



**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO
DO RIO GRANDE DO NORTE – FARN
CURSO DE DIREITO**

VANESSA PADILHA CARICIO LAMBERT

**CONTRATAÇÃO DIREITA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DE
UMA SITUAÇÃO EMERGENCIAL OU CALAMITOSA**

**NATAL – RN
2011**

VANESSA PADILHA CAIRIO LAMBERT

**CONTRATAÇÃO DIREITA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DE
UMA SITUAÇÃO EMERGENCIAL OU CALAMITOSA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de **Bacharel em
Direito** da Faculdade Natalense para o
Desenvolvimento do Rio Grande do Norte –
FARN.

Orientador: Professor e Mestre em Direito
Constitucional Paulo Renato Guedes Bezerra

**NATAL – RN
2011**

**Catálogo na Publicação – Biblioteca da FARN
Setor de Processos Técnicos**

Lambert, Vanessa Padilha Cairio

Contratação direta pela Administração Pública em face de uma situação
emergencial ou calamitosa. / Vanessa Padilha Caricio Lambert. – Natal,
2011.

60f.

Orientador: Paulo Renato Guedes Bezerra (Dr.)

Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Natalense para o
Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Administração – Monografia. 2. Licitação – Monografia. 3. Punição –
Monografia. I. Título.

RN/FARN/BC

CDU 34

BIBLIOTECA UNI-RN

34:35 L222c - RB: 37614 (M002157)

Título: Contratação direta pela administração ...

Autoria: Lambert, Vanessa Padilha Caricio
2011, ex. 1

VANESSA PADILHA CARICIO LAMBERT

**CONTRATAÇÃO DIREITA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DE
UMA SITUAÇÃO EMERGENCIAL OU CALAMITOSA**

Monografia apresentada como requisito necessário para a obtenção do título de Bacharel em
Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

Monografia aprovada em : ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Paulo Renato Guedes Bezerra
Orientador

Professor Mestre Ronaldo Alencar dos Santos
Examinador Titular

Professora Petrucia da Costa Paiva Souto
Examinadora Titular

**Dedico este trabalho a minha mãe Adriana, ao meu
tio Ricardo e a minha avó Lêda.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço por este trabalho, primeiramente, a Deus que me guiou e me fez fazer as escolhas certas.

Agradeço ao meu orientador Prof. Paulo Renato Guedes Bezerra pela sua paciência e dedicação.

Agradeço também ao Capitão Laurinaldo Felix Nascimento que me disponibilizou materiais importantes e contribuiu com ideias surpreendentes.

Agradeço, ainda, aos meus pais, a minha avó e ao meu tio que me ajudaram de maneiras diversas e nunca me deixaram desistir.

Agradeço por último, aos meus amigos e professores que colaboraram de alguma forma para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

Avalia-se as contratações diretas feitas pela Administração Pública em situação de emergência ou de calamidade pública, visando tão-somente atender o interesse público. Hipóteses consideradas excepcionais, pela norma suprema, para comprar bens e contratar prestação de serviços. Devendo o caso concreto atender os requisitos impostos pela lei e jurisprudência e seguir um procedimento especial. Avaliação elaborada pelo método exploratório. Constata-se que versa sobre situações desastrosas, na qual o poder público objetiva dar maior celeridade às contratações com o fulcro de sanar, evitar ou diminuir a intensidade da ocorrência de prejuízos à população afetada que compromete a segurança o local. Porém, frequentemente, o agente público pratica atos ilícitos para atender interesse particular ou fabricam a situação emergencial pela inércia na sua atuação. Para tentar inibir esses atos a legislação e jurisprudência tipificam diversas condutas passíveis de punição que podem ser apuradas nas searas administrativa, civil e penal. Para evitar o desvio de finalidade da norma, deve os poderes fiscalizadores atuar de maneira mais severa, punindo tais atos e tentar reprimir futuros atos ilícitos. Como também, a sociedade ter uma participação mais atuante e fiscalizar os atos dos administradores.

Palavras-chave: Administração. Pública. Licitação. Dispensável. Emergência. Calamidade. Requisitos. Procedimento. Atos. Ilícitos. Punição. Fiscalizar.

ABSTRACT

**HIRING THE RIGHT SIDE OF PUBLIC ADMINISTRATION IN AN EMERGENCY
SITUATION OR CALAMITOUS**

It is estimated the direct hires made by the Public Administration during an emergency or public calamity, in order to merely serve the public interest. Assumptions are considered exceptional by the supreme law, to buy property and contract services. The case must meet the requirements imposed by law and jurisprudence and follow a special procedure. Appreciation prepared by exploratory method. There are deals with disaster situations, in which the government aims to give greater speed the hiring with the fulcrum of remedy, avoid or lessen the intensity of occurrence of damage to the affected population that compromises the security location. But often, the public official tort practice to obey particular interest or manufacture the emergency situation by inertia in their work. To try to inhibit these actions typify the various legislation and case law punishable conduct that can be investigated in the scope administrative, civil and criminal matters. To avoid misuse under the norm, supervisory powers should act more severe, punishing such acts and try to curb future illegal acts. As well, the society take a more active and oversee the actions of administrators.

Keywords: Administration. Public. Bidding. Dispensable. Emergency. Calamity. Requirements. Procedure. Acts. Unlawful. Punishment. Inspect.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS.....	11
2.1 Fundamentos Constitucionais.....	11
2.2 Princípios Constitucionais Norteadores à Licitação Pública.....	14
2.3 Aspectos de Constitucionalidade.....	16
3 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DE UMA LICITAÇÃO DISPENSÁVEL EM CASO DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA.....	18
3.1 Conceitos Operacionais.....	18
3.1.1 Licitação Pública.....	17
3.1.2 Dispensa e Inexigibilidade.....	19
3.1.3 Emergência e Calamidade Pública.....	21
3.2 Princípios Funcionais na Dispensa Licitatória.....	23
3.3 Aspectos do art. 24, IV da Lei nº 8.666/93.....	27
3.4 Limites Estipulados.....	29
3.5 Requisitos de Validade para Contratação.....	31
4 PROCEDIMENTO ATUAL DAS CONTRATAÇÕES FEITAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM LICITAÇÃO.....	34
4.1 Da Decretação do Estado Emergencial ou Calamitoso.....	34
4.2 Instrução Processual.....	35
4.3 Da Justificativa de Preços e Concorrente.....	36
4.4 Da Ratificação e Publicação pela Autoridade Superior.....	38
4.5 Procedimento Fiscalizatório.....	40
5 OS CRIMES PRATICADOS PELA DISPENSA INDEVIDA.....	43
5.1 Aspectos Gerais e Objetividade.....	43
5.2 Tipos Objetivo e Subjetivo.....	45
5.2.1 Artigo 89 da Lei de Licitação.....	45
5.2.2 Artigo 10, VII da lei de Improbidade Administrativa.....	46
5.3 Sujeitos Ativo e Passivo.....	47
5.3.1 Artigo 89 da Lei de Licitação.....	47
5.3.2 Artigo 10, VII da lei de Improbidade Administrativa.....	49

5.4 Sanção.....	50
5.4.1 Artigo 10, VII da Lei de Improbidade Administrativa.....	50
5.4.2 Artigo 89 da Lei de Licitação	51
6 CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	58

ANEXO I

ANEXO II

ANEXO III

1 INTRODUÇÃO

Este presente trabalho tem o objetivo de analisar a temática referente às licitações dispensáveis em situação de emergência e calamidade pública, com ênfase nos métodos normalmente utilizados pela Administração Pública Direta ou Indireta ao realizar contratações no referido contexto. Dessa forma, versará sobre os aspectos legais e da jurisprudência, além da posição doutrinária acerca do tema.

Percebe-se uma subjetividade entre a norma analisada e o mundo real, cuja visão se deu por uma pesquisa na forma qualitativa, sem previsão de estatísticas e do método exploratório, para se ter maior aproximação com a temática e torná-la explícita.

No decorrer do estudo verifica-se que essas situações são frequentes em todo território brasileiro, em razão de desastres¹ provocados pelo homem ou por força da natureza, surgindo à necessidade de contratar serviços ou adquirir produtos com maior urgência, dependendo de um procedimento mais célere e eficaz que o processo licitatório comum, devido aos problemas enfrentados pela população atingida.

Para se ter uma idéia da importância da contratação feita pela Administração Pública sem licitar, nos casos mencionados, faz-se mister tratar da licitação propriamente dita, a qual tem o escopo de firmar contratos através de um procedimento com normas estabelecidas em lei e nos seus respectivos editais ou convites, que irá convocar empresas interessadas a fornecer os serviços ou produtos solicitados, proporcionando-lhes tratamento igualitário. Deve, ainda, convocar o maior número de empresas, para se ter uma ampla concorrência e assim, escolher o licitante que garanta maior vantagem à Administração.

Como bem explicita o art. 37, XXI, da Constituição Federal, a Administração Pública terá que contratar mediante procedimento licitatório, ressalvados os casos específicos em lei, ou seja, via de regra, as contratações seguem tal procedimento, excetuando-se apenas quando autorizados por lei.

Assim, tem-se uma análise minuciosa desse tipo de procedimento que é extremamente importante para a sociedade, visto que se trata de casos excepcionais, necessitando de maior

¹ Decreto Federal nº 5.376/05, Art. 3º-Para fins deste Decreto, considera-se:

II - desastre: o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;

III - **situação de emergência**: o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando danos superáveis pela comunidade afetada;

IV - **estado de calamidade pública**: o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes.

cautela para se evitar atos arbitrários e ilícitos por parte dos agentes públicos. Além disso, ainda há o fato da contratação ter de ser feita com pouca disponibilidade de tempo, devido à situação estar diante de extrema urgência e da necessidade de uma prestação rápida e eficaz, em virtude dos riscos que possam afetar a saúde, a vida e aos bens. Portanto, é importante que os agentes públicos para contratar uma empresa sem licitar utilizar-se de muito bom senso, em virtude da circunstância delicada, a qual enfrenta a população afetada.

Essa ocorrência posta em exame abrange a todo território nacional, pelo fato que tem como alvo qualquer fração da população brasileira que venha a ser atingida por um desastre que gere a decretação de situação de emergência ou calamidade pública. Sendo comum à sociedade brasileira.

Acerca do tema constata-se uma problemática quanto à atuação do agente público, pela prática de atos ilícitos que ferem os princípios administrativos, desvirtuando a finalidade do ato e que causa dano ao erário; bem como a sua inércia que gera uma emergência fabricada. Nesses casos ainda é possível a contratação sem realização prévia do certame, visto que o interesse público ainda deve ser atendido. Porém, caberá a pessoa jurídica prejudicada e ao Ministério Público ajuizarem ações para apurar a responsabilidade do agente público e de terceiro que se beneficiou do ato.

Para abordar todos esses aspectos segue-se um procedimento de pesquisa bibliográfica que se encontram vários estudos publicados em livros, artigos, jurisprudência. E essa seleção bibliográfica acontece em caráter de obras que tracem uma análise crítica a respeito do assunto, cujos autores dividem-se entre aqueles que nos dá uma análise geral do tema, como Maria Sylvia Z. di Pietro, Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio B. de Mello; como também aquele grupo especialista em licitação dispensável, como Marçal Justen Filho, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, entre outros.

Assim, resumidamente, o primeiro capítulo do trabalho aborda os fundamentos constitucionais e principiológicos que serviram como base para a elaboração da norma específica. Já o capítulo seguinte versa sobre o tema explicando os conceitos de cada item, os aspectos do artigo referente às hipóteses excepcionais, os limites e requisitos impostos por lei e jurisprudência. Dando continuidade, o terceiro capítulo explora detalhadamente o procedimento a ser seguido nos casos de contratação direta em face de situação emergencial ou calamitosa, bem como a fiscalização que é exercida sobre a atuação do poder público. E por último, o quarto capítulo aborda as possibilidades de responsabilizar o agente quando este concorre a prática de ilícitos tipificados na Lei de Licitação e Lei de Improbidade Administrativa.

2 PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

2.1 Fundamentos Constitucionais

O constitucionalismo é um movimento social, político, ideológico que tem como finalidade desenvolver as normas fundamentais de um Estado, as quais ficaram no topo de seu ordenamento jurídico. Assim, com o aparecimento de um Estado-nação no século XVI, a partir da concepção que temos hoje, ele possui uma estrutura com a presença de três elementos (poder, território e povo). Nesse contexto, surge a necessidade de elaboração de normas fundamentais para que em determinado território exerça sobre uma população definida seu poder de soberania, um poder supremo no âmbito interno e independente nas relações internacionais.

Com a ampliação da ideia de racionalização e humanização que surge conjuntamente com o Estado é exigida uma declaração de direitos. Assim é desenvolvido o constitucionalismo escrito, com a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), a Constituição dos Estados Unidos (1787) e suas emendas que posteriormente foram aprovadas e ratificadas.

Dando continuidade à história do constitucionalismo escrito, veio em 1848 a Declaração de Direito da Constituição Francesa, com previsões dos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade.

