter a continuidade dos serviços, independentemente da desídia do gestor, ou mesmo, quando este, zelando pelo interesse público não consegue contratar mediante licitação, devido a entraves judiciais ou administrativos, obrigatoriamente demonstrados.

Uma alternativa para resolver a situação é a Administração admitir o seu erro e revogar²⁰ a licitação. Até por que se a decisão judicial demorar a ser tomada, poderá

²⁰ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. Lei 8.666/93.

perder seu objeto, como por exemplo: quantitativos em uma aquisição, ou modificação nas especificações, quando na contratação de algum serviço.

Um cuidado deverá ser tomado, pois a revogação da primeira licitação não autoriza o lançamento de um novo edital com os mesmos critérios de seleção. Assim, se a Administração admitiu um erro e revogou a licitação, não há sentido em lançar outra licitação com os mesmos erros da anterior. Ainda, no tocante à revogação da licitação, caso a Administração não queira revogar a licitação e a decisão judicial demore muito tempo para ser tomada, algumas contratações emergenciais poderão ocorrer, devidamente justificadas pelo interesse público em atender à continuidade na prestação dos serviços.

Diante do exposto, percebe-se que são muitas as condições impostas pela Lei para contratar mediante dispensa de licitação emergencial, pois, como é exceção, deverá ser justificada. Mesmo assim, Alguns, em desalinho com o ordenamento jurídico pátrio, insistem em descumprir os referidos mandamentos legais; restando, por conseguinte, a punição como a última *ratio* do sistema. A qual será tratada, com exclusividade, no próximo capítulo.

E, ainda, o entendimento consubstanciado na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal:
A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornem 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.

3 RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO POR ILEGALIDADE EM DISPENSA DE LICITAÇÃO

3.1 AGENTES ADMINISTRATIVOS

Para estabelecer o limite da responsabilidade do agente público, antes, deverá ser definido quem é esse agente e quais características este cidadão deverá possuir. A presente análise partirá do Estatuto Geral de Licitações, o qual define servidor público no art. 84, como:

Art. 84 Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente com ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1º Equipara-se a servidor público para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.(BRASIL, 1993).

Outro conceito de agente público é o encontrado no Código Penal, mais precisamente em seus artigos 327 e 337-D. Porém, para fins de melhor utilização, devido à sua especialidade, será considerado o conceito previsto pela Lei de licitações, apontado anteriormente.

Di Pietro (2007, p. 688), em definição mais abrangente, define agente público como: “toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.

No mesmo sentido Araújo (2005, p. 2040): “[...] todo aquele que, de alguma forma, sob qualquer categoria ou título jurídico, desempenha função ou atribuição considerada pelo Poder Público como a si pertinente [...] será, enquanto a desempenhar, um agente público”.

Por derradeiro, Júnior (1970, p. 138-139), assevera, que agente público ou administrativo é um vocábulo utilizado: “[...] para designar todo indivíduo que participa de maneira permanente, temporária ou acidental da atividade do Estado, quer editando atos jurídicos, quer executando atos de natureza técnica e material.”.

Desta forma, verifica-se que a definição de agente público pode variar conforme os anseios de cada autor. Diante de tal indefinição da doutrina pátria, para melhor delineamento do tema proposto para o presente trabalho acadêmico, utilizar-se-á a definição do artigo 84, da Lei 8.666/93, já citado. É oportuno mencionar, também, que os militares estão incluídos dentre esses agentes administrativos.

Após definir-se o conceito de agente público, por ora, faz-se necessário, para fins de responsabilização destes, analisar-se quais agentes estão diretamente ligados à aquisição por dispensa de licitação.

3.1.1 REQUISITANTE

A Administração pública, representada por seu agente, o qual, ao identificar uma situação que requeira uma atitude positiva a fim de atender a uma necessidade, obrigatoriamente, deverá dar início ao procedimento administrativo para sanar aquela necessidade. Esse agente comunica a necessidade à autoridade competente sendo denominado de requisitante, devendo apontar a forma de sanar o problema.

A aquisição de bens deverá iniciar a partir da comunicação à autoridade competente da necessidade de tal aquisição. Essa comunicação será acompanhada da descrição sucinta e clara do objeto, instruída das razões de interesse público que justificam a contratação emergencial, (art. 7º e 14 da Lei 8.666/93); e (art. 7º, § 4º, art. 15, § 7º, I e II).

Por outro lado, para obras e serviços de engenharia, deverá ser elaborado um projeto básico, contendo todas as descrições e impactos da obra, sejam eles orçamentários e/ou ambientais.

3.1.2 COMPRADOR

Este agente é o responsável por realizar o procedimento administrativo, a fim de atender o estabelecido no artigo 38, *caput*, da Lei 8.666/93, ou seja, formalizando tal procedimento administrativo por meio de autuação, protocolização e numeração deste. Como também justificar o preço da aquisição/contratação, considerando o praticado no mercado, respeitando a estimativa do valor da contratação, autorizada pelo ordenador de despesas.

Sempre que possível, será juntado ao processo uma pesquisa de preço, com outros fornecedores, para provar que foi escolhido o menor preço apresentado pelos

interessados na contratação. Atendendo assim aos artigos 25, § 2º; e 26, *caput*, e § único, III, da Lei n. 8.666/93.

Como já fora apontado no capítulo 2º deste trabalho, é pressuposto para a referida contratação emergencial que os bens sejam necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa; e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídos dentro de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, vedada a prorrogação (BRASIL, 1993). Nesse sentido, deverá o comprador justificar, baseado nas necessidades, essas aquisições ou contratações.

Por fim, ainda no tocante à situação emergencial, o comprador deverá justificar a ocorrência da tal situação e a falta de tempo hábil para contratar mediante procedimento licitatório, (art. 26, § único, I da Lei 8.666/93). Como também, justificar a escolha do prestador do serviço, (art. 26, § único, II da Lei 8.666/93); e juntar documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (art. 26, § único, IV).

Semelhante à função do pregoeiro, o comprador possui o papel de conferir os documentos de habilitação (art. 27 a 31, CF, art. 195, §3º e Lei Federal 8.212/91). Devendo, ainda, comunicar à autoridade superior no prazo de três dias para ratificação do ato (art. 26, *caput*, art. 49, § 4º da Lei 8.666/93).

Por fim, a última obrigação do comprador é publicar na Imprensa Oficial. Essa publicação deverá ser apresentada na forma de extrato, no prazo de cinco dias a contar do recebimento do processo pela autoridade superior com as seguintes informações: a) ratificação pela autoridade superior da caracterização da situação emergencial; b) nome do contratante e do contratado; c) objeto; d) valor; e) prazo de execução, quando não ocorrer entrega imediata de material (art. 26, *caput* da Lei 8.666/93).

3.1.3 AGENTE JURÍDICO

Ao advogado do órgão são levados os atos que justificam e enquadram a situação como uma das hipóteses de dispensa de licitação, previstas na Lei 8.666/93. Tal parecer é previsto no artigo 38, VI e X da Lei 8666/93.

Sobre a responsabilidade desses juristas, cita-se Justen Filho (2012, p. 372):

Ao examinar e aprovar atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do

parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição.

Nesse sentido, percebe-se que é de suma importância a apreciação dos atos que compõem o procedimento administrativo de contratação, via dispensa de licitação emergencial, realizada pelos advogados dos órgãos, pois, estes exercem o controle interno da legalidade do ato administrativo.

3.1.4 AGENTE ORDENADOR DE DESPESAS

Cabe a este agente administrativo zelar pelo bom aproveitamento das verbas públicas. Na visão de Sandromi (2000, p. 369), o ordenador de despesas é “o servidor público investido de autoridade e competência para emitir empenho e autorizar pagamentos”, assim, ele indica a fonte de onde sairá a verba para efetuar o pagamento do objeto adquirido pela Administração Pública, atendendo com isso o disposto nos artigos 7º, 2º, III, c/c § 9º; 14 e 38, *caput*, da Lei 8.666/93; e ao Decreto 4.777/06, Anexo I, art. 40, § 6º.

3.2 A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO EM DISPENSA DE LICITAÇÃO EMERGENCIAL

A responsabilização do agente público em decorrência de ilegalidade referente à Lei de licitações e contratos, Lei 8.666/93, é prevista em seu artigo 82, *in verbis*:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar. (BRASIL, 1993).

Sobre a pluralidade de punições que o agente público está sujeito, cita-se Tácito (1993, p. 453): “o combate à corrupção conduz à responsabilidade penal (crimes funcionais...) assim como à responsabilidade administrativa e, subsidiariamente, à responsabilidade civil do funcionalismo público.”

Um dos regulamentos próprios que o artigo citado faz referência é a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Sobre a responsabilidade disciplinar desses servidores públicos:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes de contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. (BRASIL, 1990).

Percebe-se que o agente administrativo responde civil, criminal e administrativamente pelos seus atos, quando ilegais. Primeiramente, será verificada a responsabilidade no âmbito administrativo.

3.2.1 RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

O servidor público, no exercício da função, quando pratica ato ilícito contra normas internas do órgão ao qual está vinculado, deverá ser responsabilizado²¹ na medida da sua culpabilidade. Esta responsabilização é prevista no artigo 124, da Lei 8.112/90, como se observa: “[...] a responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.” (BRASIL, 1990).