Em 1919, houve a elaboração da Constituição de Weimar, a qual serviu de base para a formação de várias outras constituições de outros Estados. Sua importância se deu por elevar à categoria de princípios constitucionais garantidos pelo Estado os direitos sociais.

Essa evolução do constitucionalismo deu margens ao surgimento do Estado Democrático de Direito, uma verdadeira conquista humanitária, por afastar o Estado autoritário, dando maiores garantias à população, a partir da difusão de normas democráticas.

A concretização do constitucionalismo moderno se dá com a elaboração de uma Constituição. E como observado na história, a Constituição é um diploma normativo máximo de todo o ordenamento jurídico, é nela que deverá ser buscado amparo para a edição de leis

que compõem o regimento jurídico², bem como por todos que agem valendo-se da autoridade do Estado, exercendo suas atividades³.

A Constituição da República Federativa do Brasil encontra-se no vértice do Direito Constitucional, o qual é um ramo do direito, fundamental para a organização e funcionamento do Estado brasileiro. Ele estabelece o alicerce estrutural, os poderes que compõem o Estado, bem como determina o modo de obtenção e limites, previsão de direitos e garantias fundamentais concedidos aos cidadãos, em um aspecto geral norteia a situação da população frente ao Estado quanto aos direitos e deveres de ambos.

O Direito Constitucional relaciona-se intimamente com o Direito Administrativo, pois ambos os ramos operacionalizam acerca do Estado. Esses ramos divergem-se pelo fato que o primeiro opera quanto à estrutura estatal e pela instituição política do governo, ao passo que o Direito Administrativo é responsável pela organização interna da Administração Pública, das suas funções e da operacionalização dos seus serviços, com finalidade de satisfazer o que lhe é atribuído constitucionalmente.

Para Hely Lopes de Meirelles (2011, p. 40) o Direito Administrativo “sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.” E quanto as leis concernentes ao Direito Administrativo, estas se encontram fragmentadas pelo ordenamento jurídico, cuja norma norteadora é disposta na Constituição Federal.

Um dos deveres impostos à Administração Pública é prestar serviços e realizar obras suficientes que atendam ao interesse público. Porém, o poder público não dispõe de toda essa eficiência para que sozinho consiga a atender as necessidades da população. É através das relações com particulares, celebrando contratos, que é firmada a complementação para acatar as necessidades da sociedade. Esses contratos são compactuados, em regra, mediante convocação prévia de licitação, procedimento pelo qual o Estado chama os interessados a firmarem contratos consigo, para lhes prestarem serviços ou fornecerem bens, escolhendo o concorrente que lhe oferecer a melhor proposta.

Na Constituição Federal encontra-se o ápice das normas acerca das licitações; em seu art. 37, XXI, cujo texto menciona as diretrizes de suas normas fundamentais, bem como regras,

² Segundo Inocência M. Coelho, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo (2009, p. 02) “considera-se norma fundamental [...] aquela norma que, pelo fato mesmo situar-se na base do ordenamento jurídico, há de ser *pressuposta*, visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade, a qual, se existisse e tivesse competência para editá-la, só disporia dessa prerrogativa em razão de uma outra norma de hierarquia ainda mais elevada, e assim sucessivamente; aquela norma, enfim, cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão.”

³ O conceito de Constituição nunca foi uníssono, mas, neste trabalho, se adotará a ideia de Constituição como instrumento que traduz validade ao ordenamento jurídico.

princípios, seu dispositivo forma uma sistemática que carece uma análise especial. Incidência que requer obediência pela Administração Direta, autarquias e fundações, como também para as sociedades de economia mista e as empresas públicas sujeitas ao regime enunciado no art. 173, § 1º, III, CF.

É também na Constituição que é estabelecido a competência de legislar e editar normas gerais acerca das licitações públicas, a qual pertence à União privativamente. Porém, os Estados, Municípios e Distrito Federal poderão legislar mediante competência concorrente para produzirem normas específicas, as quais não são consideradas como gerais e que sejam pertinentes a cada um de seu território.

Para a Administração Pública são concedidos algumas prerrogativas, especialmente no que concerne à celebração de contrato. Entretanto, o constituinte preocupou-se em garantir a contraprestação por parte da Administração, mediante a exigência de pagamento para aquele que lhe prestasse serviço ou fornecesse bens, visando que se assim não fosse, o particular não teria interesse em firmar tais contratos. A superioridade do poder público não atinge a equação econômica e financeira do contrato, importante ressaltar.

Diante das normas referentes à licitação, a Constituição traz a possibilidade de não seguir, em casos excepcionais, o procedimento licitatório. Possibilidade amparada no inciso XXI do art. 37 da CF, o qual aduz que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...)”. Dessa forma, há um conflito de valores: de um lado a obrigatoriedade em licitar previamente para acatar as necessidades concernentes ao poder público e de outro os valores importantes para atender o interesse público e operacionalizar sem o procedimento prévio da licitação pública.

Assim, cabe ao legislador analisar esse conflito sob a mira da obrigatoriedade de seguir o certame e ponderar os valores em questão para se chegar as hipóteses realmente necessárias à sua dispensa. Dispensa essa causada pelo fato de não ser razoável esperar o certame em virtude do prejuízo ou gravame ocasionado pela situação excepcional, conforme se exporá adiante.

O legislador cria casos admissíveis de dispensar a licitação pública, formulando enunciados abstratos e genéricos, que reclamam a interpretação dos agentes administrativos e jurídicos. Esta interpretação pode ocasionar duas possibilidades e frente à hipótese de dispensa de licitação, sendo possível interpretação extensiva ou restritiva, o agente deve optar pela segunda, harmonizando a situação ao programa constitucional e evitando configurar

desvio de poder legislativo. Ou seja, quando houver dúvida se dispensar ou não a licitação, deve-se interpretar conforme a regra, em caráter de sua exigibilidade.

No geral o legislador verifica os casos que possibilitem autorizar a dispensa e, por sua vez, o agente administrativo é quem verdadeiramente dispensa, procedendo à subsunção dos casos concretos à hipótese prescrita na norma. Dispondo de certa discricionariedade o agente não pode acarretar prejuízo ao interesse público, devendo suas condutas, essencialmente, tomarem como norte os preceitos constitucionais.

2.2 Princípios Constitucionais Norteadores à Licitação Pública

Os princípios deram suporte para a elaboração da Constituição e de todo o ordenamento jurídico, comportando-se como base até a atualidade, dando um sentido que deverão ser seguidos para a aplicabilidade das regras e normas. Ou seja, traduzem o significado da Constituição, sendo considerados e aplicados conforme os valores da sociedade. São gerais e abstratos, não sendo circunscritos para apenas uma hipótese, como também não são encontrados isoladamente; acham-se em conexão uns com os outros.

Os princípios são fundamentais para a orientação da aplicabilidade e estruturação do ordenamento jurídico. São postulados que auxiliam e dão coerência ao sistema, sendo superiores às normas e às regras. Em um aspecto geral, eles trabalham na interpretação das regras e suprem as lacunas legais. Não é possível validar ato que os contrarie.

Segundo Roque Antônio Carrazza (1999, p.33), os princípios formam “um conjunto bem estruturado de disposições que, interligando-se por coordenação e subordinação, ocupam, cada qual, um lugar próprio no ordenamento jurídico.” Complementando esse entendimento, podemos dizer que este arcabouço jurídico serve para ajudar na compreensão, definir a lógica e a racionalidade do sistema jurídico, dando-lhe sentido harmônico.

Um dos princípios mais relevantes é o da isonomia, pelo fato que este princípio é mencionado diversas vezes no ordenamento jurídico e ser norteador para todo o ordenamento jurídico, bem como para outros princípios. A norma constitucional concernente a este princípio é o dispositivo do *caput* do art. 5º da Constituição Federal⁴, o qual alega que todos

⁴ Constituição Federal, “Art. 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, nos termos seguintes: (...)”.

serão tratados de maneira igualitária perante a lei. Para Celso Antônio (1998, p. 09) “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.”

Para melhor compreender o significado do princípio de isonomia é importante entender o conceito de igualdade e desigualdade, porque em alguns casos será necessário tratar com igualdade os iguais e em outros com desigualdade os desiguais, notória afirmação de Aristóteles. Sabe-se que entre duas pessoas existem diferenças, como por exemplo, entre duas mulheres que são iguais quanto ao sexo, poderão ser diferentes quanto as suas respectivas riquezas. O princípio da isonomia deve ser analisado conforme o caso, atendendo as suas necessidades peculiares. Como por exemplo, em um concurso que estabelece a inscrição apenas de candidatas mulheres pode não ferir a isonomia porque se disputa um cargo em penitenciária feminina.

É nesse aspecto que surge a necessidade de que a Administração Pública deve aplicar um procedimento que tenha como resultado tratar de modo igualitário àqueles que tenham interesse em compactuar contratos com o poder público. Por isso que a licitação pública é um procedimento obrigatório imposto pela Constituição, com o objetivo primordial de preservar e satisfazer o interesse público.

Como a celebração de um contrato para com a Administração Pública implica ao licitante benefício econômico, assim, decorre a necessidade de que todos os interessados a este benefício sejam igualmente tratados. Tratamento que é posto em prática pelo procedimento licitatório. Então a obrigatoriedade de aplicabilidade do certame decorre do princípio em tela, o qual reflete fortemente neste procedimento.

Todavia, em casos excepcionais há a possibilidade de dispensar ou inexigir a licitação em face de ser o procedimento que melhor atenderá o interesse público vigente. Diante disso, a contratação feita pela Administração Pública que anteriormente não se tenha procedido a uma licitação, prejudica a aplicabilidade do princípio da isonomia. Porém, deve ser ponderado o princípio e jamais afastado. Em virtude de que os atos exercidos pelo agente público deverão objetivar a supremacia do interesse público.

Sendo assim, a obrigatoriedade, a dispensa e a inexigibilidade de licitação deverão ser apreciadas de acordo com o caso concreto, levando-se em conta a orientação jurisprudencial adequada e verificando-se quando se faz necessário aplicar o procedimento licitatório.

Nota-se a partir disso que há a possibilidade de um princípio ser enfraquecido em detrimento de outros princípios. Apesar disso, o ato será sempre com ampla justificativa

estribada na razoabilidade, sistematizado e compor um conjunto que se integra, para que harmonicamente sejam seguidos os preceitos legais.

Segundo Marçal Justen Filho (2005, p. 229):

Inexistindo licitação o panorama se altera. [...] É óbvio que o princípio da isonomia, por sua supremacia constitucional, não poderia deixar de ser aplicado. Logo, a contratação direta não é modalidade de atividade administrativa imune à incidência do princípio da isonomia. Passa-se, tão-somente, que o princípio da isonomia tem de ser compatibilizado com as peculiaridades da contratação direta.

Outro princípio amparado pela norma constitucional que delineia os fundamentos da licitação pública é o da competitividade. Na Carta Magna é determinado que a Administração Pública para realizar suas atividades com o particular deve solicitar o maior número de concorrentes e somente poderá impor critérios de exigências acerca de qualificação técnica e econômica quando forem indispensáveis para o atendimento do interesse público.

De tal modo, para a celebração de um contrato em que uma das partes é a Administração Pública, requer-se, a partir do princípio da competitividade, uma participação do maior número de interessados sem impor critérios de qualificação técnica e econômica. Mesmo que os critérios exigidos sejam mais interessantes ao poder público eles não poderão ser impostos, visto que para ser compatível com a Constituição faz-se mister que sejam indispensáveis e essenciais para atendimento do interesse público.

Para tentar acatar esta imposição normativa a licitação pública demonstra ser a maneira mais viável. Cujas intencões do princípio é também uma das funções do certame, a convocação do maior número possível de interessados. Mesmo tratando-se de uma dispensa licitatória, não pode o agente público restringir a convocação dos interessados sem que seja indispensável para acolher o interesse público.

2.3 Aspectos de Constitucionalidade

A intenção constitucional é de garantir através do procedimento licitatório um tratamento igualitário a todos que interessem participar da concorrência para celebrar contratos com a Administração Pública. O fato é que este procedimento torna-se obrigatório para todos os

contratos a serem celebrados com os entes já mencionados. No entanto, há casos excepcionais que para o devido firmamento desses contratos não acontecerá previamente o certame. Arcabouço esse que se apresenta como norma programática, a qual deverá ser seguida sob pena de ser declarada a inconstitucionalidade do fato ou regra que posterior venha a ser exercido ou elaborado.

Assim sendo, diante dessa excepcionalidade, o legislador não criou a possibilidade de dispensa ou inexigibilidade com liberdade absoluta. Em resumo, Joel de Menezes (2011, p. 121) defende que “somente nesses casos, plenamente justificáveis, para proteger o interesse público, é que o legislador tem a liberdade de criar hipóteses de dispensa”.

Então, conclui-se que não está a livre arbítrio do legislador criar hipóteses que dispensem a licitação, pelo fato que o certame é uma exigência constitucional, não podendo ser criadas com excesso ou desvio de poder. Caso a hipótese não seja compatível, pertinente e razoável com os preceitos constitucionais, ela poderá ser declarada inconstitucional.