Para Justen Filho (2012, p. 665):

²¹ Na terminologia inglesa, há uma expressão que identifica, de modo muito abrangente, o regime jurídico da responsabilidade ampla a que se submete o exercente da função pública. Utiliza-se o vocábulo *accountability* para indicar essa situação de submissão perante a sociedade.

A responsabilidade administrativa consiste no dever de responder pelos efeitos jurídico-administrativos dos atos praticados no desempenho de atividade administrativa estatal, inclusive suportando a sanção administrativa cominada em lei pela prática de ato ilícito.

Diferentemente do que é encontrado no sistema penal, no qual cada conduta é tipificada e atrelada a uma resposta do Estado, aqui, no âmbito da administração pública, não há uma tipificação para cada conduta, como se observa na lição de Di Pietro (1993, p. 337):

Os estatutos funcionais apresentam um elenco de deveres e vedações para os servidores, e o ilícito administrativo vai configurar-se exatamente quando tais deveres e vedações são inobservados. Além do mais, os estatutos relacionam as penalidades administrativas, sem, contudo, fixar qualquer elo de ligação *apriori* com a conduta.

No mesmo sentido, Carvalho Filho (2012, p. 802), como segue:

Deflui dessa circunstância que o sistema punitivo na Administração deverá atender a princípios específicos para a regular aplicação das sanções. Um deles é o princípio da adequação punitiva (ou proporcionalidade), pelo qual se incumbe ao administrador certa margem de discricionariedade para compatibilizar a conduta e a sanção. Fora desse princípio, a punição é arbitrária e ilegal, e passível de invalidação pela Administração ou pelo Judiciário.

A responsabilidade administrativa diz respeito à restrição dos direitos ou prerrogativas funcionais do servidor, podendo acarretar na extinção do vínculo que o liga à Administração Pública, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa. Os princípios mencionados estão insculpidos na Constituição Federal (1988), em seu artigo 5º, inciso LV, o qual estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ainda na esteira da responsabilização, vale citar, segundo o artigo 125, da Lei 8.112/90: “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”. Ou seja, o resultado do processo administrativo não depende do resultado do processo civil e criminal. Assim, o agente poderá ter contra si, processos instaurados nas esferas civil, criminal e administrativa, todos em função do mesmo ato.

A única vinculação em que uma decisão poderá refletir efeitos em outra é no tocante ao artigo 126: “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria” (BRASIL, 1990). Desta forma, percebe-se que o legislador admitiu que sendo absolvido no processo criminal o agente estará livre de qualquer responsabilização, pois restou provado que o fato não existiu ou não fora este agente o causador do delito.

Ao processo administrativo são emprestados do processo penal “todos os princípios, garantias e normas que o regem, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais da dignidade da pessoa humana, que se plasmam no campo daquela disciplina”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de segurança N. 2010/0138403-6, Primeira Turma. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 2011).

Sobre essas punições, mesmo que não haja uma tipificação para cada conduta delituosa, a administração pública tem dispositivos hábeis para punir seus agentes, quando cometem ilícitos no âmbito do exercício do cargo ou função.

Gasparini (2010, p. 299), sobre a apuração da infração administrativa diz:

A apuração da infração administrativa é feita pela própria entidade a que está ligado o acusado, em processo administrativo dirigido por uma comissão constituída por servidores estáveis e, no mínimo, da mesma hierarquia do acusado. Encerrado o processo com o relatório, a comissão remete o expediente à autoridade competente para aplicar, se for o caso, a pena.

A lei de licitações, em seu artigo 83, previu punições administrativas para crimes cometidos no âmbito das licitações: “Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, **à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.**” (BRASIL, 1993). (grifo nosso).

A respeito dos crimes tentados, cita-se Mukai (1999, p. 86):

Ao punir os crimes tentados, a Lei há de ser vista conforme o sistema penal adotado entre nós, posto que o Código Penal adotou o critério objetivo para configuração do crime. Afasta-se o critério subjetivo, pelo qual a mera intenção de cometer um crime, e portanto os atos preparatórios daí decorrentes, já estariam configurando o comportamento delituoso. Entre nós, não se pune a intenção, nem atos preparatórios. Mister se faz o requisito do *principium executionis*. O art. 83 pune a tentativa; portanto, há que haver, no caso, início de execução e não a consecução do crime por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, do código Penal).

Diante do exposto, percebe-se que não houve qualquer alteração no tocante à pena para os crimes cometidos pelo agente administrativo. Em verdade, o que o legislador estabeleceu foi uma punição extremamente severa para os ilícitos cometidos no âmbito da Lei de licitações.

A única sanção prevista pela Lei Federal das Licitações foi a do artigo 83, mencionada anteriormente, assim, faz-se necessária a análise da Lei Federal nº 8.112/90, cujo art. 127 estabelece que são penalidades disciplinares:

Art. 127 (...)
I - advertência;
II - suspensão;
III - demissão;
IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
V - destituição de cargo em comissão;
VI - destituição de função comissionada. (BRASIL, 1990).

O artigo 127 da Lei 8.112/90 prevê as punições para os agentes administrativos descumpridores de deveres funcionais, sendo a aplicação dessas punições subordinadas às circunstâncias da conduta desse agente, ou seja, segundo o artigo 128, para aplicação de uma dessas penas, a autoridade deverá levar em consideração a natureza e gravidade da infração cometida, dos danos dela derivados, das circunstâncias agravantes ou atenuantes e dos antecedentes funcionais.

O objetivo do artigo 128, nada mais é do que tentar tornar proporcional a punição imposta ao agente. Como se observa nos julgados do Superior Tribunal de Justiça: “4. Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo (...)”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. nº 10.825/DF. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. 2006).

No mesmo sentido:

1. a aplicação genérica e indiscriminada da sanção máxima aos servidores envolvidos em processo administrativo, sem que observada a diversidade das condutas praticadas, fere os princípios da individualização e da proporcionalidade da reprimenda. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. Nº 7.077 - DF (2000/0065859-6). Relator: Min. Edison Vidigal. 2001).

Diante do exposto, verificou-se que o agente administrativo pode sofrer severas sanções, em decorrências de ilícitos cometidos quando em processo licitatório. A Lei de licitações prevê, na esfera administrativa, a perda do cargo, emprego, função ou mandato

eletivo; e, a responsabilidade administrativa, para servidores federais, previstas no artigo 127 da Lei 8.112/90, formando um importante meio de controle interno da Administração Pública.

3.2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL

O Principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Vale dizer: ao mesmo tempo em que ela se empenha em tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o direito, reprime a conduta daquele que o contraria. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 01).

Para o presente trabalho a responsabilidade civil partirá de atos ilícitos de agentes administrativos. Desta forma, faz-se necessário elencar os dispositivos legais referentes à responsabilidade civil.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, dispõe a respeito da responsabilidade da Administração Pública e de seus agentes, com se observa no texto legal:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

O parágrafo em questão faz referência à responsabilidade do servidor quando o lesado é terceiro, porém, esta responsabilidade não será afastada quando a Administração Pública for a lesada. Pelo contrário, quando o prejudicado for o erário, a responsabilização será apurada mediante processo administrativo, sempre, levando-se em consideração os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Um ponto importante para a presente discussão, é no tocante à forma de responsabilidade a que o agente público está vinculada. Como se percebeu, através da redação Constitucional anteriormente citada, a responsabilidade para esse agente é subjetiva. Para diferenciar esta da responsabilidade objetiva, do Estado, sobre o tema, Gonçalves (2012, p. 68):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Se a responsabilidade do agente administrativo é de cunho subjetivo, como observado no exposto acima, haverá necessariamente, a comprovação da culpa deste, assim, oportuno expor o que a doutrina majoritária chama de culpa para fins de responsabilidade civil. Nessa esteira, cita-se Cavalieri Filho (2010, p. 35): “[...] pode-se conceituar culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.”

Assim, deverá, obrigatoriamente, ser provado que o agente administrativo concorreu para o evento lesivo, mesmo que culposamente.

Visto a previsão Constitucional da responsabilidade civil, faz-se imprescindível a análise do Código Civil, pois, de acordo com Meirelles (2007, p.418), “a responsabilização de que cuida a Constituição é a civil, visto que a administrativa decorre da situação estatutária e a penal está prevista no respectivo Código, em capítulo dedicado aos crimes funcionais (art. 312 e 327)”.

Sobre tal responsabilidade, o Código Civil dedicou do artigo 186 ao 188, para conceituar o que venha a ser ato ilícito; e do artigo 927 ao 943 para discorrer sobre a obrigação de indenizar. Para o presente momento, é importante estabelecer as responsabilidades de ilícitos em dispensa de licitação emergencial, inciso IV, do Artigo 24, da Lei 8.666/93, diante de tal exigência, apenas os artigos 186 e 927, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002).

Como fora mencionado, o Código Civil, em seu artigo 186, faz referência à culpa do agente quando diz: ”Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Assim, para ocorrência de uma responsabilização do agente público é necessário analisar-se o ato ilícito que o agente praticou; outro requisito é o nexo causal, no qual a análise recai sobre o vínculo existencial entre o ato do agente e sua consequência danosa, representada pelo verbo “causar”; por fim, há, por necessidade óbvia, que se provar a

existência de um dano, ou seja, como prevê o próprio artigo: “violar direito ou causar dano a outrem”. (BRASIL, 2002).