Além dessa excepcionalidade quanto à limitação imposta ao legislador, há de se considerar que ela é da mesma maneira imposta ao agente administrativo que realizar atividades administrativas. Para esses agentes deverá ser a norma interpretada como obrigatoriedade ao seguimento do procedimento licitatório, exceto que sua realização impute ao interesse público sacrifício ou lesão.

Outro aspecto de constitucionalidade refere-se ao princípio da competitividade. Como já dito no item anterior (1.2), a Administração Pública não deve impor exigências para a escolha do contratado entre os interessados, exceto que tal exigência seja referente à qualificação técnica e econômica indispensáveis ao atendimento do interesse público. Caso seja essencial reivindicar determinado interessado é preciso que seja devidamente demonstrada a necessidade de fazer determinada exigência através de documentos e tudo que for pertinente.

O que efetivamente fugir deste preceito sairá das linhas constitucionais. Da mesma maneira será imposta à contratação direta, visto que não se poderá excluir qualquer interessado em celebrar esse contrato pelo fato de impor exigências que não foram prevista na constituição, como aquelas referentes a qualificação econômica ou técnica.

Quanto à dispensa da licitação pública a mera inconveniência não é motivo justificável de realizar uma contratação direta. A lei exige justificativa mais forte, como a proteção do interesse público, a gravidade da situação excepcional fora dos padrões razoáveis, compactuando requisitos e limites exigidos por lei que serão estudos detalhadamente no próximo capítulo. A dispensa guarda liame com interesse público, com escopo de protegê-lo, agindo de maneira diversa às práticas inconstitucionais.

Em síntese, Joel de Menezes (2011, p. 133) resume a função dos preceitos constitucionais acerca da licitação pública ao dizer que “se o legislador, diante de qualquer inconveniência, pudesse dispensar a licitação pública, poderia fazê-lo para quase todos os casos que quisesse, sem quaisquer estribos. Isso implica subversão da máxima constitucional [...]”. Assim, em razão de limitar a atuação do poder público, para que este não deixe de atender tão-somente o interesse público é que a norma suprema impõe essas regras, para que leis inferiores não venham a ferir os preceitos constitucionais.

3 DISCERNIMENTOS BÁSICOS PARA UMA LICITAÇÃO DISPENSÁVEL EM CASO DE EMERGÊNCIA E DE CALAMIDADE PÚBLICA

3.1 Conceitos Operacionais

3.1.1 Licitação Pública

A Administração Pública carece da necessidade de negociar com particulares, para que possa acolher os fins do Estado, contratando serviços ou adquirindo bens. Nestas negociações, o poder público goza de algumas prerrogativas amparadas no ordenamento jurídico, visando atender o interesse público, do qual não poderá dispor.

Contrariamente ocorre na efetivação de uma relação particular, sob a qual prevalecerá o interesse particular. No entanto, a Administração Pública encontrará uma série de limites, para que possa atuar de modo impessoal e equânime, cujas contratações incidem benefícios econômicos a terceiros, sendo imprescindíveis atender a certas formalidades. Para se chegar a uma contratação, previamente deverá a Administração proceder uma licitação pública, a qual contém normas estabelecidas em lei.

Para que os interessados em pactuar contratos com a Administração Pública sejam tratados de forma igualitária, faz-se mister que todos tomem ciência das intenções desta, bem como dos objetivos, condições e documentações necessários à efetivação da contratação, passando por um procedimento regido por lei específica que ainda terá outras fases para que eles sejam convocados, para que os atos praticados pela Administração sejam publicados, e

ainda que seja verificado a documentação trazida por eles e comparadas as propostas expostas⁵.

Segundo Joel de Menezes Niebuhr (2011, p.33) “a licitação pública é levada a cabo para assegurar em celebrar o contrato administrativo sejam tratados com igualdade, prestigiando o fundamental princípio da isonomia”. Ou seja, a licitação é o meio de escolher o particular e a proposta mais vantajosa que lhe é exposta (objetivo imediato), com a finalidade de atender o interesse público (objetivo mediato). Então, entende-se que a licitação pública é um procedimento prévio fixado como princípio básico, que deverá ser seguido por toda a Administração Pública Direta ou Indireta.

Entretanto, muitos agentes se utilizam do procedimento licitatório e acabam por celebrar contratos desvantajosos para a Administração. Por isso que muito se debate sobre esse procedimento; pelo seu insucesso, que não está vinculado a sua formalização e sim aos atos praticados por seus operadores.

3.1.2 Dispensa e Inexigibilidade

Malgrado o procedimento licitatório seja obrigatório, há casos ou situações que para ser finalizado um contrato com a Administração Pública não é obrigatório ou se torna inviável a realização prévia desse procedimento, realizando uma contratação direta⁶, entendimento amparado na Constituição Federal em seu art. 37, XXI⁷.

O certame é afastado nos casos de inexigibilidade ou de dispensa (dispensada ou dispensável). Enquanto a inexigibilidade se dá pela inviabilidade de competição, situação decorrente de se existir apenas um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades; a dispensa advém do possível comprometimento do interesse público caso fosse seguido todo o procedimento licitatório.

⁵ Segundo Adilson Abreu Dallari (2003, p. 45) “ Em regra, todos os contratos celebrados pela Administração Pública deve ser precedidos de licitação, porque a Administração Pública não pode nem privilegiar, nem prejudicar quem quer que seja, mas deve oferecer iguais oportunidades a todos de contratar com ela. Essa é a regra.”

⁶ Senado Federal. Tribunal de Contas da União. Licitação e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª ed – atualizada e ampliada. 2010, p. 577 – “Contratação direta é aquela realizada sem licitação, em situações excepcionais, expressamente previstas em lei.”

⁷ Constituição Federal, “Art. 37, 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.”

Além disso, há outra distinção quanto à inexigibilidade e dispensa de licitação. Diante da necessidade ao se aplicar a dispensa não pode ampliar o rol trazido nos artigos 17 e 24 da Lei nº 8.666/93⁸. E, quanto à inexigibilidade, que é esboçada no art. 25⁹ da mesma lei, trata-se de um rol exemplificativo.

Em meio das possibilidades de dispensa da licitação há as hipóteses em que ela deve ser dispensada ou pode ser dispensável, cada uma apresentando suas marcas determinantes de aplicação e aspecto jurídico. A distinção entre esses dois mecanismos é que a primeira escapa da discricionariedade do agente público, pelo fato que suas possibilidades são determinadas por lei. E a licitação dispensável é consequência de situações excepcionais, pelo fato que a demora do procedimento possa afetar o atendimento ao interesse público, por se necessitar de prestação de serviços ou realizações de obras em caráter de urgência, tentando-se agilizar a contratação.

Jacoby Fernandes (2007, p. 217) ainda consegue enxergar outra ótica de distinção quanto aos sujeitos, visto que versando sobre licitação dispensada, a Administração atua como sujeito ativo das relações pelo fato que é ela quem promove a alienação dos seus bens, no interesse de ceder parte de seu patrimônio prestando serviços ou vendendo bens. No entanto, nas situações de licitação dispensável, a Administração agirá de maneira oposta, estando ela como compradora de bens ou tomadora de serviços (informação escrita).

Resumidamente Joel de Menezes (2011, p. 208) conceitua:

Dispensada significa que a licitação pública já foi efetivamente afastada pelo legislador, em virtude do que a competência do agente administrativo é vinculada, cabendo-lhe, diante de uma das figuras contratuais enunciadas, apenas reconhecer a dispensa. [...] Já o *dispensável* denota que a dispensa ainda não foi ultimada, dependendo da avaliação do agente administrativo, que, diante de uma das hipóteses prescritas nos incisos do artigo 24, deve analisar se a licitação pública realmente produz ou não gravame ao interesse público, retratando competência discricionária. [...] O agente administrativo somente deve optar pela dispensa de licitação pública nas situações em que o interesse público concretamente sujeita-se a risco de sacrifício ou gravame de monta.

Portanto, diante da obrigatoriedade de proceder com o certame, encontram-se duas possibilidades em que a Administração Pública pode proceder a uma contratação direta,

⁸ Vide Anexo I

⁹ Vide Anexo I

através de casos de inexigibilidade ou de dispensa, esta subdivide-se em dispensável e dispensada.

Apesar das categorias que possibilitam a contratação direta, o agente não está livre para fazer contratações que não atendam o interesse público, não podendo desviar a finalidade¹⁰, devendo ser respeitado o procedimento exigido, atendido aos princípios que norteiam a atividade administrativa, visto que a inexigibilidade ou a dispensa licitatória não afastam os princípios administrativos.

3.1.3 Emergência e Calamidade Pública

Acerca da dispensa licitatória, cumpre-se destacar uma de suas possibilidades, a qual é trazida no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93¹¹. Tratam-se de situações de emergência ou de calamidade pública. É no Decreto nº 7.257, de quatro de agosto de 2010, que encontramos as definições dessas situações:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

[...]

II - desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;

III - situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;

O dispositivo legal em análise aborda duas situações que podem dispensar a licitação: a emergência ou a calamidade pública. Uma situação de calamidade pública é também um caso

¹⁰ Segundo Hely Lopes de Meirelles (2011, p. 115), “o desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal.”

¹¹ Lei nº 8.666, “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;”

de emergência, mas uma emergência não gera necessariamente uma calamidade pública. Aquela é uma situação isolada, atingindo parte da sociedade. A falta de medicamentos em um hospital caracteriza-a.

Para melhor se entender a situação de emergência imagina-se que ela decorre de certa imprevisibilidade e que exista potencial risco de atingir a saúde, a segurança e a economia das pessoas ou de bens situados na região atingida pelo desastre, os quais requerem urgência de atendimento por parte do poder público. Lembrando que essa imprevisibilidade não deve decorrer da inércia do agente. Quanto à situação de calamidade pública entende-se que ela é mais devastadora e agressiva, impossibilitando um critério subjetivo ou discricionário, podendo ser ensejada a sua declaração por enchentes, secas prolongadas, vendavais, entre outros desastres naturais.

Logo, a calamidade pública é uma emergência propagada, é uma situação de intenso perigo e anormal, provocada por ações naturais desastrosas como enchentes, secas prolongadas, e outros fenômenos que afetem profundamente à segurança das pessoas e bens. Decretada tal situação, não se autoriza a dispensa de qualquer contratação, apenas aquelas correlacionadas para se amenizar os riscos que a ocasião possa trazer.

Portanto, é corriqueiro que essas situações aconteçam nos estados, municípios e até no país. É importante entender a necessidade da contratação direta, como ocorreu na pandemia provocada pelo vírus da H1N1, na qual a população brasileira encontrava-se em perigo e a contaminação se estendia. Por isso, era de imediata necessidade que se adotasse uma medida com a finalidade de cessar a expansão do vírus. Dessa forma, o Ministério da Saúde comprou a vacinação através de uma contratação direta visando amenizar o risco à saúde das pessoas, adquirindo urgentemente o medicamento¹².

¹² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. AC-1457-21/11-P. Sessão: 01/06/11 Grupo: I Classe: V Relator: Ministro JOSÉ JORGE – Fiscalização - [Auditoria de Conformidade para acompanhamento das Ações de Combate à Gripe H1N1, com o objetivo de avaliar os processos de compras relacionados às aquisições de vacinas, reagentes e outros insumos, destinadas ao enfrentamento à Gripe A (H1N1), em cumprimento ao Acórdão 634/2010 - Plenário. Impropriedade identificada: contratações diretas motivadas por falta de planejamento]. [VOTO]

15. Passando ao tópico relativo a contratações diretas motivadas por falta de planejamento, vejo que o Ministério da Saúde foi instado a apresentar justificativas em face de dois procedimentos de dispensa de licitação conduzidos para aquisição dos mesmos itens com intervalo de 4 meses.

16. Quanto ao primeiro certame, destinado à aquisição de insumos para biologia molecular e material para coleta e processamento de amostras, a 4ª Secex prontamente identificou que se tratava de caso de licitação dispensável, em face do estabelecido na Lei de Licitações. Contudo, em relação ao segundo procedimento, destinado apenas à aquisição de aquisição de kits de biologia molecular, item também contemplado na primeira compra do Ministério, questionou-se o planejamento daquele órgão, haja vista que a segunda aquisição se deu apenas 4 meses após a primeira.

17. Nesse particular, informações trazidas aos autos pelo Ministério não elidem o problema identificado, pois, muito embora o quadro de pandemia possuísse uma característica muito dinâmica, as contratações emergenciais se destinam a dar condições à administração para se programar e para poder realizar, em um período de 180 dias, procedimentos necessários para a aquisição dos insumos que ainda sejam necessários mediante regular certame licitatório.

Conforme analisado, estar-se-á diante de hipóteses que tornaram possível a dispensa da licitação, em decorrência de uma necessidade imediata em atender o interesse público, tentando conferir maior celeridade na contratação feita pela Administração Pública.