No mesmo diapasão, a Lei 8.112/90, Estatuto dos Servidores Federais, também faz referência à responsabilidade civil do agente público nos seguintes termos: “art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.”

Por último, dentre os mecanismos legais que fazem menção à responsabilidade civil, vale lembrar, como já fora mencionado no tópico anterior, o artigo 82, da Lei 8.666/93.²²

Conforme demonstrado pelo direito positivo pátrio, a responsabilidade civil do agente público “resume-se em verificar até que ponto o funcionário público responde com o patrimônio pelos crimes e erros praticados no exercício da função pública” (CRETELLA JÚNIOR, 1993, p. 81).

Nesse sentido, MEIRELLES (2007, p. 501): "Não há, para o servidor, responsabilidade objetiva ou sem culpa. A sua responsabilidade nasce com o ato culposo e lesivo e se exaure com a indenização".

Após se fazer menção aos dispositivos legais, para provar a possibilidade de reparação civil pelos danos causados à Administração Pública, oportuno se faz a análise de como se dá o ressarcimento aos cofres públicos.

Di Pietro (2006, p. 589), aduz que nos estatutos desses servidores pode-se encontrar o procedimento a ser adotado para a Administração poder cobrar o prejuízo. Pois, em procedimento auto-executório, sem necessidade de interferência do poder judiciário, a Administração poderá descontar dos vencimentos do servidor, respeitando o limite mensal fixado em lei, preservando o caráter alimentar dos pagamentos.

Prova disto é o preconizado pela Lei 8.112/90 que dispõe sobre a forma de ressarcimento ao erário:

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão.

²²Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar. (BRASIL, 1993).

§ 2o Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela.

§ 3o Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado, ou que tiver a sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de 60 (sessenta) dias para quitar o débito. Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa.

Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado, ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, ou ainda aquele cuja dívida relativa a reposição seja superior a cinco vezes o valor de sua remuneração terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito.

§ 1o A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa.

§ 2o Os valores percebidos pelo servidor, em razão de decisão liminar, de qualquer medida de caráter antecipatório ou de sentença, posteriormente cassada ou revista, deverão ser repostos no prazo de trinta dias, contados da notificação para fazê-lo, sob pena de inscrição em dívida ativa.

Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito.

Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa.

Art. 48. O vencimento, a remuneração e o provento não serão objeto de arresto, seqüestro ou penhora, exceto nos casos de prestação de alimentos resultante de decisão judicial.

Conforme ficou demonstrado, há responsabilidade civil por parte do agente público, quando provada a sua culpa e o efetivo dano, pois se todos os outros requisitos forem cumpridos e faltarem esses, não haverá obrigação em indenizar, pois se estaria possibilitando o enriquecimento ilícito da Administração Pública.

3.2.3 RESPONSABILIDADE PENAL

Para completar a responsabilização dos agentes administrativos, segundo os artigos 82 da Lei 8.666/93; 121 e 123, da Lei 8.112/90, serão dedicados esforços para analisar os aspectos criminais de atos ilegais em dispensa de licitação emergencial, estampada no inciso IV, artigo 24, da Lei 8.666/93.

Há muitas possibilidades de se abordar a responsabilização penal, como por exemplo, o estudo do próprio Código Penal nos crimes contra a Administração Pública, que, em sua maioria, estão definidos no Título XI, Capítulo I, arts. 312 a 326, e os crimes contra as Finanças Públicas no Capítulo II, arts. 359-A a 359-H, do Código Penal, pois todos esses crimes poderão ser praticados por agentes administrativos, em processo licitatório.

No entanto, para não se fugir do objetivo central deste trabalho, será analisado o artigo 89 da Lei 8.666/93, o qual faz menção aos ilícitos praticados em dispensa de licitação e inexigibilidade. Desta forma, inicia-se o estudo com o seu texto na íntegra:

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).

Criminalizar a conduta do agente administrativo que, ilegalmente contrata em nome da Administração Pública, é muito importante, pois o tratamento criminal é mais agressivo que a responsabilização civil e administrativa, como já fora demonstrado nos tópicos anteriores.

Para Gasparini (2001, p. 94) "o dispositivo visa impedir que as hipóteses de dispensa e da exigibilidade sejam alargadas". O renomado autor está certo, mas, em partes, pois não só visou impedir o alargamento dessas hipóteses, como também exigiu que as formalidades impostas pela Lei, mais especificamente o artigo 26 da Lei 8.666/93²³, fossem cumpridas.

Ainda, Greco Filho (2007, p. 60), sobre o objetivo dos crimes que afrontam a Lei de licitações: "em geral, é a moralidade administrativa e, em termos específicos, é a estrita excepcionalidade dos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação".

No mesmo sentido, Fernandes (2009, p. 60) aduz:

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 em lei.

²³ Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.
Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
III - justificativa do preço.
IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (BRASIL, 1993).

Contudo, percebe-se ao analisar o artigo em questão, que este possui três condutas incriminadoras. A primeira “dispensar licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou seja, só é possível a dispensa de licitação quando prevista em um dos incisos do artigo 24, da Lei 8.666/93, pois, como já demonstrado, o rol desse artigo é taxativo, por isso não admite outra forma de dispensa de licitação; a segunda, diz respeito à inexigibilidade de licitação, aqui, deve-se ter cuidado, pois, como demonstrado no primeiro capítulo desta obra, o rol dos incisos que prevêm as hipóteses de inexigibilidade não é taxativo, para se caracterizar a inexigibilidade indevida faz-se necessário que o agente administrativo contrate por inexigibilidade de licitação quando haveria possibilidade de ocorrer pluralidade de interessados no objeto contratado; por fim, a terceira forma de enquadramento no artigo 89 da Lei 8.666/93 é “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade”. O legislador deixa claro que as exigências do artigo 26 não são meras formalidades, pois, há ainda, obrigatoriedade em se justificar os casos de emergência e calamidade (inciso I). A escolha do fornecedor e o preço do produto ou serviço deverão, também, ser justificados, assim como os documentos de aprovação dos projetos de pesquisa deverão ser juntados pela autoridade competente aos autos do processo.

Para corroborar com o exposto, Pereira Junior (2007, p. 829-830):

As duas primeiras condutas são positivas, realizam-se mediante uma ação praticada pelo agente e configuram crimes comissivos, enquanto última é conduta negativa, que se realiza mediante omissão do agente e configura crime omissivo.

Estabelecidas as formas de cometimento do crime em análise, é oportuno definir o sujeito ativo e passivo desse crime. O sujeito ativo do crime em tela é a pessoa apta a praticar a conduta prevista no artigo 89 da Lei 8.666/93, ou seja, o agente administrativo competente para praticar; como também haverá concurso de agentes, como prevê o parágrafo único do mesmo artigo. Já o sujeito passivo é a Administração Pública (União, Estado-membro, Distrito Federal e Município), como também as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e outras entidades sob controle estatal direto ou indireto. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 153.097-DF, 5ª TURMA. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. 2010).

O elemento subjetivo do tipo penal é o dolo, mas, para o artigo em questão, não há diferenciação do tratamento dado pela lei quanto à intenção do agente. Assim, para Nucci (2010, p. 892) “não há elemento subjetivo específico, nem se pune a forma culposa”.

Com isso, percebe-se que a finalidade do agente não importa, o que faz diferença para o caso concreto é a ação deste agente.

Em sentido oposto, Gasparini (2001, p. 98), adverte:

É o dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de dispensar ou inexigir a licitação ou de deixar de observar as formalidades pertinentes, quando se cuidar de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Nas duas situações o agente há de ter consciência da ilicitude de seu comportamento. O dolo será eventual se o sujeito da infração, tendo dúvida quanto à ilegalidade de sua conduta, assume o risco de cometer, dispensando ou inexigindo a licitação. Crimes na Licitação, 2ª ed. São Paulo: NDJ, 2001, p. 98.

Para não deixar dúvidas sobre a exigência do elemento subjetivo (dolo) o Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento da Ação Penal nº 480, aduz:

Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei nº 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei nº 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário (...). Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal. (Brasil, Superior Tribunal de Justiça. AP nº 480, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha 2012).

Diante do entendimento do STJ, não há como sustentar o oposto. Desta forma, para caracterização do crime em apreço deverá ser exigida a intenção em causar dano ao erário.

Outra divergência, a respeito do crime estampado no artigo 89 da lei 8.666/93, é o objeto do crime, se este é material, exigindo o dano ao erário; ou formal, sem existência de um resultado, o dano.

Inicialmente os tribunais superiores sinalizaram no sentido de que, para a caracterização do crime do artigo 89, da Lei 8.666/93, haveria que se provar o dolo em cometer o delito, como também a existência de dano ao erário, como se observa no julgado:

EMENTA: PENAL. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ADMINISTRATIVA. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. PARÁGRAFO ÚNICO. TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO.

1. A elementar típica prevista no delito do parágrafo único do artigo 89 da Lei 8.666/93, consistente na "dispensa ou inexigibilidade ilegal", também contempla aqueles casos em que o administrador público, em detrimento ao disposto no artigo 26 do mesmo Diploma Legal, deixa de manifestar os motivos da contratação direta.
2. Considerando que o objeto jurídico tutelado pelo crime estatuído na parte final do caput do artigo 89 da Lei das Licitações - "deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade" - é a moralidade/lisura do procedimento

licitatório, a sua configuração está a exigir do agente público o dolo específico de beneficiar indevidamente o particular contratado.