3.2 Princípios Funcionais na Dispensa Licitatória

Como já explicado no item 1.2, os princípios tem como serventia de constituírem uma base para a criação das leis, como também auxiliar na interpretação delas de modo que o ordenamento jurídico seja posto em prática harmoniosamente. São encontrados em toda a pirâmide jurídica, não se limitando apenas aos mencionados na Constituição Federal. Portanto, há princípios constitucionais, legais e infralegais. Bem como há aqueles que são explícitos, sendo citados nos textos e os que são implícitos, os quais o texto faz referência que precisam ser desvendados.

Assim, nos certames licitatórios também encontramos princípios específicos do tema. Dessa forma, toda licitação pública será processada e julgada conforme os princípios gerais e os específicos, buscando o exato sentido da norma, afastando-se de atos que não se harmonizem com seu escopo.

Os casos que dispensam ou inexistem o procedimento licitatório não foram aleatoriamente escolhidos pelo legislador, senão ofenderiam os princípios constitucionais. Para que esses casos não contrariem os preceitos normativos a licitação deverá ser demonstrada desnecessária ou impossível.

Então, mesmo diante de uma contratação direta não está o administrador afastado da obrigatoriedade de atender os princípios administrativos. Nesse sentido Marçal Justen Filho (2005, p. 231) nos afirma que “o campo da contratação direta não está excluído da incidência dos princípios norteadores da atividade administrativa do Estado.” De tal modo, nestes casos possuem características peculiares que os tornam harmônicos com os princípios, valendo-se da interpretação à luz dos postulados que lhe são estabelecidos.

18. Assim, como foi realizada nova aquisição emergencial aproximadamente 120 dias após a primeira, ficou evidenciada a falha de planejamento. Contudo, como a situação em apreço era, como dito anteriormente, singular e dinâmica, bem como que não há quaisquer evidências que denotem práticas ilícitas pela administração, não vejo necessidade na expedição do alerta suscitado pela unidade instrutiva.

[ACÓRDÃO]

9.1. alertar o Ministério da Saúde quanto ao descumprimento do art. 15, inciso V e §7º, da Lei 8.666/1993, em virtude de falhas na fundamentação de quantitativos dos materiais solicitados nos processos de dispensa 1714/2009, 1193/2009 e 1977/2009.

A base de aplicabilidade dos princípios na licitação é expressamente encontrada na Constituição Federal no *caput* do art. 37¹³ e especificamente no art. 3º da Lei de Licitação o qual dispõe:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Grifo nosso).

Ao mencionar o princípio da legalidade, o legislador impõe que o agente administrativo só procederá de forma lícita seguindo precisamente as determinações taxadas em lei. Ao contrário de pessoa de direito privado que tem liberdade para fazer tudo o que a lei não proíbe; para o administrador público carece certa especialidade, tendo em vista que ele só agirá conforme lei que autorize explicitamente ou implicitamente seus atos.

Dessa forma, ele estará vinculado ao dispositivo legal. Como sabemos que a regra é seguir ao procedimento licitatório, o agente poderá pactuar contratação direta diante de autorização legal. Como ocorre quando ocasionado certa situação emergencial ou calamitosa em virtude de um desastre que permite ao agente atuar com finalidade de amenizar os riscos causados à população, porém escoltado pelo regimento jurídico.

Quanto ao princípio da impessoalidade tentou o legislador induzir ao não favoritismo nas contratações, bem como a não perseguição, a não discriminação, fatores que podem influenciar a atuação da Administração, com finalidade de que os concorrentes sejam abordados com impessoalidade. Deve, ainda, o ato ser imputado ao órgão ou entidade que pertence o servidor que o praticou ou o expediu e não ao agente público, o qual atuará de modo impessoal e imparcial, não em seu próprio nome, pois ele apenas expressa formalmente a vontade da Administração.

Consequentemente, a Administração Pública não pode agir por interesse de um grupo político, particulares ou privados, pois o interesse público não pertence à determinada categoria, mas sim à coletividade.

¹³ Constituição Federal, "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."

Resumidamente acerca do princípio da impessoalidade, Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 115) traz o entendimento que “as licitações públicas e os contratos administrativos não podem se pautar por interesse de cunho pessoal, para beneficiar apadrinhados ou para satisfazer a reclamações estranhas ao sentimento da coletividade.”

O terceiro princípio geral administrativo mencionado na Constituição é o da moralidade, o qual tem aplicação ilimitada na dispensa ou inexigibilidade da licitação. Este princípio não só diz respeito ao agente como também ao contratado, ambos devem agir com sinceridade e honestidade, conforme padrões ético-jurídicos.

Então, para haver conformidade entre os atos administrativos e a moralidade, o agente se comportará em consonância com a lei sem ofender a moral, os bons costumes, os princípios de justiça e equidade, evitando o gestor público de se apropriar dos recursos e bens da coletividade em favor de intentos torpes ou corruptos. E, ainda, frise-se agir sem desviar a finalidade que lhe cabe para atender o interesse público.

Tal princípio está intimamente ligado com o princípio da probidade administrativa. Através dele deverá o agente agir na qualidade de honradez, integridade de caráter, honesto, zelando pela integridade dos bens e serviços postos sob sua responsabilidade. Para Hely Lopes (2011, p. 291) “a probidade administrativa é dever de todo administrador público, [...] é mandamento constitucional, que pode conduzir a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.” Neste diapasão, ímprobo é o agente que se afasta do seu dever público de integridade e honestidade para com o poder público, tendo como elemento a má-fé e causando prejuízo ao erário público, bem como se beneficiando do ato por enriquecer ilícitamente.

A obrigação de demonstrar a honestidade deriva do princípio da publicidade, o qual terá tratamento diferenciado quanto a sua aplicabilidade nos casos de contratação direta, pelo fato da diferença no procedimento. Porém, o seu objetivo em garantir a transparência das ações administrativas para que todas as normas sejam cumpridas, obrigatoriamente, terá que acontecer.

Esse princípio alega que os atos administrativos devem ter divulgação oficial, ressalvados casos que comprometam a segurança do Estado ou que envolvam casos de direito à privacidade. Decorre aqui a ideia de que os atos tomados em nome do Estado são públicos, abertos, de fato a imposição a sua publicação maior dificuldade à prática de ações ilícitas.

No que se refere à diferença da aplicabilidade deste princípio em casos excepcionais em que não se procede previamente à licitação é pela obrigatoriedade em comunicar à autoridade superior a dispensa ou a inexigibilidade, a qual terá um prazo para ratificar e publicar o ato.

Uma vez feita esta publicação não será necessária uma nova publicação da minuta do contrato. Segundo Joel Menezes Niebuhr (2011, p. 117):

Nas hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação pública, o princípio da publicidade é enfraquecido. Todavia, ele produz efeitos, com o escopo de legitimar as contratações que se realizarem por essa via, vedando que os atos praticados nos respectivos processos sejam sigilosos, bem como exigindo que, na maior parte dos casos, o ato de dispensa e de inexigibilidade seja publicado na imprensa oficial.

Outro princípio que exige obediência na prática do ato em contratar diretamente é o da eficiência, o qual diz que o agente administrativo não deverá atender só a legalidade e a moralidade, terá também que buscar resultados favoráveis à população, a plena satisfação do interesse público e que o ato seja exercido com presteza, perfeição e rendimento funcional. Ou seja, exige resultados positivos e satisfatórios para a população. Assim, diante de um desastre a Administração Pública terá que agir de forma rápida e eficaz¹⁴.

Além disso, terá o contratante que aplicar o princípio da razoabilidade entre os meios utilizados (a dispensa) e os fins que se quer alcançar (atingir o interesse público). Tenta-se aqui proibir o excesso, evitar atitudes desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, que possam lesionar os direitos constitucionais. Significa dizer que a Administração diante de um critério discricionário ela deverá agir razoavelmente para fazer suas devidas contratações e compatibilizar os meios e os fins.

Uma corrente doutrinária mais recente indica que deverá a Administração Pública buscar em suas contratações o alcance do interesse público com menor dispêndio possível dos recursos da coletividade, trata-se do princípio da economicidade. Sabemos que será difícil a celebração de um contrato realizado com urgência ser fiel ao preço mais barato, em virtude da necessidade de uma maior agilidade na prestação de serviços ou compra de bens. Já que o poder público não dispõe de muito tempo para “pesquisar” os preços. Porém, diante das possibilidades tentará o agente uma melhor atuação entre custos *versus* benefício.

Ainda, é obrigatório seguir os formalismos impostos pela lei. Em princípio, se houver defeito ou desconformidade com a prática processual, o processo administrativo será prejudicado. Nos casos de dispensa da licitação o procedimento deverá ser a risca de acordo com o art. 26 da Lei nº 8.666/93, escutando as formalidades que ali contém. O erro na forma

¹⁴ Para Adilson Abreu Dallari (2003, p. 35) “Não basta ao administrador demonstrar que agiu bem, em estrita conformidade com a lei; sem se divorciar da legalidade (que não se confunde com a estrita legalidade), cabe a ele evidenciar que caminhou no sentido da obtenção dos melhores resultados.”

tem caráter eminentemente instrumental, visto que a falha na formalidade poderá atingir o interesse público. Para evitar o prejuízo, o legislador prevê que, quando não for atendido o formalismo o agente pode enquadrar-se-á no crime previsto no art. 89 da lei de licitação, análise minuciosa que será feita no capítulo IV.

Diante do regime jurídico vigente, um Estado de Direito, se impera adaptado às normas jurídicas; o agente público não agirá em conformidade com sua vontade, suas ambições e intenções. Para o exercício de uma boa administração, em casos específicos os agentes devem explicar, com amparo legal, suas decisões. Isso constitui a obrigação de motivar¹⁵. E o ato que não tivera sido motivado, quando o devia ser, torna-se irregular.

Na motivação deve conter as causas e os elementos que determinaram a prática do ato. Resumidamente, Hely Lopes (2011. p, 103) entende que “pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática.”

Em conformidade com o princípio da motivação encontramos o art. 26 da Lei de Licitação, cujo dispositivo traz que “devidamente justificado” serão os casos de dispensa de licitação, impondo que as autoridades responsáveis por tal ato deverão expor suas decisões, traçando os pressupostos de fato e de direito de uma maneira clara, objetiva e congruente. Nestes casos, a motivação deverá ser corretamente trabalhada

Por último e mais importantes deverão os agentes públicos, necessariamente, ao realizarem as contratações, atenderem a supremacia do interesse público e sua indisponibilidade. Entendemos que o interesse público não pode ser disponível no ato administrativo, pois não pertence ao agente, nem lhe cabe renunciá-lo; é de sua finalidade atender o interesse da coletividade. Além disso, é dada a prevalência do interesse público sobre o particular.

Destarte, a lei deverá ser interpretada da melhor maneira que entre em conformidade com o interesse público. É nessa linha de raciocínio que ocorre a dispensa da licitação, visto que tolerar a espera do procedimento licitatório poderá causar gravames e prejuízos ao interesse público, sendo razoável contratar diretamente para evitar maiores danos à coletividade.

3.3 Aspectos do art. 24, IV da Lei nº 8.666/93

¹⁵ Vide Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...] IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;”

Como já estudado os fundamentos constitucionais que conduziram a adoção da licitação pública, os conceitos que dela decorrem, os princípios que os cercam, como também uma análise das possibilidades em que o poder público contrata o particular de modo direto. Agora faz-se a interpretação minuciosa do inciso IV do art. 24 da Lei de Licitação, cujo dispositivo aduz:

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;

Na primeira parte do inciso, percebe a referência a uma situação anômala, de caráter excepcional. Fato que se torna necessário uma contratação rápida por parte da Administração, para se evitar potenciais riscos que possam causar à região atingida pelo desastre, que tornou a situação emergencial ou calamitosa. Bem como, faz-se necessário que a situação seja assim decretada pelo poder público.

A “urgência de atendimento” mencionada no inciso passou a ser entendida pela jurisprudência como requisito a ser preenchido. Essa urgência caracteriza-se como uma necessidade imediata, para que sejam prestados serviços à sociedade atingida pelo desastre. Dessa forma, não é qualquer necessidade que configura a urgência no atendimento; o legislador só autoriza a contratação direta para os bens ou serviços que precisem ser imediatamente fornecidos à população, visto que a espera na entrega ou prestação destes, ocasionaria maior prejuízo, pondo a região em maior risco.

Na continuidade da interpretação do inciso, é notório que o risco causado pela situação emergencial ou calamitosa possa comprometer ou causarem prejuízo “a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares”.

Outra menção abordada pelo artigo é quanto à necessidade de que os bens a serem adquiridos e os serviços a serem prestados devem corresponder à situação emergencial ou calamitosa. Ou seja, a contratação direta visa apenas atender tão-somente interesse público

imediatos. Os demais terão que ser providenciados pela Administração conforme o devido procedimento licitatório. Segundo Joel Menezes Niebuhr (2011, p. 32): “impõem-se as limitações para preservar incólume o interesse público, evitando que agentes administrativos ou terceiros se locupletem às custas da coletividade”.

E resumidamente, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 549), faz a interpretação do art. 24, IV, da Lei de Licitação ao dizer que a dispensa se faz “quando urgente o atendimento de situação que possa causar prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços ou bens [...]”.

Por último, a lei faz uma limitação temporal, estipulando prazo razoável para o cumprimento do contrato. Na intenção de limitar as contratações excepcionais e fazer com que a Administração se organize e opere conforme a obrigatoriedade, seguindo previamente pela licitação pública.

Ademais, todo o dispositivo minuciosamente estudado aborda limites e requisitos que devem ser acatados, os quais serão estudados com maiores detalhes no decorrer deste estudo.

3.4 Limites Estipulados

Inicialmente, para realizar contratações diretas, deve o poder público decretar a situação de emergência ou calamidade pública. Após o reconhecimento da situação excepcional e por estar diante de um ato discricionário do agente administrativo faz-se mister analisar a conveniência e oportunidade da contratação direta. Limitando-se o agente a dispensar a licitação com justificativa razoável. Não é pelo reconhecimento da situação anômala que o agente necessariamente terá que operar de modo a dispensar a licitação. O legislador tão-só autoriza a possibilidade de dispensá-la e não sua obrigatoriedade. Não são atos livres e arbitrários, devendo ser tomadas as melhores medidas para que atendam o interesse público.

A situação acarretará imprescindível urgência na celebração do contrato. Possivelmente, ocasionará prejuízos à saúde, segurança, obras e bens, em aspecto geral provocando um risco ao local atingido pelo desastre que, através da contratação direta, poderá ser evitado ou amenizado.

Sendo assim, vale ressaltar que o objeto do contrato é a título provisório, devendo atender apenas as necessidades imediatas, causadas pela situação emergencial ou calamitosa, não podendo o administrador se valer da situação para transcender o objeto do contrato e

ultrapassar o limite de apenas afastar o risco detectado. Destarte, deverá haver correlação entre o objeto pretendido e o interesse público a ser atendido, sob pena de incidir o administrador em crime por dispensar a licitação de forma ilícita.

A alteração do contrato só poderá ocorrer se preservar a integridade do objeto licitado. Deste modo, no caso de uma situação de emergência ou calamidade pública o objeto do contrato só poderá ser alterado se não descaracterizar o requisito que guarde pertinência com a urgência de atendimento.

Seguindo essa linha de raciocínio Joel de Menezes Niebuhr (2011, P. 251) exemplifica:

Por exemplo, suponha-se que a 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 aquisição de novos medicamentos. Nessa contratação é lícito adquirir somente a quantidade prevista para tratar de 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 epidemia, sem que caiba adquirir produtos diversos.

O dispositivo legal também faz a ressalva quanto à diferença na contratação da aquisição de bens e na prestação de serviços. Então, é no sentido de limitar a contratação para o afastamento do risco que a última parte do inciso IV do art. 24 traz um aspecto temporal, para a aquisição de bens, esta deve ser de pronta entrega ou com pequeno espaço de tempo e para a contratação de prestação de serviços estes devem se protrair no tempo por 180 dias consecutivos e ininterruptos, vedando a sua prorrogação. O impedimento da prorrogação se deu pelo fato que o legislador pressupõe que o prazo estipulado é suficiente para atender a urgência e que após disso houve tempo suficiente para a Administração se organizar e fazer contratações através do processo de licitação.

Porém, há casos que fogem a essa regra. Na oportunidade que causou o desastre e, durante o tempo exigido em lei, o fato que provocou a decretação do estado de emergência ou de calamidade pública se estendeu no tempo, acontecendo de forma contínua. Dessa forma, outra aquisição é devidamente justificada, mesmo que o novo contrato seja firmado com a mesma pessoa física ou jurídica. Como no exemplo em um município que um dilúvio provocou enchentes e, por um longo período, essas chuvas não pararam e continuaram provocando risco à população de modo que agravou a situação, possibilitando estender o

período de 180 dias, devido ao interesse público não cessar, havendo a necessidade de celebrar mais contratos para tentar evitar maiores prejuízos.

Além disso, há o argumento que a lei trata de vedar a prorrogação e não a celebração de um novo contrato idêntico ao anterior, contendo as mesmas condições e respeitando todas as formalidades exigidas por lei. No entanto, em casos excepcionais esse limite temporário poderá ser ultrapassado, conforme veremos mais adiante, hipóteses que dependerão das circunstâncias causadas pelo desastre.

Ainda, o Tribunal de Contas da União segue o entendimento recente de que deve ser limitado prazo para assinatura do contrato em 30 dias, a contar da ocorrência da situação de emergência ou de calamidade pública. De modo que se a Administração Pública deixar decorrer o prazo estabelecido para assinar um contrato, facilmente se concluirá que a situação não necessitava de urgência na contratação.

Parte da doutrina questiona a estipulação de tal prazo, pelo fato da complexidade de uma consolidação de contrato, podendo ela demorar ou ser feita de mediato. Além do pressuposto que essa estipulação foi feita de maneira aleatória, não se justificando a exatidão do tempo, podendo ser maior ou menor. Vale ainda ressaltar que compete ao legislativo elaborar normas gerais acerca do tema, encartado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

3.5 Requisitos de Validade para Contratação

Os requisitos que algumas vezes já foram mencionados a sua existência foram, ao longo do tempo, uniformizados pela jurisprudência, tendo como fonte base a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União nº 347/1994. São eles:

- a) que seja decretada a situação de emergência ou calamidade pública, em hipóteses que se enquadrem devidamente com o inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93
- b) que seja necessário adotar medidas urgentes e imediatas, sob pena de ocasionar prejuízos maiores a população atingida pela situação;
- c) a compactação de um risco que se mostra iminente e potencialmente gravoso, bem como sendo necessário que a contratação direta seja o meio mais adequado para afastar o risco detectado;

- d) o respeito ao objeto do contrato, em termos qualitativo e quantitativo, só adquirindo o que for estritamente indispensável para o atendimento da situação emergencial ou calamitosa
- e) por último, que seja atendido os limites impostos quanto ao aspecto temporal de prestação de serviços, como também para a entrega imediata dos bens que vierem a ser adquiridos.

Dessa forma, deve ser decretada primeiramente a situação emergencial ou calamitosa, a qual seguirá procedimento específico, que ficará a cargo do Poder Executivo Federal juntamente com o Poder Executivo do ente federativo que tivera seu território atingido pelo desastre. Procedimento que será analisado no item 4.1.

Além da decretação da situação anômala é imprescindível a caracterização da urgência em contratar, sem previamente proceder mediante licitação pública. É uma urgência concreta e efetiva, não se tratando de urgência fática. Existindo uma relação íntima entre a necessidade de atendimento imediato com a solução adequada a ser providenciada. Em nosso país há emergência e urgência no atendimento permanentemente, no entanto, não basta ser alegada a situação como tal, é preciso demonstrar que a contratação é o meio mais adequado.

O risco se dar por estarem comprometidos a serem destruídos ou atingidos a integridade física da população, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. A contratação direta terá que ser a medida mais plausível com finalidade de afastar o risco iminente. Cabe comprovar que os prejuízos a serem evitados e que eles não possam ser recompostos posteriormente. O prejuízo que se tenta amenizar é aquele irreparável, não é qualquer prejuízo. Segundo Marçal Justen Filho (2005, p. 239) “trata-se, portanto, de se expor a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano – ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano.”

Acerca da contratação, durante muito tempo o Tribunal de Contas da União seguiu o entendimento de que só seria lícita a contratação direta se sua devida caracterização não fosse provocada pela inércia, total ou parcial, do administrador¹⁶. Todavia, essa orientação foi modificada ao se verificar que mesmo diante de uma situação “emergencial fabricada”¹⁷.

¹⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DC-0347-22/94-P. Sessão: 01/06/94 Grupo: II Classe: III Relator: Ministro CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA - Consulta – “(...) 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; (...)”

¹⁷ Segundo Samantha Tanner Perez da Silva (2006, p. 648): “Por via inversa, contrapondo-se à emergência real, há a emergência ficta ou fabricada, que surge, necessariamente, de fato previsível. Nesta não existe urgência nem imprevisibilidade; ocorre, contudo, negligência provocada pela morosidade ou pela inércia administrativa. Destarte,

foram preenchidos todos os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico, bem como a necessidade em atender o interesse público. Dessa forma, havia a necessidade e a urgência de que os bens e os serviços fossem fornecidos prontamente, com objetivo de tentar evitar o risco iminente, sendo essas a prioridade da lei.

Como já mencionado no item 2.4, o dispositivo legal determina que o objeto a ser adquirido ou os serviços a serem adquiridos detenham de certa limitação. O objeto do contrato deve se limitar a atender o risco iminente causado pela situação emergencial ou calamitosa, não podendo o agente público estender o contrato para adquirir bens ou serviços que não tenham íntima relação com a situação emergencial.

De tal modo, não pode a Administração tirar proveito da situação para efetivar todos os seus contratos sem a prévia licitação. No caso de uma emergência caracterizada por falta de determinado medicamento em um hospital público, o gestor poderá adquirir esses medicamentos através de uma contratação prévia, no entanto o objeto do contrato limitar-se-á apenas a quantidade necessária para atender o risco iminente. Também não poderão ser adquiridos, sem previamente aplicar o certamente, outros medicamentos que sua falta não cause prejuízo ao interesse público.

Além de ter que se limitar ao aspecto temporal, o qual poderá, excepcionalmente, ser extrapolando, caso verificado que o interesse público o requer. A lei estipula um prazo para que não se tenha inúmeras contratações diretas protraídas no tempo, tenta estipular um prazo razoável para que a Administração Pública queira afastar apenas o risco.

Há ainda o pressuposto de que o contratado não pode obter débito com o sistema de seguridade social nem com o Fundo de Garantias por Tempo de Serviço. Conforme julgados do Tribunal de Contas da União, cujo dispositivo encontramos a exigência:

[Prestação de Contas da Fundação Universidade do Amazonas, referente ao exercício de 2005. Formalização dos processo de dispensa de licitação]
[ACÓRDÃO]

9.5. determinar à Universidade Federal do Amazonas que:
(...)

9.5.1.5. prova, por parte do contratado, de regularidade relativa a tributos federais, à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

[VOTO]

11. [...] alegar emergência para dispensar o processo licitatório, sem a devida

descabida a alegação de emergência real se riscos e prejuízos vultosos advierem de uma situação que deveria ser resolvida de imediato, e providências eficazes, eficientes e diligentes não foram tomadas. Ademais, a falta de planejamento e o planejamento inadequado das ações a serem executadas não permitem que o administrador, em etapa posterior, invoque a dispensa de licitação, sob a égide de situação de emergência”.

justificativa, é fato que caracteriza, no mínimo, ausência completa de planejamento administrativo e contraria frontalmente os dispositivos da Lei n.º 8.666/93. (TCU. AC-2545-28/08-1. Sessão: 12/08/08. Grupo: I. Classe: II. Relator: Ministro GUILHERME PALMEIRA) (Grifo Nosso).

Portanto, é notório que o artigo 24 da Lei de Licitação impõe alguns requisitos, como também, ao longo do tempo foram implementados outros requisitos pela jurisprudência. Todos com a finalidade de restringir os contratos diretos celebrados pela Administração Pública em caso de uma situação de emergência ou calamidade pública.

4 CAPÍTULO III – PROCEDIMENTO ATUAL DAS CONTRATAÇÕES FEITAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM LICITAÇÃO

4.1 Da Decretação do Estado Emergencial ou Calamitoso

Para a celebração de um contrato feito entre a Administração Pública e um particular em caso de emergência ou calamidade pública o procedimento se dá de maneira diferenciada. Tendo em vista que a coletividade está diante de uma urgência no atendimento para que seja prestado à população serviços ou bens objetivando reduzir os prejuízos que a situação possa causar, a realidade exige maior celeridade na prestação do serviço ou fornecimento de bens. Para isso é preciso um procedimento diferenciado que atenda as necessidades da população de modo imediato.

Segundo Joel de Menezes Niebuhr (2011, p. 66) “para delinear a dispensa nos casos autorizados em vista da emergência da contratação, é necessário expedir ato de caracterização da situação emergencial ou calamitosa”.

Inicialmente para proceder dispensando a licitação é necessário que o poder público decrete situação de emergência ou calamidade em determinado território. E como o Poder Executivo Federal de forma complementar apoiará os demais entes federais em situação extravagante, provocados por desastres, o procedimento a ser seguido está disponibilizado nas orientações exigidas no art. 7º do Decreto nº 7.257/10.

Determina o dispositivo ora mencionado que o Poder Executivo Federal reconheça a situação excepcional mediante requerimento do Poder Executivo dos outros entes federativos,

o qual tenha sido atingido pelo desastre. Este requerimento deve ser feito diretamente ao Ministério da Integração Nacional, no prazo de dez dias após a ocorrência, instruído com o ato do respectivo ente federal que decretou a situação e deverá conter algumas informações acerca do desastre, da região afetada, entre outras peculiaridades.

Após analisar as informações que lhe foram prestadas, bem como o cumprimento dos requisitos exigidos neste decreto, o Ministro de Estado da Integração Nacional, reconhecerá, através de Portaria, a situação de emergência ou calamidade pública. Ou poderá reconhecer a situação extravagante independentemente das informações serem-lhe prestadas anteriormente, no entanto, dependerá da intensidade do desastre e seu impacto.