3. Em atenção ao princípio do in dubio pro reo, impõe-se a absolvição dos réus quando não existem nos autos provas convincentes da sua participação na "consumação da ilegalidade" (artigo 89, parágrafo único, Lei 8.666/93) ou do intuito de favorecer a parte contratada por meio da omissão de formalidades legais para dispensa/ inexigibilidade de licitação. (BRASIL, TRF4, APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2000.72.00.001156-9, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wowk Penteadó. 2005).

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte:

DISPENSA DE LICITAÇÃO. CRIME TIPIFICADO NO ART. 89, CAPUT, DA LEI 8.666/93. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO E DE DOLO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que *o crime tipificado no art. 89, caput, da Lei nº 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário* (RIO GRANDE DO NORTE, TJRN, APO nº 2006.004967-7, Rel. Juiz Convocado Nilson Cavalcanti, Tribunal Pleno. 2008).

No entanto, o entendimento vem mudando. Prova disto é o julgado do STJ, do ano de 2013, como segue:

RECURSO ESPECIAL. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. DISPENSA/INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EFETIVO DANO AO ERÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO, NA ESPÉCIE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA ESTE FIM.

1. A jurisprudência atual da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, estribada em decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, entende que, para fins da caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, é imprescindível a comprovação do dolo específico do agente em causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário, não sendo suficiente apenas o dolo de desobedecer as normas legais do procedimento licitatório. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.349.442, Rel. Min. Campos Marques. 2013).

Diante da mudança de opinião do STJ, pode-se concluir que o elemento subjetivo do crime é o dolo, como também, este é crime material, por depender da comprovação de dano ao erário, quando o agente público dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas nos artigos 24 e 25 da mesma lei, ou não atender as formalidades inerentes às contratações em voga.

Por derradeiro, os procedimentos inerentes à responsabilidade administrativa, civil e penal não serão discutidos, por não ser a responsabilização o objetivo central deste trabalho.

3.2.4 RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Seguindo a pesquisa a respeito da responsabilização do agente administrativo envolvido em ilícito, quando na contratação embasada no inciso IV, artigo 24, da Lei 8.666/93, dispensa de licitação emergencial, depara-se com a Lei de 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Como o objetivo do presente trabalho e conseqüentemente deste tópico não é analisar cada responsabilização, individual e pormenorizadamente, far-se-á uma análise privilegiada no tocante aos agentes administrativos, passíveis de punições por atos de improbidade.

Improbidade administrativa na visão de Andrade (2009, p. 236):

Ato de imoralidade qualificado pela lei que importa enriquecimento ilícito do agente, prejuízo ao erário e/ou violação dos princípios da administração pública, e que enseja, em processo judicial promovido pela pessoa jurídica lesada ou pelo ministério público, a aplicação das seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens, ressarcimento ao erário, perda de bens e valores acrescidos ilicitamente, multa civil e proibição de contratar com a administração pública ou dela receber benefício.

A Lei em questão será analisada partindo-se do conceito citado acima. Desta forma, será discutida a natureza jurídica, sujeitos ativos e passivos; as formas de improbidade e suas sanções.

A natureza jurídica da Lei 8.429/92 é civil, de acordo com o artigo 37, §4º da Constituição federal, *in verbis*:

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:
§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988).

Ao se analisar o parágrafo em tela, verifica-se que em sua parte final é estabelecido que haverá responsabilização por ato de improbidade, *sem prejuízo da ação penal cabível*. Ou seja, diante de tal previsão, fica claro que a lei em questão é de natureza civil.

A Lei de improbidade administrativa possui definição própria para os sujeitos ativos, artigo 2º:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL, 1992).

Como também para os sujeitos passivos:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (BRASIL, 1992).

Pode-se perceber que o conceito de agente público (sujeito ativo), e a quantidade de pessoas jurídicas (sujeitos passivos) segundo a Lei em voga, são bastante amplos, pois o legislador pretendeu abarcar todos que, de alguma forma, têm contato com a Administração Pública ou façam parte ou dependam dela para responsabilizá-los.

Nesse sentido, a referida Lei estabeleceu três situações que configuram atos de improbidade, são elas: atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; que causam prejuízo ao erário; e, que atentam contra os princípios da administração pública, artigos 9º, 10 e 11, respectivamente. Como também previu em seu artigo 12²⁴ as sanções para esses atos.

²⁴ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. [...]. (BRASIL, 1992).

Enriquecimento ilícito, de acordo com o artigo 9º²⁵ e seus incisos, pode ser entendido, segundo Andrade (2010, p. 75) como:

O enriquecimento ilícito decorre de um proveito ilegal, obtido pelo agente público ou por terceiro, não necessariamente decorre de um prejuízo experimentado pela Administração Pública, a exemplo do que ocorre no art. 9º, inciso IX, pressupondo-se, apenas, que o proveito obtido para a prática do ato ímprobo seja ilícito.

A sanção para esse ato é prevista pelo o artigo 12, inciso I:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; (...).(BRASIL, 1992).

Assim, será enriquecimento ilícito quando, em detrimento da ligação que o sujeito tem com a Administração Pública, esse receber algum proveito.

Por outro lado, o artigo 10²⁶ prevê o que vem a ser o ato de improbidade administrativa. Di Pietro (2005, p. 712), adverte que não se deve associar, exclusivamente, improbidade administrativa a atitudes desonestas, pois esta Lei regulamenta o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, ou seja, improbidade é qualquer lesão ao erário que ocasione perda de bens. Sendo assim, até mesmo a má administração, em que o agente não age com dolo, simplesmente esse agente é incompetente.

A fim de coibir esses atos, o artigo 12, inciso II:

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; (...). (BRASIL, 1992).

²⁵ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...). (BRASIL, A992).

²⁶ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]. (BRASIL, 1992).

Por derradeiro, referente aos atos de improbidade administrativa, o artigo 11²⁷ prevê como improbidade administrativa a violação dos princípios que regem a Administração Pública.

Ao se analisar o artigo em questão percebe-se que este é a última tentativa da Lei para enquadrar aquele agente administrativo que, mesmo sem lesar o erário ou ter auferido enriquecimento ilícito, agrediu o moral daqueles que compõe a Administração Pública.

Nesse sentido Bitencourt Neto (2005, p. 119) “o artigo 11 é norma de reserva: caso o ato não atente diretamente contra o disposto nos artigos 9º e 10, ofendido o art. 11, estará configurada improbidade administrativa”.

Como punição para atos que atentem contra os princípios que regem a Administração Pública, a Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 12, III, adverte que:

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. (BRASIL, 1992).

Como um dos objetivos centrais desta Lei é vedar o enriquecimento ilícito e preservar o erário, o artigo 12, parágrafo único, prevê, na fixação da pena base, que o juiz leve em consideração o dano causado aos cofres públicos e o proveito patrimonial do agente que cometeu o ilícito.²⁸

²⁷ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]. (BRASIL, 1992).

²⁸ Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (BRASIL, 1992).

3.3 CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Dada a responsabilização para os agentes públicos envolvidos em dispensa de licitação emergencial, a última análise feita para o presente trabalho acadêmico é sobre as punições impostas pelo TCU, aplicadas por atos ilegais de agentes públicos, cometidos quando na contratação por dispensa de licitação emergencial.

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 70 e 71, a competência do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

(...). (BRASIL, 1988).

Indo na mesma via, a Lei 8.666/93, em seu artigo 113, prevê a atuação dos Tribunais de Contas no controle das despesas públicas ligadas à licitação e contratos administrativos, o qual cita-se na íntegra:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. (BRASIL, 1993).

Ainda, sobre a regulamentação das atividades desse Tribunal, faz-se necessário citar a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, Lei Orgânica do TCU, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

Estabelecida a previsão legal da interferência dos Tribunais de Contas, inicialmente, é oportuno analisar-se a sua função.

Medauar (2009, p. 401), adverte que o Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo, sua função, como se observa pela análise do artigo 70 da CRFB, é de fiscalização da coisa pública. Esse auxílio ao poder legislativo, não pode ser interpretado como uma vinculação funcional, haja vista a independência que esses Tribunais têm em relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Uma prova dessa desvinculação é que seus membros têm as mesmas garantias dadas aos membros do Poder Judiciário, pois não seria possível a aplicação de uma punição qualquer por um agente sem as prerrogativas inerentes ao judiciário, como irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade.

Sobre o poder das decisões do TCU, o TRF 1ª Região já se manifestou a respeito: "o TCU só formalmente não é órgão do Poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgamento e têm, portanto, natureza prejudicial para o juízo não-especializado". (BRASIL, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. APELAÇÃO CIVIL. nº 89.01.23993-0/MG. Relator: JUIZ ADHEMAR MACIEL. 1992).

De acordo com o exposto, através do julgado em tela, percebe-se que, na esfera que compete ao Tribunal de Contas julgar, não há possibilidade de interferência do Judiciário. A única forma de atuação do Judiciário sobre as decisões do Tribunal de Contas é no tocante à legalidade de seus atos. É a mesma situação que ocorre entre o Poder Executivo e o Judiciário, somente será possível, a interferência, em situações que afrontem o ordenamento jurídico pátrio.