Sob a formalidade da liberação dos recursos a serem disponibilizado pelo Poder Executivo Federal, dispõe o art. 9º do decreto que após o reconhecimento da situação excepcional, o Ministério da Integração Nacional será o órgão que definirá o montante de recursos a ser disponibilizado para a execução das ações de socorro, de assistência às vítimas e restabelecimento de serviços essenciais. E ainda é determinado que a transferência dos recursos seja depositada em conta específica do ente beneficiário em instituição financeira oficial federal.

Por último, há a ressalva quando utilizado recursos federais por algum Estado ou Município, é necessário atender algumas exigências elencadas na Lei nº 8.666/93. Como por exemplo, veicular no Diário Oficial da União os avisos do edital, para que o órgão de controle federal possa exercer sua função de fiscalização e contabilizar o orçamento das despesas.

4.2 Instrução Processual

Após a decretação de uma situação excepcional o processo é iniciado pela manifestação de um órgão que tem interesse em realizar contratações. Terá que ser mencionado os requisitos presentes para efetivar uma contratação direta, além de demonstrar a justificativa da escolha do concorrente e do preço contratado. Assim, o conteúdo da manifestação é variado conforme o caso prático. Mas sempre deve o administrador demonstrar que observou todas as providências que lhe cabiam e está agindo para atender o interesse público.

Como enfatiza o *caput* do art. 26 da Lei nº 8.666/93, a dispensa prevista no art. 24 da mesma lei será necessariamente justificada. Sendo assim, o ato que dispensar o certame sendo ele devidamente motivado conterà uma explicação dos motivos de fato (pressupostos) e de

direito (determinados em lei) que levaram a praticá-lo - decorrência do princípio da motivação exigido na aplicabilidade da contratação direta.

Além disso, a justificativa deve evidenciar os requisitos presentes no ato e os documentos que firmaram como base para a convicção do administrador. Esses documentos serão integrados aos autos e devidamente serem referenciados na motivação.

Em relação aos documentos que devam ser juntados aos autos do processo que auxiliaram na escolha do administrador são os pareceres técnicos e jurídicos, para que facilmente sejam também fiscalizados e quando preciso responsabilizar aquele que deu causa ao erro, em virtude da irregularidade que possa ter o parecer.

No entanto, a falta de motivação não gera a nulidade do ato, admite-se a possibilidade de comprovar sua validade mediante evidências de que a escolha foi regular e adequada, sendo compatível com as normas. Posteriormente, é preciso verificar a previsão orçamentária para se ter certeza de que se vai conseguir cumprir com suas obrigações.

Complementando esse entendimento Jacoby Fernandes (2007, p. 752) nos transmite que “mesmo numa situação emergencial, deve o administrador evidenciar os motivos do seu convencimento pela necessidade da contratação direta, não podendo limitar-se à declaração de que há uma emergência ou calamidade, devendo caracterizá-la.”

Essa determinação legal em que seja necessário justificar o ato e juntar aos autos do processo todos os documentos que foram essenciais às escolhas do administrador é de extraordinária importância para se ater a “transparência” dos atos praticados pela Administração Pública. Essa motivação faz com que se demonstre o elo entre o fato e interesse público que deve ser atingido. E, a partir disso, pode a própria Administração, a sociedade e o poder público exercerem o controle sobre os atos administrativos como forma de fiscalização, que será analisada no item 4.5.

4.3 Da Justificativa de Preços e Concorrente¹⁸

Para o processo de dispensa de licitação determina a lei específica que seja instruída no processo como elemento as razões da escolha do fornecedor ou executante, ou seja, é

¹⁸ Todo este tópico está demonstrado no Anexo II, com cópias de documentação oficial, referente ao processo nº 033/2010 – CPL- CAMIL.

imperioso justificar a escolha do contratado, explicitar suas razões, bem como o preço concernente no contrato.

Na contratação direta não é permitido contratações equivocadas, inúteis ou que privilegiem particulares. Para Marçal Justen Filho (2005, p. 231) “será escolhido o particular cuja atuação traduzir, objetivamente, a melhor alternativa de atendimento à necessidade existente.”

Decorrente a isso, quando o administrador opta por determinado concorrente, excluindo a contratação de um terceiro, deve-se indicar os fundamentos da decisão. Em todos os casos, atribuição de competência discricionária não se confunde com liberação de motivação nem autoriza prevalência de motivos meramente subjetivos. Aliás, deve ocorrer o contrário, em que a competência discriminatória demanda justificativas muito mais exaustivas e minuciosas do que a prática de ato vinculado.

Como a escolha do contratado dar-se-á de maneira diferenciada do procedimento licitatório comum, aqui há a possibilidade de ser justificada a escolha por razões que em um procedimento normal não seriam aceitas. Como por exemplo, quando se escolhe por razão do lugar sede da empresa, visto que a proximidade com o local atingido gera maior celeridade na prestação de serviços ou fornecimento dos bens - motivos que não são admitidos no procedimento licitatório e ainda ensejaria a nulidade do ato.

Como se trata de uma situação que concede certa discricionariedade na escolha do contratado, proporcionando critério subjetivo, é essa motivação que avaliará a atuação do agente público, sua aptidão para exercer sua função administrativa. E quando desvirtuada aplicar-lhe-á as medidas cabíveis, necessárias pelo fato que punirá o agente que agir ilicitamente.

É importante lembrar que todo contrato tem um preço determinado a ser pago ao particular, isso que torna a relação com o poder público interessante para muitas empresas ou pessoas. Esse preço ele também precisa ser justificado em todo contrato. Em regra, devendo ser contratado aquele que oferecer os serviços ou bens pelo menor preço.

Como se sabe que a dispensa de licitação se dá pela urgência no atendimento a situação excepcional, além de outros requisitos, a Administração Pública não dispõe de muito tempo para celebrar o contrato, em virtude da necessidade de atender com maior agilidade o interesse público.

No entanto, a Administração precisa ter estimativa razoável do preço de mercado que será despendido; documento que também será anexado ao processo de dispensa. Ou seja, mesmo presente o requisito de urgência no atendimento a Administração deve utilizar de uma

razoável comparação de preços do mercado - não podendo ser contratado aquele que primeiramente oferecer os serviços a preço elevado, senão estaríamos diante de um superfaturamento do valor contratado. Assim, uma das alternativas recomendáveis consiste em promover uma espécie de registro de preços para contratações diretas.

A pesquisa de preço não precisa ser ampla, sendo necessárias apenas algumas consultas no mercado pelos preços já praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública (para o mesmo produto ou serviço), por telefone, sites, fax, sistema de registro de preço¹⁹.

Como isso, a sua finalidade é demonstrar que não existe superfaturamento no objeto contratado e sim um valor equipado aos valores já utilizados no mercado diante de uma contratação com a administração, demonstrando ser um valor justo. Por consequência, resguardará a Administração Pública e o contratado que demonstrarão com clareza as pretensões do contrato. Caso contrário, sendo verificada a existência de um superfaturamento poderão o agente público e o fornecedor ser responsabilizados pelo disposto apontado no parágrafo 2º do art. 25 da Lei de Licitação²⁰.

Isso se dá porque o menor preço, muitas vezes, é o motivo de escolha do contratado, por isso a importância de ser justificado. Porém, a necessidade da justificativa vai além. Para a sociedade e o poder público ela é mais uma maneira de comprovar que o particular não teve lucro abusivo, que não tivera sido firmado contrato que atendia interesse particular. Destarte, a justificativa de preço é mais um elemento “transparente” para auxiliar na fiscalização do contrato.

4.4 Da Ratificação e Publicação pela Autoridade Superior²¹

Dando continuidade a contratação feita pela Administração Pública em casos excepcionais, o caput do art. 26 da Lei de Licitação ainda determina que o ato de dispensa

¹⁹ Para J. Ulisses Jacoby Fernandes (2007, p. 768) a pesquisa de preço é um “instrumento auxiliar valioso representará a médio prazo as licitações pelo sistema de registro de preço, porque conterà, nos termos da legislação pertinente, a relação dos preços praticados no âmbito da Administração Pública. Os preços registrados servem de referência para as contratações diretas, mas dever-se-á considerar as circunstâncias de cada caso.”

²⁰ Lei nº 8.666/93, “Art. 25 - § 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.”

²¹ Todo este tópico está demonstrado no Anexo III, com cópias de documentação oficial, referente ao processo nº 033/2010 – CPL- CAMIL.

seja ratificado e publicado por autoridade superior. O dispositivo legal não especifica quem será a autoridade que ratificará o ato, nem quem deverá promover o parecer técnico e jurídico. Do mesmo modo, deve o procedimento seguir as normas internas de cada órgão administrativo para definir quem será competente para provider os atos e na falta de regimento atribuir a função ao responsável pela declaração de que a licitação é dispensada.

Nesta fase, os autos do processo seguirão para a autoridade superior acompanhada dos elementos que justificam a escolha do concorrente e o preço do contrato e da comunicação que se efetivará por um despacho do agente que promoveu o ato. Essa comunicação é uma peça formal do processo e serve para que a autoridade superior examine todo o processo.

A comunicação se dará no prazo de três dias, excluindo o dia do início e incluindo o último dia, desde que a repartição pública funcione no dia que inicia ou termine a contagem, caso contrário contar-se-á o primeiro dia de expediente subsequente. Como exemplo de uma dispensa de licitação efetivada por um órgão estadual se proceda na sexta-feira, cuja repartição não dará expediente no sábado e domingo. Assim, a contagem do prazo iniciará na segunda-feira e terminando na quarta-feira, por excluir o dia de início e pelo fato que sábado e domingo são dias em que não há expediente no órgão não podendo ser contabilizados como início do prazo. Logo já é considerado comunicado a autoridade superior quando o processo é entregue ao seu respectivo órgão administrativo.

Contudo, como todo contrato fica suspenso até que seja ratificado, é importante o cumprimento do prazo até porque se trata de uma situação em que requer urgência, na qual se faz necessário um procedimento mais rápido.

Em seguida, recebendo o processo, a autoridade superior pode: a) reconhecer que foram preenchidos os requisitos necessários ao ato e ratificá-lo e em até cinco dias publicá-lo na imprensa oficial; b) verificar que não foram preenchidos os requisitos e anular a decisão do ato, como também apurar a responsabilidade do ato e, c) entender que a instrução está incompleta e determinar que sejam apurados melhor os fatos e esclarecê-los.

Dessa forma, a ratificação do ato não é obrigatória, pode a autoridade não ratificá-lo ou pedir mais esclarecimentos a respeito do fato. Por isso que todos os elementos procedimentais devem estar anexados para que a autoridade exerça sua função de analisar os fatos de maneira mais eficiente. Sendo assim, a ratificação enseja responsabilidade à autoridade superior. Se o ato for ilegal e a autoridade ratificá-lo, será responsabilizada solidariamente ao agente que o deu causa.

A última fase é a publicação do ato feita também pela autoridade superior no prazo de cinco dias, cujo prazo é conjunto para a ratificação. Esta fase só será realizada se antes o ato

de dispensa for ratificado e o contrato só terá eficácia quando houver a publicação. Ou seja, não havendo a publicação, o contrato não terá eficácia.

Essa divulgação deve ser feita na imprensa oficial do órgão a depender da esfera de governo que estiver vinculado. Podendo ser publicada no Diário Oficial da União, dos Municípios, dos Estados ou do Distrito Federal, nos três poderes. Portanto, são inadmissíveis as publicações nos quadros de aviso, em boletins oficiais, por mais que se tenham um elevado nível de circulação. Isso para facilitar a fiscalização dos órgãos competentes a exercerem sua função.

A norma não determina o tamanho da publicação, basta que nela contenha sucintamente as informações determinadas no art. 61 da Lei nº 8.666/93²², referentes ao órgão contratante, o nome do contratado, o fundamento legal da dispensa, o objeto do contrato, o nome e o cargo da autoridade que ratificou o ato de dispensa, o número do contrato caso exista, a data, valor e prazo do contrato.

E como a publicação do ato é de elevado preço, não se publica a minuta do contrato que decorre de dispensa, visto que a ratificação do ato de dispensa e alguns elementos já foram divulgados conforme regulamenta a lei a jurisprudência.

Com isso, entende-se que não é o fato de licitar diretamente ou não, que se irá demonstrar a má-fé ou boa-fé do gestor público, a honestidade ou desonestidade da gestão. Na verdade é seguindo o procedimento licitatório que irá se ter uma íntima relação com a idéia de transparência. No entanto, quando não ocorre o procedimento licitação previamente essa “transparência” é disponibilizada na publicação exigida.

Por isso, é que através da publicação que a sociedade pode ter conhecimento das práticas administrativas e assim podem acompanhar as intenções da contratação feita pelo poder público, como intuito de fazer com que a Administração não aja em segredo. Por isso que as informações acerca do procedimento e as escolhas feitas referentes à contratação devem constar nos autos, ficando à disposição da sociedade com a finalidade de prestar contas.

4.5 Procedimento Fiscalizatório

²² Lei nº 8.666/93, “Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais. Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.”

Depois de ter conhecimento dos requisitos e do procedimento que devem ser seguidos na contratação direta em razão de uma emergência ou calamidade pública, é importante também analisar a fiscalização que é exercida sobre essas contratações.

Essa fiscalização é exercida sob um conjunto de institutos denominado controle sobre a atuação da Administração Pública; a qual se sujeita ao controle exercido internamente, por órgãos específicos ou pela estrutura hierárquica e pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Com isso, tentam os órgãos públicos assegurarem a aplicabilidade de todos os princípios licitatórios, como também atender a finalidade do ato.

Para Maria Sylva di Pietro (2011, p. 735):

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

O controle que é exercido, indubitavelmente, é muito significativo para verificar se o agente público exerce seu cargo, função ou emprego de acordo com a finalidade que lhe cabe. Ela deve iniciar-se pela autoridade superior, aquela que tem o dever de ratificar e publicar o ato de dispensa. Assim, o seu papel principal na dispensa do certame é verificar se os requisitos foram preenchidos, se as justificativas foram devidamente concretizadas e se o procedimento segue as orientações legais. Como já mencionado, nos casos em que ocorre alguma irregularidade, a autoridade deve anular o ato de dispensa e pode autuar um processo de investigação de responsabilidade no âmbito do próprio órgão administrativo, exercendo com isso a sua função de fiscalização.

No entanto, sendo o ato irregular homologado pela autoridade superior deverá ser iniciada uma investigação para apurar os fatos e responsabilizar solidariamente os que deram causa a ilicitude do ato e o contratado. Essa apuração deverá proceder no âmbito da Administração Pública através de um processo administrativo, carecendo aos superiores apurar a responsabilidade dos sujeitos ativos.

Além disso, o controle também pode ser exercido pelas Cortes de Contas, para tomada de contas, cujo processo tem natureza peculiar que investigará a prática desses atos que causaram dano ao erário. Na esfera federal esse esforço é atribuído ao Tribunal de Contas da União,

realizando auditorias para verificar as obras inacabadas ou não, a contratação de serviços e os gastos, considerando tudo em seu aspecto quantitativo. E na esfera estadual e municipal, quando a cidade não tiver órgão específico, a apuração ocorrerá no Tribunal de Contas do Estado.

A apuração também pode proceder no âmbito judicial por meio de uma ação civil pública ou popular, como também, por uma ação penal ou de improbidade administrativa. Em todas elas caberá à Administração ou ao Ministério Público o ônus de provar a irregularidade do fato.

No decorrer da investigação, para se obter as informações imprescindíveis à análise, podem ser utilizados diversos procedimentos: partindo de processos e documentos padronizados, bem como verificando se configura uma situação de emergência ou de calamidade pública e a necessidade das contratações, chegando a entrevistar as pessoas envolvidas e por fim, vistoriar o objeto contratado, além das pesquisas quanto ao preço, à qualidade e a outros aspectos envolvidos. Este caminho será determinado conforme for o caso, não existindo forma pré-estabelecida em lei.

Malgrado exija um procedimento muito bem vistoriado pelo exercício da fiscalização, nos deparamos repetidas vezes com casos que foram detectados irregularidades na contratação direta, com a celebração de um contrato direto com particular que tem íntima relação com o agente público, ou aquele que exige alto preço na prestação de serviços, havendo um superfaturamento, cujo lucro excessivo é distribuído entre os participantes do contrato. Para isso é preciso haver um maior controle exercido pela própria Administração no âmbito do poder público.

Por último, outra parte legítima a exercer o controle sobre os atos administrativos é a população, a qual através do seu direito de peticionar e verificando irregularidades na atuação do poder público pode exigir que as autoridades competentes tomem as providências cabíveis para punir os que praticaram o ato ilegal e determinando o ressarcimento ao erário.

Essa participação da população no ato de fiscalização é extremamente interessante, pelo fato que utilizando os meios de comunicação e principalmente as redes sociais, a sociedade consegue exercer uma influência relevante na atuação do poder público. E aos agentes públicos se depararem com uma participação popular mais forte e eficaz será outra maneira eficiente de exigir a responsabilidade daquele que causa dano ao erário e, consequentemente, inibir futuros atos ilícitos.

No entanto, para que o controle sobre os atos administrativos seja exercido pela população, infelizmente, ainda é preciso uma maior conscientização da sociedade.

Conscientizar sobre a importância desse exercício, como também cientificar quais as informações que são disponíveis à sociedade e as possibilidades que cabem à população para exercê-lo.

5 CAPÍTULO IV – OS CRIMES PRATICADOS PELA DISPENSA INDEVIDA

5.1 Aspectos Gerais e Objetividade

Quando o agente administrativo opera sem antes realizar o procedimento licitatório e faz indevidas contratações usando como justificativa a dispensa do certame pela caracterização da situação de emergência ou calamidade pública está desobedecendo às normas Constitucionais, à Lei de Licitação e à Lei de Improbidade Administrativa, bem como normalmente o Estatuto do Servidor Público ao qual o agente estiver vinculado. Com isso, faz-se mister analisar os aspectos referentes a esta desobediência.

Todo esse regimento ordena que o agente público exerça seu cargo, função ou emprego público de forma ética e regular. E, se assim não o fizer, será a partir de processos para a apuração de seus atos que o servidor poderá ser responsabilizado. Ou seja, aquele que desvia do seu fiel cumprimento dos deveres público será responsabilizado. Essas regras são impostas com a finalidade de reduzir a prática desenfreada e impune dos atos ilegais de corrupção.

A responsabilidade do administrador que opera de maneira fraudulenta pode se dar nas searas penal, administrativa e civil. As duas primeiras são independentes uma da outra, não havendo prejuízo entre elas, desde que na ação penal o administrador não seja absolvido por inexistência do fato ou negativa de autoria.

Assim, o ato pode ser apurado e julgado pelo órgão da Administração Pública e pelo Poder Judiciário. Cabendo as possibilidades de sanar os vícios do ato ou revogá-lo pelo mérito ou de anulá-lo. Esta última decorre da ilegalidade do ato, decisão que terá efeito *ex tunc* e estenderá o vício ao contrato²³.

²³ Vide Lei nº 8.666/93, Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

No que tange ao particular em casos de nulidade do contrato, este terá direito à indenização em virtude dos serviços ou bens já prestados à população ou a Administração Pública ou ainda pelas perdas e danos que comprovar ter sofrido. Porém, se o particular tiver concorrido para a ilegalidade, não deverá ter direito à indenização e se tiver recebido algum valor, deverá restituí-lo. Conforme provas e determinações proferidas pelo âmbito civil. Como também pode ser determinada a indisponibilidade dos bens e a reparação ao erário.

Por outro lado, no ato que o servidor público se afasta dos seus deveres legais para alcançar benefícios próprios enriquecendo ilicitamente, agindo contra os princípios administrativos ou, ainda, causando prejuízo ao erário trata-se de improbidade administrativa, cujo significado refere às práticas ilegais, decorrendo da quebra do dever de probidade administrativa com atitudes desonestas²⁴.

Essas descrições de ato de improbidade administrativa, como também as sanções aplicáveis ao agente público são tratadas na Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. Nos artigos 9º, 10 e 11 desta lei são identificados os atos considerados como ímprobos.

Dessa forma, o dispositivo do art. 10, VII, LIA aduz especificadamente ao determinar que constitua ato de improbidade administrativa causando necessariamente prejuízo ao erário os atos que dispensarem indevidamente a licitação. Além disso, pode o agente se enquadrar nas outras possibilidades que também são consideradas como ato de improbidade administrativa. Assim, mesmo que o seu ato não cause prejuízo ao erário ele possa gerar enriquecimento ilícito ou ferir algum princípio administrativo.

Já ao que se refere à Lei de Licitação, quando indevidamente dispensa o certame ou que deixa de observar as formalidades pertinentes a este procedimento será imputado ao agente público pena de detenção de três a cinco anos conforme menção disposta no art. 89 da lei e no parágrafo único do mesmo artigo diz que “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.” Relevância do ato no âmbito penal.

As condutas previstas nesse artigo tem como finalidade também proteger o bom andamento da Administração Pública, através da possibilidade de impor ao agente público severas penalidades privativas de liberdade, quando este não cumprir sua função de acordo

²⁴ Segundo, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2011, p. 832) os atos de improbidade estão definidos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. Muitos deles podem corresponder a crimes definidos na legislação penal e infrações administrativas definidas nos Estatutos dos Servidores Públicos. Nesse caso, nada impede a instauração de processos nas três instâncias, administrativas, civil e criminal. A primeira vai apurar o ilícito administrativo segundo as normas estabelecidas no Estatuto funcional; a segunda vai apurar a improbidade administrativa e aplicar as sanções previstas na Lei nº 8.429/92; e a terceira vai apurar o ilícito penal segundo as normas do Código de Processo Penal.

com os princípios que concernem a dispensa da licitação acarretando prejuízo à Administração e não atendendo ao interesse público. Dessa forma, tenta o art. 89, juntamente com o princípio da obrigatoriedade da licitação e os arts. 90 a 98 da Lei nº 8.666/93, prever possíveis atos ilícitos e com as ameaças das penalidades criminais objetivam reprimi-las.

Portanto, o ordenamento jurídico tenta preservar o princípio da obrigatoriedade da licitação procurando tipificar todas as condutas que fossem contrárias à finalidade da norma em atender o interesse público. O que gera a desorganização, as fraudes e prejuízo à coletividade é a intenção do funcionário público em garantir para si ou para terceiro benefício particular, causando um verdadeiro caos na Administração Pública. Por isso que em caso de “emergência fabrica” deve recair sob o agente público forte reprimenda, para que desencoraja futuros agentes a praticarem medidas semelhantes.

5.2 Tipos Objetivo e Subjetivo

5.2.1 Artigo 89 da Lei de Licitação

Para poder imputar a uma conduta alguma sanção é necessário analisar o tipo objetivo e o subjetivo da norma. Tanto a Lei de Improbidade Administrativa como a Lei de Licitação trazem artigos específicos que abordam casos peculiares ilegais acerca de uma dispensa indevida.

No que concernem a Lei de Licitação as condutas são descritas no art. 89, as quais tratam a respeito de dispensar a licitação fora das hipóteses previstas em lei e quando não são seguidas as formalidades referentes ao procedimento de dispensa do certame. Na primeira conduta não dota de dificuldade, visto que se penalizam quem dolosamente deixar de proceder previamente à licitação em casos não dispostos em lei. No entanto, a segunda conduta reveste-se de certa generalidade, para que se possam alcançar várias situações em que seja necessário seguir o procedimento da dispensa da licitação.

Dessa forma, ao analisar o caso concreto é elencada uma variedade de discussão sobre o cabimento ou não da dispensa licitatório. Segundo Eduardo Martines e Valdemar Latance

(2009, p. 242) “a figura típica do artigo 89, [...], tem natureza de norma penal em branco²⁵, haja vista que o seu preceito primário depende da complementação pela Lei n. 8.666/93, de sorte que as controvérsias a respeito desta acabam transportadas ao campo penal.”

Os tipos do artigo 89 tratam de crime formal, ou seja, não precisa consumir o resultado naturalístico previsto pelo agente para que seja praticado o crime. E também admite o crime tentado, na qual o agente não finaliza sua conduta por circunstâncias alheias à sua vontade e mesmo assim será penalizado pela tentativa do ilícito.

Para esse tipo penal é exigido o dolo como elemento subjetivo. O agente tinha potencial para conhecer o ilícito. É necessário que o agente tenha a vontade de dispensar indevidamente o certame ou de não observar o procedimento exigido; ou ainda no que tange o particular é preciso que ele aja com a intenção dolosa de praticar a ilegalidade para conseguir celebrar contrato com o poder público.

De forma resumida entende-se que os agentes que se enquadram no *caput* do art. 89 são punidos apenas a título de dolo. Assim, caberá ao autor da ação penal comprovar que o sujeito, ora réu na demanda, teria condições de conhecer que aquele fato tratava-se de uma dispensa indevida, mas mesmo assim firmou contrato sem previamente proceder com a licitação, agindo de forma consciente e livre.

Por outro lado, no que tange o parágrafo único do mesmo artigo, o particular só cometerá o crime se concorrer para ilegalidade e beneficiar-se com finalidade de celebrar contrato com o poder público. Para o administrador negligente não será imputado sanção penal, cabendo-lhe apenas a responsabilidade civil e administrativa.

5.2.2 Artigo 10, VII da lei de Improbidade Administrativa

Como já visto, imputar uma sanção penal a um funcionário público não prejudicará uma responsabilização no âmbito administrativo ou civil. Para isso, o elemento objetivo que configura a conduta é o de *dispensar* indevidamente a licitação pública que é trazida pelo art. 10, VII, da Lei de Improbidade Administrativa.

²⁵ Segundo, Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini. (2009, p. 33) “As normas penais em branco são, portanto, as de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto. Esse complemento pode já existir quando da vigência da lei penal em banco ou ser posterior a ela.”