Sobre as punições aplicadas pelo TCU aos ilícitos cometidos no âmbito das licitações, segundo o artigo 19²⁹ da Lei Orgânica do TCU, o gestor será responsabilizado pelodébito encontrado em contas irregulares. Quando houver dano ao erário, esse gestor

²⁹ Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

Parágrafo único. Não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta Lei.(BRASIL, Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992).

poderá ser condenado em até cem por cento do valor do dano causado, como prevê o artigo 57.³⁰

Já o artigo 58, diz respeito à multa decorrente de atitudes vistas como mais gravosas, *in verbis*:

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário;

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;

V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;

VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

§ 1º Ficarà sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

§ 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

§ 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração. (BRASIL, Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992).

Por fim, quando os membros do TCU, por maioria absoluta, entenderem que a atitude do gestor fora muito grave, de acordo com o artigo 60, Lei Orgânica do TCU, “o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.” (BRASIL, Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992).

3.4 COMUNICAÇÃO ENTRE AS INSTÂNCIAS

A Lei 8.112/90, já mencionada anteriormente, faz referência à comunicação entre as instâncias, como se observa através da letra da mesma lei, em seus artigos 125 e 126:

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

³⁰ Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário. (BRASIL, Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992).

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria. (BRASIL, 1990).

A comunicação entre as instâncias administrativa e penal é prevista pelo artigo 126, citado a cima, o qual adverte que na absolvição no juízo criminal por ausência de comprovação de cometimento do delito, como também de autoria, não haverá responsabilização administrativa.

No mesmo sentido, os efeitos da sentença penal no juízo civil a regra é estampada pelo artigo 935 do Código civil: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.” (BRASIL, 2002).

Com fulcro nos artigos em citados, pode-se concluir que a comunicação entre essas três instâncias é relativa, pois a redação desses é clara ao vedar a responsabilização para os casos em que houver demonstrado que o acusado, através do processo penal, inexistente o crime ou quando não se consegue provar sua autoria.

Assim, quando houver comprovado a existência do fato ou da autoria, no juízo penal, o condenado será responsabilizado civilmente, pois o que importava para fins de reparação já fora possível com a condenação na esfera penal, nesse sentido o STJ já se pronunciou: “As jurisdições cível e criminal intercomunicam-se. A segunda repercute de modo absoluto na primeira, quando reconhece o fato ou a autoria. Nesse caso, a sentença condenatória criminal constitui título executório no cível”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 302.165, Rel. Min. José Delgado, 2001).

No mesmo sentido, referente às esferas administrativa e criminal, quando na absolvição na segunda, segue o entendimento do STJ:

STJ – 1ª T. – I 487: as esferas criminais e administrativas são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência do fato ou a autoria do crime. In casu, o impetrante foi absolvido na esfera criminal por insuficiência de provas, razão pela qual a sentença penal não tem repercussão na esfera administrativa. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 32.641-DF, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Benedito Gonçalves. 2011).

Sobre a absolvição na esfera penal e sua consequência nas esferas civil e administrativa, resta discutir a hipótese de absolvição por falta de provas. Nesses casos o juiz (esfera civil) e a autoridade competente (esfera administrativa), poderão condenar o réu, pois, para esses casos, as decisões não se comunicam. A única conclusão para o caso de absolvição

por falta de provas, é que para ocorrer uma condenação pelo mesmo fato, o juízo civil deverá avaliar novas provas trazidas à sua apreciação, pois não poderá julgar diferente do juiz criminal, baseado nas mesmas provas,(CAVALIERI FILHO, 2010, p. 545).

Nesse diapasão, segue o entendimento do STJ:

(...) a sentença criminal de absolvição por ausência de provas suficientes de autoria não vincula a esfera cível ou a administrativa, pois somente repercute nas outras esferas quando a instância penal é taxativa em declarar que o réu não foi o autor do crime ou que o fato não existiu. Isso é uma diferenciação estabelecida pela doutrina e jurisprudência com lastro no art. 935 do CC/2002 e no art. 66 do CPP. Anote-se que a revogada redação do inciso V do art. 386 do CPP englobava tanto a absolvição por prova da não autoria quanto a por ausência de provas suficientes a tal, o que foi modificado pela novel Lei n. 11.690/2008, que supriu a omissão legislativa e expressamente distinguiu as hipóteses. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 879.734 – 6ª T. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. 2010).

Diante do exposto, percebe-se que as instâncias são relativamente independentes, pois mesmo que sejam analisados outros pontos, para fins de responsabilização civil e administrativa, a esfera criminal poderá refletir em ambas, dependendo do motivo da absolvição. Pois, não há sentido em instalar-se um processo administrativo ou civil para casos em que não houve provada a existência do delito ou prova da autoria deste; por outro lado, quando houver condenação do réu, no juízo criminal, as outras instâncias estarão dispensadas de qualquer vínculo com este juízo, fazendo valer o estabelecido no artigo 125 da Lei 8.112/90, no qual é claro que as instâncias são independentes entre si.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho acadêmico foi atingido, qual seja, analisar os pressupostos e limites da contratação direta por dispensa de licitação emergencial insculpida no inciso IV, artigo 24, da Lei 8.666/93.

A primeira conclusão que se chegou foi no tocante à obrigatoriedade, por parte do agente público, de fazer tudo aquilo que a lei lhe autoriza, na administração da coisa pública. Assim, no que se refere à Lei de Licitações, mais especificamente, aos seus objetivos, o gestor deverá buscar a proposta mais vantajosa dentre as empresas aptas a contratar com a Administração Pública. A busca em questão visa garantir o cumprimento do princípio da igualdade no processo licitatório, previsto no inciso XXI, artigo 37 da Constituição Federal.

Diante de tal constatação, conclui-se, com base na melhor doutrina pátria, que licitação é: a contratação executada pela Administração Pública de obras ou serviços, mediante seleção da proposta mais vantajosa, dentre as empresas com capacidade técnica e sem impedimentos legais, após sequência lógica de atos.

A regra é a instalação do procedimento licitatório, pois este é capaz de cumprir as exigências citadas acima. Mas, como se percebeu, em alguns momentos não é possível a instalação de tal procedimento licitatório, autorizando assim, a Administração a contratar diretamente com o interessado.

Dentre as formas de contratação direta tem-se: licitação dispensada, a qual o legislador optou por proibir a licitação. Há divergências doutrinárias acerca da possibilidade de promover-se a licitação quando prevista dentre umas das hipóteses do artigo 17 da Lei 8.666/93, no entanto, ficou provado que a opinião majoritária é no sentido de que não há possibilidade de promover a licitação quando dispensada pelo artigo em questão.

Outra forma de contratação direta é a prevista no artigo 24 da Lei 8.666/93, chamada de licitação dispensável. Este artigo diz respeito às hipóteses que normalmente seriam contratadas mediante uma das modalidades de licitação, previstas por essa mesma Lei, mas, por circunstâncias especiais, justificadas pelo interesse público, a contratação será dispensável. Oportuno mencionar que o rol de trinta e três incisos do artigo 24 é taxativo, sendo assim, não há possibilidade de extensão dessas hipóteses.

Por fim, a última hipótese de contratação direta prevista pela Lei 8.666/93, em seu artigo 25, são os casos de inexigibilidade de licitação. Aqui o legislador previu que em

alguns momentos não será possível haver contratação mediante uma das modalidades de licitação, por impossibilidade de competição.

Diante do exposto, pode-se concluir que as contratações diretas são excepcionais, dada a obrigatoriedade do procedimento licitatório.

A segunda seção deste trabalho foi dedicada à análise das peculiaridades do inciso IV, artigo 24 da Lei 8.666/93, conhecida como contratação por dispensa de licitação emergencial.

A primeira constatação que se chegou foi quanto à origem da situação emergencial, pois está poderá ser previsível ou imprevisível. Diante de todo o exposto, concluiu-se que para fins de caracterização da dispensa de licitação em tela, independe da previsibilidade da emergência; assim, sempre que constatada uma situação emergencial a Administração deverá agir para sanar o problema. Após realizada a contratação, para fins de responsabilização do gestor competente, deverá ser verificado se a emergência se deu por inércia desse gestor ou por fatos alheios à sua vontade. O objetivo de autorizar-se uma contratação oriunda da desídia do gestor público é evitar que o erário seja lesado duas vezes para o mesmo caso concreto.

Estando autorizada a dispensa de licitação para situações emergenciais que independem da sua origem, passou-se a análise de quais objetos podem ser contratados.

Percebeu-se que os bens a serem adquiridos devem ter estreita ligação com resolução da emergência em questão. Sendo assim, não há qualquer possibilidade de ocorrer uma aquisição de bens que não sejam úteis para evitar mal maior.

Sobre as obras a serem contratadas por essa hipótese de dispensa de licitação, constatou-se que o prazo para a sua execução é de cento e oitenta dias, como previsto no inciso em voga. A doutrina pátria não é unânime a respeito da prorrogação do prazo em questão; inicialmente faz-se a diferenciação entre prorrogação e renovação de contratos administrativos. Em resumo, a diferença entre tais institutos reside no prazo para conclusão do contrato, assim, nos casos de renovação, a administração contrata uma empresa para executar um determinado serviço por um prazo de 12 meses, com base no artigo 57 da Lei de licitações, podendo esse contrato ser renovado com a mesma empresa; por outro lado, a prorrogação diz respeito a serviços que não sejam de natureza contínua, desta forma, estando concluído o serviço o vínculo se extingue, havendo prorrogação para conclusão desse serviço quando o prazo não for suficiente para conclusão da referida obra.

Diante do exposto, verificou-se que, inicialmente, está vedada a prorrogação dos contratos emergenciais, pois o próprio inciso ordena que as obras sejam parceladas e contratadas mediante dispensa de licitação, apenas, as parcelas que poderão ser concluídas no prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Como fora mencionado, há divergência acerca da prorrogação da contratação emergencial, mas, a opinião que parece ser a mais acertada sinaliza para a possibilidade de prorrogação por caso fortuito ou de força maior, mas que esses problemas não sejam capazes de gerar uma nova situação emergencial, pois se isso ocorrer, não haverá prorrogação e sim uma nova contratação por dispensa de licitação com fulcro no mesmo inciso.

As contratações emergenciais são justificadas pela impossibilidade de aguardar a instalação do procedimento licitatório, devido ao risco de dano irreparável que a Administração estará sujeita, caso não atue com agilidade na resolução do problema. Em decisão polêmica, o Tribunal de Contas da União, resolveu estabelecer um prazo para a assinatura do contrato, trinta dias a partir da ocorrência do fato.

Parece que a razão está com o TCU, pois não faz sentido contratar mediante dispensa de licitação, por exemplo, cem dias após a ocorrência da situação emergencial, justificando-se tal contratação como meio para evitar riscos irreparáveis decorrentes da demora na instalação do procedimento licitatório.

Diante de tais pressupostos, percebeu-se que a contratação está autorizada, sempre que houver o aparecimento do interesse público, inclusive quando a licitação não puder ser finalizada por entraves judiciais ou administrativos.

Feito o estudo acerca dos limites e pressupostos da dispensa de licitação em tela, verificou-se que há responsabilização para os envolvidos nessa contratação. Diante do cometimento de ilícitos no âmbito da dispensa de licitação emergencial, percebeu-se que o agente público poderá ser responsabilizado nas esferas: administrativa, civil e penal.

Na seara administrativa, respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, esse agente poderá perder o cargo, emprego, função ou mandato eletivo. Aqui a Administração Pública exerce a autotutela, ou seja, é o primeiro órgão fiscalizador de seus atos.

No tocante à responsabilidade civil, a qual fora retirada do Código Civil Brasileiro, baseado na premissa de que toda lesão deverá ser compensada, quando provada a sua culpa e o efetivo dano. Outra forma de responsabilidade civil, não prevista no referido

Código, é a Lei de Improbidade Administrativa, como base na análise desta Lei, percebeu-se que é mais um importante meio de controle dos agentes públicos, pois pune quem lesa o erário, quem enriquece ilicitamente e ainda quem fere os princípios da Administração Pública.

Por fim, na esfera criminal, mais especificamente no crime relacionado às irregularidades cometidas em contratação direta, prevista pelo artigo 89 da Lei de licitações. Sobre esse artigo pode-se concluir que o elemento subjetivo do crime é o dolo, como também, este é crime material, por depender da comprovação de dano ao erário, quando o agente público dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas nos artigos 24 e 25 da mesma lei, ou não atender as formalidades inerentes às contratações em voga.

Devido ao fato de esferas diferentes poderem responsabilizar o agente público pelo mesmo ato, foi necessário verificar-se o que uma decisão poderá refletir noutra. Assim, constatou-se que as instâncias são relativamente independentes, pois mesmo que sejam analisados outros pontos, para fins de responsabilização civil e administrativa, a esfera criminal poderá refletir em ambas. Pois, não há sentido em instalar-se um processo administrativo ou civil para casos em que não houve provada a existência do delito ou prova da autoria deste; por outro lado, quando houver condenação do réu, no juízo criminal, as outras instâncias estarão autorizadas a utilizar esta decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; Paulo Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 15 ed. São Paulo: Impetus, 2008. p. 464.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Dispensa de Licitação por emergência*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 maio. 2014.

_____. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. 2 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, paginação irregular.

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. *Direito Administrativo*. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 236.

_____; PAVIONE, Lucas dos Santos. *Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992*. Salvador: Ed. Podivm, 2010, p. 75.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 80, 103 e 518.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 119 e 145

BRASIL, Advocacia-Geral da União. Orientação Normativa AGU N° 17. A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos. Disponível em: <<rn:lex:br:advocacia.geral.uniao:orientacao.normativa:2009-04-01;17>>. Acesso em 01/04/2009.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto n. 7.257, de 4 de agosto de 2010. *Regulamenta a Medida Provisória no 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em 20/05/2014.

_____. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acessado em 28 maio de 2014.

_____. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em 28 maio de 2014.

_____. LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acessado em 28 maio de 2014.

_____. Lei Nº 8.443, DE 16 DE JULHO DE 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm>. Acessado em 28 maio de 2014.

_____. LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acessado em 28 maio de 2014.

_____. LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm>. Acessado em 28 maio de 2014.

_____, Lei n. 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/18666cons.htm. Acesso em: 20 de maio. 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Consulta. Consulta sobre o mecanismo da nota técnica como critério de desempate. Não admissível, por falta de amparo legal. Licitação - Consulta sobre o alcance das Decisões do TCU sobre as diversas esferas da administração pública. Obrigatoriedade de adoção. Conhecimento pela publicação oficial. Decisão n.153-1992, Plenário. Consulta formulada pelo Deputado Federal Luís Roberto Ponte. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Diário Oficial da União: 23 abril 1992 página: 5037. Disponível em < <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acessado em 20-05-2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Relatório de Levantamento de Auditoria. Carlos Ivan da Câmara Ferreira de Melo, quanto à falta de pesquisa de mercado, objetivando a elaboração do orçamento básico da Tomada de Preços nº 004/2002, à assinatura do Instrumento de

Confissão de Dívida. Acórdão nº 100/2003, Plenário. Partes: Codern e a Frota Oceânica e Amazônica S.A. Relator: Ministro Adylson Motta. Diário Oficial da União 08 out 2003. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acessado em 20/05/2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Recurso de reconsideração. Conhecimento. contratação direta de serviços de engenharia alheios ao objeto social da contratada. subcontratação de serviços sem previsão contratual. indícios de pagamentos sem a devida contrapartida por carência de identificação dos serviços prestados nos documentos usados na liquidação das despesas. não provimento. ciência aos recorrentes. arquivamento. Recurso de reconsideração. Acórdão n.º 1391/2012-Plenário, TC 005.848/2000-0. Impetrante: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais - Inpe/ MCT. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Diário Oficial da União: vide data do DOU na ATA 21 - Plenário, de 06/06/2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-108139&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313339312b4f522b4e554d52454c4143414f253341313339312532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031322b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303132253239&sort=DTRILEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=3>>. Acesso em 27 maio 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Auditoria. Cessão gratuita de bens imóveis. Contrato. Formalização inadequada. Inobservância do prazo de convocação para assinatura. Descumprimento da legislação na prorrogação do prazo de vigência. Dispensa de licitação sob alegação de emergência. Contratação de serviços de terceiros para execução de atividades inerentes ao serviço público. Decisão n. 397/96 – Plenário. Entidade: Universidade Federal do Espírito Santo-UFES, Vinculação: Ministério da Educação e do Desporto. Relator: Ministro Homero Santos. Publicado no Diário Oficial da União em: 23/07/1996, página: 13651. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acessado em 20/05/2014.

_____, Tribunal de Contas da União. *Súmula 252/2010*. A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado. <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acessado em 20/05/2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Representação formulada por servidor do TCU. Convênios e Contratos de repasse. Indícios de irregularidades. Inspeção. Instauração de tomada de contas especial e de processo administrativo. Revisão de prestações de contas. Determinações. Acórdão 0096/2008 Ata 02 - Plenário. Partes: Ministério do Turismo e pela Associação Matogrossense de Municípios - AMM. Relator: Benjamin Zymler. Diário Oficial da União, 01/02/2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-68473&texto=2b2532384e554d41434f5244414f25334139362b4f522b4e554d52454c4143414f25334139362532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030382b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303038253239&sort=DTRILEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=5&totalDocumentos=8>>. Acessado em : 27 maio. 2014.

_____. Tribunal de Contas da União. Item 2, subalíneas “a1” a “a4”, da parte dispositiva da Decisão no 347/1994 — Plenário. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Brasília, DF, 1o de junho de 1994 (data da sessão). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 20/05/2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Representação. Possível irregularidade em concorrência. Contratação de serviços de limpeza, conservação, higienização e dedetização. Desclassificação da proposta de menor preço sob a alegação de vício formal e inexequibilidade de preço. Audiências. Diligência. Razões de justificativa insatisfatórias. Desclassificação indevida. Ato antieconômico. Prejuízo. Multa. Repactuação dos preços contratados. Compensação dos valores indevidamente pagos em futuras faturas. Determinações. Ciência ao interessado. Juntada às contas. Acórdão 0460/2002 Ata 46 – Plenário. Parte: Academia da Força Aérea. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Diário Oficial da União, 08 jan. 2003. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-33967&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413436302b4f522b4e554d52454c4143414f2533413436302532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030322b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303032253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=6>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Representação. Contratações emergenciais para prestação de serviços de gestão de sistemas de informação realizadas em face de suposta morosidade da Administração. Audiências. Ausência de culpabilidade dos gestores. Acolhimento das razões justificativas. Improcedência das alegações do representante. Improcedência da representação. Arquivamento. Acórdão 3521/2010 Ata 23 - Segunda Câmara. Parte: Departamento Nacional De Produção Mineral - Dnpm. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Diário Oficial da União, 13 JUL. 2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-85214&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341333532312b4f522b4e554d52454c4143414f253341333532312532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031302b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303130253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=2>>. Acessado em : 27 maio. 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Auditoria. Prorrogação de contrato emergencial firmado mediante dispensa de licitação. Justificativas acolhidas. reajuste retroativo ao início da vigência do contrato. Ilegalidade, conversão dos autos em TCE. Acórdão 1889/2006 Ata 41 - Plenário. Parte: Furnas Centrais Elétricas S.A. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Diário Oficial da União, 16 out. 2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-60362&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313838392b4f522b4e554d52454c4143414f253341313838392532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030362b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303036253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO->>

LEGADO;ACORDAO-RELACAO-

LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=3 >. Acessado em : 27 maio. 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Subvenção Social. Decreto 93.872/86. Expressa previsão legal de aplicação em serviços essenciais de assistência social, médica e educacional. Irregularidades. Integral desvio dos recursos públicos federais. Citação. Rejeição das alegações de defesa. Revelia. Contas irregulares. Débito. Remessa de cópia dos autos ao Ministério Público Federal. Autorização para cobrança judicial da dívida, caso não atendida a notificação. Acórdão 1215/2004 Ata 16 - Primeira Câmara. Parte: Sociedade Educacional Santa Rita. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Diário Oficial da União, 27 maio 2004. Disponível em: <

<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-42478&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313231352b4f522b4e554d52454c4143414f253341313231352532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030342b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303034253239&sort=DTRERELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=3 >>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Irregularidades verificadas na prestação de contas. Citação. Rejeição das alegações de defesa. Cientificação. Elementos complementares de defesa insuficientes para elidir a irregularidade das contas, afastando, porém os indícios de locupletamento, malversação ou desvio de valores públicos. Contas irregulares. Multa ao responsável. Arquivamento do feito por economia processual. Acórdão 0524/1999 Ata 43 - Segunda Câmara. Parte: Prefeitura Municipal de Buriti Alegre GO. Relator: Ministro Valmir Campelo. Diário Oficial da União, 20 ago. 1999. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-101752&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413532342b4f522b4e554d52454c4143414f2533413532342532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341313939392b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334131393939253239&sort=DTRERELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=2 >>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Auditoria. Obras Emergenciais Para Contenção De Encostas Em Rodovia. Execução Em Período Sem Cobertura Contratual. Determinação. Arquivamento. Acórdão 1941/2007 Ata 39 - Plenário. Parte: Fiscobras. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Diário Oficial da União, 21 set. 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-66559&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313934312b4f522b4e554d52454c4143414f253341313934312532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030372b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303037253239&sort=DTRERELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=3 >>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Representação. Projeto de "remediação do lixão do roger". Indícios de irregularidades cometidas em procedimento licitatório. dispensa de licitação. antecipação de pagamentos. Conhecimento. procedência. Aplicação de multa do art. 58 da Lei Nº 8.443/1992 aos responsáveis. Interposição de pedidos de reexame por esses agentes. Conhecimento. ocorrência de circunstâncias materiais que configuraram situação emergencial. baixa materialidade dos pagamentos antecipados. Execução do objeto. Provimento. O limite de 180 dias para execução de serviços emergenciais, referido no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, pode ser ultrapassado se isso for indispensável para a preservação do bem protegido. Acórdão 2024/2008 Ata 37 - Plenário. Parte: Autarquia Especial Municipal de Limpeza Urbana de João Pessoa/PB - EMLUR. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Diário Oficial da União, 19 set. 2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-73470&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341323032342b4f522b4e554d52454c4143414f253341323032342532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030382b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303038253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=3>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Representação. Prorrogação do ato de efetivo exercício além do prazo máximo legal. Ilegalidade. Determinação. Decisão 0158/1998 Ata 14 - Primeira Câmara. Parte: TRT da 13ª Região. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Diário Oficial da União, 27 maio. 1998. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=DECISAO-LEGADO-15220&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413135382b4f522b4e554d52454c4143414f2533413135382532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341313939382b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334131393938253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=3&totalDocumentos=6>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Representação. [sem ementa]. Acórdão Nº 1644/2008 - Tcu - Plenário. Parte: Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Diário Oficial da União, 18 ago. 2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=ACORDAO-RELACAO-LEGADO-72660-27-2008-16442008&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341313634342b4f522b4e554d52454c4143414f253341313634342532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323030382b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303038253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=3&totalDocumentos=3>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Relatório. Relatório de acompanhamento. emprego dos recursos federais repassados para recuperação e reconstrução de pontes nos municípios do estado do rio de janeiro atingidos pela catástrofe climática de janeiro/2011. ausência de prejuízo. Irregularidades atenuadas ante a gravidade da situação. Determinações. Acórdão

3065/2012 Ata 47 - Plenário. Partes: Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Valmir Campelo. Diário Oficial da União, 14 nov. 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-111514&texto=2b2532384e554d41434f5244414f253341333036352b4f522b4e554d52454c4143414f253341333036352532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031322b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303132253239&sort=DTRERELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=3>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Tribunal de Contas da União. Auditoria. Área de licitação e contrato. Contratação de empresa apresentando débito fiscal e ação judicial. Descumprimento de vários dispositivos da Lei n 8.666/93. Dispensa e inexigibilidade de licitação. Pagamento sem cobertura contratual. Celebração de contrato antes de empenhada a despesa. Contrato de natureza não contínua com vigência superior à duração dos créditos. Decisão 0301/1997 Ata 37 - Segunda Câmara. Parte: MTPS. Relator: Ministro Lincoln Magalhães Da Rocha. Diário Oficial da União, 25 nov. 1997. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight?key=DECISAO-LEGADO-17700&texto=2b2532384e554d41434f5244414f2533413330312b4f522b4e554d52454c4143414f2533413330312532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341313939372b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334131393937253239&sort=DTRERELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=6>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público, Servidor Público Civil, Processo Administrativo Disciplinar ou Sindicância, Demissão ou Exoneração. Recurso em Mandado de segurança N. 2010/0138403-6, Primeira Turma. Partes: Jose Roberto Da Silva E Distrito Federal. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça, 08 nov. 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001384036&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Direito administrativo e outras matérias de Direito Público, Servidor Público Civil, Regime Estatutário, Reintegração. REsp nº 879734 / RS, Sexta Turma. Recorrente: Instituto Nacional De Colonização E Reforma Agrária – INCRA E Idenyr Silvestre Busata. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Diário Oficial da União, 05 out. 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200601836644&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público, Servidor Público Civil, Processo Administrativo Disciplinar ou Sindicância, Demissão ou Exoneração. RMS nº 24.559/PR, Quinta turma. Partes: Fernando Furlanetto e Estado do Paraná. Relator: Min. Napoleão

Nunes Maia Filho. Diário de Justiça, 01 fev. 2010. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701653771&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea#>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. nº 10.825/DF. Partes: Edson de Oliveira Santos e Ministro de Estado da Justiça. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Diário de Justiça, 12 jun. 2006. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=01182511520053000000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. Administrativo. Servidor público. Demissão. Mandado de Segurança. Nº 7.077 - DF (2000/0065859-6). Partes: Regina Dal'ava de Oliveira e Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social. Relator: Min. Edison Vidigal. Diário de Justiça, 11 jun. 2001. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=53680&num_registro=200000658596&data=20010611&formato=PDF>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Direito Penal, Crimes Previstos na Legislação Extravagante, Crimes da Lei de licitações. HC 153.097-DF, 5ª TURMA. Parte: Emanuel Cardoso Pereira e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Diário de Justiça 15 abril de 2010. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=02204922820093000000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Direito Penal, Crimes Previstos na Legislação Extravagante, Crimes da Lei de licitações. REsp nº 1283987 / TO, Sexta Turma (2011/0235821-4). Partes: Paschoal Baylon das Graças Pedreira e Ministério Público do Estado do Tocantins. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura.. Diário de Justiça 29 Mar de 2012. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201102358214&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Tribunal Federal da Quarta Região. Apelação Criminal. Penal. Dispensa ou inexistência de licitação. Ausência de oitiva administrativa. Artigo 89 da Lei 8.666/93. Parágrafo único. Tipicidade objetiva e subjetiva. Ausência de provas. Absolvição. Nº. 2000.72.00.001156-9, Oitava Turma. Partes: Ministério Público Federal e Victor Eduardo Gevaerd. Relator: Ministro Luiz Fernando Wolk Penteado. Diário de Justiça, 19 out. 2005.. Disponível em:
<http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=BtdH&hdnRefId=e7b33937c6c3f3974ad8cf9e9fed87a9&selForma=NU&txtValor=200072000011569&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmetuPesquisa=letras>. Acessado em : 27 maio 2014.

_____, Tribunal Regional Federal da Primeira Região. APELAÇÃO CIVIL. nº 89.01.23993-0/MG. Relator: JUIZ ADHEMAR MACIEL. Diário de Justiça da União, 15 set. 1992. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>>. Acessado em : 27 maio 2014. [sem ementa e partes].

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Art. 89 da Lei n. 8.666/93. Dispensa/inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Dolo específico de causar dano à administração pública e efetivo dano ao erário. Não comprovação, na espécie. Atipicidade material da conduta. Absolvição. Necessidade. Recurso especial provido, para este fim. REsp nº 1.349.442. Partes: Raimundo Nonato de Carvalho e Ministério Público do Estado do Piauí. Relator: Ministro Campos Marques. Diário de Justiça, 15 abril 2013. Disponível em: <<http://esaj.tjac.jus.br/cpo/pg/show.do?localPesquisa.cdLocal=9&processo.codigo=0900002SR0000&processo.foro=9>>. Acessado em : 27 maio 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed. rev. Amp. e atual. até a Lei nº 12.587, de 03.01.2012. São Paulo: Atlas S.A, 2012, p. 262 e 802.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. ed. 9. rev. e amp. São Paulo: Atlas s/a, 2010, 01, 35 e 545.

CITADINI, Antônio Roque, *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*. 2. ed. atual e amp. São Paulo: Mas limonad, 1997, p. 167.

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 237 e 316.

CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA – CONFEA. Dispõe sobre a conceituação de Projeto Básico em Consultoria de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Resolução n. 361/91, de 10 de dez. de 1991. Disponível em: <http://normativos.confea.org.br/ementas/lista_ementas.asp>. Acesso em 27 maio de 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José Dias. *Das licitações públicas*. 18. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2006, p. 232.

_____, José Dias. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 81.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 7 ed. Podium, 2009, p. 50.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61.

_____, *Dispensa por motivo de urgência. Jurídica Administração Municipal – JAM.* n.9, set. 1999, p.3.

DALVI, Luciano. *Manual de licitações e Contratos Administrativos.* Campo Grande: Contemplar, 2012, 176,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____, *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 20ª ed., 2007, p. 688.

_____, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 589.

BARROS, Airton Florentino de. *Ensaio de Cidadania I: Licitações.* São Paulo: GB – ministério público do Estado de São Paulo, 2005, 23.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação.* 5. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2009, p. 60, 326, 331, 339, 341, 480.

_____. *Vade Mécum de Licitações e Contratos.* 4. Ed. v. 8. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 409, 415, 427 e 444.

_____. *Lei nº 8.666/93: licitações e contratos e outras normas pertinentes: organização dos textos e índices.* 12. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 308.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito Administrativo.* 2 ed. rev. Amp. Belo Horizonte: Fórum. 2010, p. 442-443.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* 15 ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 229, 299, 561 e 582.

_____, Diogenes. *Crimes na licitação.* 2. Edição. São Paulo: NDJ, 2001, p. 94 e 98.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de responsabilidade civil.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 8 ed. ver. amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 441, 499, 665.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 238-242, 253, 259, 372.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. *Manual de Direito Administrativo: teoria, doutrina e jurisprudência.* 6 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Pág. 72.

LOPES DE TORRES, Ronny Charles. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (DOU 06.07.94)*. 3 ed. rev. Amp. e atual. Rio de Janeiro: Jus Podivum, 2010, p. 117-118 e 120.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6 ed. rev. Ampl. reform. E atual até 01/01/2012. Niterói: Impetus, 2012, p. 202.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 356.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13 ed. rev. E atual. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2009, p. 401.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Processo Administrativo nº 441802. Representado: Município de São Gonçalo de Abaeté. Segunda Câmara de Contas. Relator: Conselheiro Elmo Braz. Diário Oficial do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 24 maio 2010. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/MunicipioEmergencia/decisoes2.shtml>>. Acessado em: 27 maio 2014.

MEIREILLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33 ed. atual. São Paulo; Malheiros, 2007, p. 418 e 501.

_____, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo: De acordo com a Lei 8.666/93, de 21.6.1993, com todas as alterações posteriores*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 28, 43, 98 e 143.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos ; comentários à Lei n.º 8.666/93, com as alterações da Lei n.º 9.648/98, e análise das licitações e contratos na EC n.º 19/98, e análise das licitações e contratos na EC n.º 19/98 (Reforma Administrativa)*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 86.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos anotada – Notas e comentários à lei nº 8.666/93*. 8 ed. rev. Atual. e ampl. Curitiba: Zênite Editora, 2011, p. 26, 317, 325 e 338.

MODY, Bella; TSUI, LAI Si; MC CORMICK, Patrícia. *Privatizações em telecomunicações nos países da periferia*. Trad. De Márcio Valim. Michigan University, 1992, paginação irregular.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. rev. atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, paginação irregular.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2 ed. rev. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 37, 85, 104, 126, 128, 134, 173, 249, 251-253 e 255.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 892.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 145, 829-830.

_____; DOTTI, Marinês Restelatto. *Da responsabilidade dos agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação*. 1. ed. São Paulo: Editora NDJ, 2012, p. 127.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; Bottino, Marco Tulio. *Manual de licitações: lei 8.666 de 21 de junho de 1993*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 261, 310.

RIO GRANDE DO NORTE, Tribunal de Justiça. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA Nº 2006.004967-7. AÇÃO RESCISÓRIA Nº 2006.003329-6. Tribunal Pleno. Impetrante: Monteforte Vigilância Ltda e Impetrado: Município de Monte Alegre. Relator: Convocado Nilson Cavalcanti. Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte, 20 ago. de 2008.

Disponível em:

<https://www.diario.tjrn.jus.br/servidorarquivosDJ/pages/edicoes/2008/3tri/20080910/20080910_ADM.pdf>. Acessado em : 27 maio 2014.

ROESLER, Átila Da Rold. Dispensa e inexigibilidade de licitação: uma visão geral - Página 2/4. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1970, 22 nov. 2008, p. 1. Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/11996>>. Acesso em: 26 maio 2014.

BAZILLI, Roberto Ribeiro; MIRANDA, Sandra Julien. *LICITAÇÕES A LUZ DO DIREITO POSITIVO: Atual. conforme EC19 de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 75.

SANDROMI, Paulo. *Dicionário de Administração e Finanças*. São Paulo: Best Seller, 2000. p. 369.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2012, p. 526 e 534.

SARAIVA, Wellington Cabral. *Licitação dispensada e licitação dispensável*. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, v.10, n.11, p.546-550, nov. 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 105 e 161.

SERVÍDIO, Américo. *Dispensa de Licitação Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979, p. 72.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitações e contratos administrativos de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. 3 ed. Malheiros: São Paulo. 1994, p. 43.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 81.

TÁCITO, Caio. *A Moralidade Administrativa e a Nova Lei do Tribunal de Contas da União*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar; Fundação Getúlio Vargas, n. 190, p. 453, 1993.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Licitações: linhas gerais e aspectos destacados*. *Revista CEJ*, v. 2 n. 5. Maio/ago. 1999. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/153>>. Acesso em 20/05/2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60

ZÊNITE INFOMAÇÕES E CONSULTORIA. *Informativo licitações e contratos – ILC. Orientação Objetiva 648*. v. 53, JULHO, 1998. Disponível em: <<https://www.webzenite.com.br/documentoscliente/30351E21-A487-4933-A6B0-F6AEADBA5B8F>>. Acesso em 27 maio de 2014.

ZYMLER, Benjamin. *A competência do Tribunal de Contas da União no controle externo dos municípios*: *Revista Brasileira de Direito Municipal*, Belo Horizonte, v. 6, n. 18, p. 11-61, out./dez. 2005, p. 92.

BIBLIOGRAFIA RECOMENDADA

ALMEIDA, Leila Tinoco da Cunha Lima. Dispensa e inexigibilidade de licitação: casos mais utilizados. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/427>>. Acesso em: 29 maio 2014.

COSTA, Antônio França da. *Responsabilidade do agente público no processo licitatório*. 2007. 113 f. Monografia (Especialização em Direito Público) – Universidade Potiguar. Pró-Reitoria de Pós - Graduação. Universidade Potiguar, Natal, 2007.

GARCIA, Thais; ALVES, Maria Bernardete Martins; BEM, Roberta Moraes de. Mini curso normalização. Florianópolis, 2012. 122 slides, color. Acompanha texto. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/design/minicursonormalizacao.hpdf> >. Acesso em: 28 maio.2014.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito: atualizado de acordo com as últimas normas da ABNT*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA NETO, René da Fonseca e. *Do tratamento dado pela Lei nº 8.666/93 à contratação de empresa fornecedora de energia elétrica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2677, 30 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17732>>. Acesso em: 29 maio 2014.

FERNANDES, Leonardo Silva Lima. Apontamentos sobre a contratação emergencial à luz da Lei nº 8.666/93 e da jurisprudência do TCU. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3859, 24 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26459>>. Acesso em: 29 maio 2014.

ZIMMERMANN, Alan Cristiano. *Crimes na Licitação*. 2008. 90. f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2008.

NUNES, Sandro Luiz. Dispensar ou inexigir licitação indevidamente. Licitar Jurídico blog. [Sem data]. Disponível em: <<http://licitarjuridico.blogspot.com.br/2009/03/aspectos-destacados-do-artigo-89-da-lei.html>>. Acesso em: 29 maio. 2014.