Então, para ser enquadrado nos termos deste inciso é preciso a demonstração do prejuízo causado ao erário, cuja determinação é expressa. Assim, caso não seja detectado lesão ao patrimônio público, estar-se-á diante de um ato de improbidade administrativa por violação aos princípios administrativos, cuja descrição encontra-se no art. 11 da LIA constituído por norma residual que não gera enriquecimento ilícito, nem dano ao erário.

O que corriqueiramente acontece na prática quando o agente está diante de uma situação de emergência ou calamidade pública em que celebra contratos com particulares em nome da Administração Pública quando não eram devidas é a prática de atos que atentam algum(ns) princípio(s) administrativo(s), mesmo que uma decisão judicial tenha declarado a nulidade do ato a tempo de não causar dano ao erário.

E quanto ao elemento subjetivo, não resta dúvida que atine a uma conduta punível por uma ação ou omissão que seja praticada com dolo ou culpa, conforme é disposto expressamente no *caput* do art. 10 da LIA. Então, diante de um ato ilegal são passíveis de punição tanto o administrador que agiu de má-fé, tendo a intenção de causar dano ao erário, como aquele que agiu com descuido e negligentemente cometeu o ato. Devendo o autor da ação apenas provar que o agente agiu com negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, que este não observou as necessidades de sua atividade que se tinha como um dever. O que irá diferenciar a conduta dolosa para a culposa será na fixação e gradação da pena imposta pelo juiz, visto que um ato doloso merece maior censura do que aquele que se deu por conduta culposa do agente.

5.3 Sujeitos Ativo e Passivo

5.3.1 Artigo 89 da Lei de Licitação

Em decorrência do elemento objetivo e subjetivo descritos nas leis que referem a dispensa indevida do procedimento licitatório, é preciso definir quem são os sujeitos ativos e passivos. Aqueles que podem praticar o ato ilícito e aquele que possam ser atingidos pela prática do ato.

Quanto ao sujeito ativo da conduta tipificada no art. 89 da Lei de Licitação apropria-se à categoria de crime próprio, presumindo que o sujeito desempenhe função pública, ou seja, a

prática da infração penal depende que o sujeito seja funcionário público e que esteja exercendo sua função; não preenchido esse requisitos, o fato não terá relevância penal configurada no artigo analisado.

Sobre o assunto dispões o art. 84 da Lei de Licitação:

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente 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.

§ 2º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Para o particular concorre para a prática do crime quando ele age em concurso de pessoas com um agente público ou quando ele autonomamente se enquadra no parágrafo único do art. 89 da Lei n. 8.666/93. Neste último caso precisa que o sujeito tenha concorrido com a ilegalidade do ato e dela se beneficiou para conseguir firmar contrato com a Administração Pública.

Assim sendo, quando o particular auxilia ou induz o agente público a dispensar a licitação indevidamente, para que terceiro firme contrato com o poder público de modo que prejudique a concorrência, não haveria o crime autônomo. Devendo àquele ser imputada a participação ou co-autoria no crime previsto pelo caput do art. 89.

Neste sentido, para a análise do concurso de agentes é necessário cerca atenção, tendo em vista que não é imperativo que todos venham a participar da prática do crime. Além de que seja imprescindível fazer presente todos os pressupostos do concurso de pessoas (pluralidade de condutas; relevância causal de cada uma; liame subjetivo; identidade de infração para todos os participantes).

No entanto, com facilidade também se enquadrará na prática penal prevista no art. 89 da Lei de Licitação a autoridade que ratificar e publicar o ato de dispensa. Segundo Eduardo Martines e Valdemar Latance (2009, p. 249) “de fato, tendo em vista que a lei exige o seu aval quanto à legalidade do procedimento e da dispensa ou inexigibilidade, se o crime do artigo 89 efetivamente ocorrer, normalmente essa autoridade superior terá dele participado.”

Vale ressaltar que se trata de tipificação muito provável e não necessariamente se falará de concurso de pessoas. Em casos que o agente de forma dolosa dispensar a licitação em hipótese não prevista em lei e a autoridade superior de forma negligente ratificar o ato não se terá concurso de pessoas, por ser crime doloso não existe participação culposa.

E para identificar o sujeito passivo das condutas tipificadas no art. 89 da Lei de Licitação é preciso saber qual o ente da Administração Pública que firmou o contrato sem previamente seguir o procedimento licitatório. Ou seja, se tem como sujeito passivo o Estado e os entes que a Constituição impõe o dever de licitar, seja ele a União, Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, autarquias, sociedades de economia mista, fundações etc, ou seja, a pessoa jurídica que tiver sido efetivamente lesada.

Podemos ainda apontar como sujeito passivo indireto dessa conduta os interessados em participar da competição que supostamente teria caso fosse escollado o certame.

5.3.2 Artigo 10, VII da lei de Improbidade Administrativa

No que alude às pessoas que podem incorrer na prática de ato de improbidade administrativa são os agentes públicos que é minuciosamente explicado pelo art. 2ª da Lei nº 8.429/92²⁶. Sendo as regras dessa lei também aplicáveis aqueles que não são agentes públicos, servidor ou não, mas concorreram para a prática do ato ilegal ou dele se beneficiaram. Aplicando-se as mesmas regras referentes ao sujeito ativo do art. 89 da Lei de Licitação. Portando o agente é o mesmo sujeito dos dois tipos legais em análise.

E quanto ao sujeito passivo, também repete o procedimento de identificação no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Ou seja, são aqueles que sofreram os efeitos do ato de improbidade administrativa, entes da Administração Direta ou Indireta.²⁷

²⁶ Lei nº 8.429/92, "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."

²⁷ Lei nº 8.429/92. "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."

5.4 Sanção

5.4.1 Artigo 10, VII da Lei de Improbidade Administrativa

Em decorrência da prática do ato de improbidade administrativa a Constituição Federal no art. 37, §4º impõe algumas formas de punir o sujeito ativo que assim agir, ao dizer que ao lhe serão aplicados “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.” Neste caso será a punição dotada de proporcionalidade conforme os fatos e condições de cada caso. E sua previsão em lei específica é mencionada no art. 12 da Lei n. 8.429/92²⁸.

Dessa forma, o juiz analisando as circunstâncias do caso concreto, dispõe de limitada discricionariedade para escolher e aplicar as sanções que achar cabíveis. Segundo Eduardo Martines e Valdemar Latance (2009, p. 212):

Vê-se, destarte, que a jurisprudência é harmônica ao acolher a tese segundo a qual, ao condenado por ato de improbidade administrativa, não se aplicam necessariamente todas as sanções previstas no artigo 12 da Lei n.º 8.429/92. Cabe ao julgador impor, discricionariamente, aqueles que, conforme um juízo de proporcionalidade, forem necessárias e suficientes para reprimir o ato de improbidade praticado.

²⁸ Lei nº 8.429, “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: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

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;

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;

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.

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.”

Para os casos de dispensar indevidamente é inicialmente considerado como sendo um ato administrativo que se enquadra no art. 10 da LIA. E para a sua devida sanção a ser aplicada dispõe o art. 12, II da LIA que o agente será responsabilizado e ser-lhe-á imposto cumulativamente:

Art. 12, [...] II “[...] 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”

Dentro das possíveis sanções que podem ser impostas ao agente, quando configurado o ato previsto no art. 10, VII da LIA, a que terá maiores relevância é o ressarcimento integral ao erário, tendo em vista que tal aplicação tentará repor aquilo que danificou de alguma forma os cofres públicos. Não descaracterizando a possibilidade de que sejam aplicadas outras sanções para punir aquele que agiu ilicitamente.

Além disso, é necessário que a responsabilidade do agente se dê independente dos serviços contratados terem sido prestados ou não, visto que se for decretada apenas a nulidade do ato ilícito seria considerada lícita a improbidade administrativa.

5.4.2 Artigo 89 da Lei de Licitação

O preceito do artigo 89 da Lei n. 8.666/93 prevê a pena privativa de liberdade de detenção de três a cinco anos, podendo ser culminado pena de multa. Esta cumulação das penas é consolidada na jurisprudência na súmula 171 do STJ²⁹. A respeito disso André Tavares de Freitas conclui que “deve-se atentar para o fato de que em todos os crimes licitatórios a multa vem estabelecida de forma cumulativa com a pena de prisão, razão pela qual, esta pena restritiva de liberdade não poderá, em nenhuma hipótese, ser substituída pela pena de multa.”

Como o dispositivo em apreciação apenas menciona a aplicação de uma pena privativa de liberdade e não é regulamentada a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por

²⁹ Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.”

restritiva direito; para que seja imposta a substituição faz-se necessário seguir as regras contidas nos art. 43 a 48 do Código Penal.

Quanto à pena privativa de liberdade é estabelecido como pena mínima três anos de detenção, sendo superior a pena máxima dos crimes do Código Penal, cuja estipulação é de dois anos de detenção. Deste modo, esta pena culminada é imposta como forma gravíssima, comparando-se aos crimes que ofendem aos bens jurídicos superiores, a proteção da Administração Pública e integridade da dignidade da pessoa humana.

Como o Código Penal estabelece que as penas privativas de liberdade devam ser impostas de forma progressiva e o art. 33 deste código aduz que para a pena de detenção deve ser cumprida em regime semi-aberto ou aberta, salvo hipótese necessária de transferir para regime fechado; entende-se que as penas determinadas pelo artigo 89 podem ser cumpridas com o regime semi-aberto ou aberto. No entanto, a progressão do regime semi-aberto para o aberto fica condicionada a reparação do dano ao erário, como dispõe o §4º do artigo 33 do CP³⁰.

Para essas penas é impossibilitada a transação penal (porque a pena máxima é superior a dois anos) e a suspensão condicional do processo (pois a pena mínima é superior a um ano), bem como, afasta do âmbito do Juizado Especial Criminal a competência para processar e julgar suas correspondentes ações penais.

Apesar disso, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito, desde que a pena fixada na sentença não seja superior a quatro anos, o condenado não seja reincidente e os fatos sejam-lhe favoráveis. Ainda pode ser determinado pelo juiz, conforme dispõe o art. 83 da Lei de Licitação, à perda do cargo, função ou emprego público, o exercício de que qualquer crime definido na Lei de Licitação, mesmo que cometido na forma tentada.

Quanto à sentença condenatória imposta ao agente que praticar o crime previsto no artigo em análise cabe atribuir-lhe todos os demais efeitos elencados pelo Código Penal, como a imposição da pena em privativa de liberdade, restritiva de direito, pecuniária ou medida de segurança, bem como, traçar a reincidência, impedir o *sursis*, obrigar a reparar o dano ao erário etc.

Tudo isso se dá pelo fato que o legislador tentou frisar a importância em seguir o procedimento licitatório e dispensá-lo só quando necessário e permitido em lei. Como

³⁰ Código Penal (1940). "Art. 33, [...] § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais."

também, para tentar evitar que futuros atos dessa natureza venham a acontecer, desencorajando os agentes públicos.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo começou com uma análise breve da história do Constitucionalismo. Ao se deparar com os avanços de uma concepção de um novo Estado, o qual necessariamente detinha um território para exercer seu poder soberano sobre determinada população, passou também a evoluir os ideais de racionalização e humanização. Decorrente disso surgiram as declarações de direitos, através de normas escritas que foram reveladas em diferentes lugares do mundo, sendo fundamentais ao ordenamento jurídico do Estado e passaram a dar maior garantia à sociedade.

Com a evolução da história essas regras passaram a se aperfeiçoarem e a humanidade conquistando mais direitos. Assim, as normas foram se reunindo e formaram a Constituição de cada país, a qual permanece no topo da pirâmide normativa de seu respectivo Estado.

Em função da supremacia da Constituição e da influência que esta tem perante todo o sistema legal vigente no nosso país, na atualidade, sabe-se que todas as demais normas devem estar em conformidade com seu dispositivo.

A Constituição Federal determina que a Administração Pública preste serviços e auxilie a sociedade devendo atender as necessidades da coletividade, prevalecendo-se sobre o interesse privado. No entanto, não consegue o poder público atuar de maneira eficaz sem celebrar contratos com o particular. Dessa forma, para atender a demanda da coletividade é preciso contratar terceiros para que estes prestem serviços ou forneçam bens para a população ou até mesmo para o órgão do poder público.

Como essa celebração de contratos com a Administração Pública desperta muito interesse para os particulares, visto que traz benefícios econômicos para o contratado, a Constituição Federal define que todos os interessados sejam igualmente tratados, fundamentado no princípio da isonomia é imprescindível atendê-lo. E ainda, conforme preceitos legais, o poder público encontrará uma série de limites, para que atue de modo impessoal e equânime.

Para se firmar uma contratação deverá a administração proceder, previamente, a uma licitação pública, cujo procedimento trata os interessados de forma igualitária, sendo cogente que todos tomem ciência das intenções da contratante, ora Administração Pública, bem como dos objetivos, condições e documentações necessários à efetivação da contratação. Passando por procedimento regido por lei específica que ainda terá outras fases como a convocação dos interessados, a publicação dos atos praticados pela administração, verificação da documentação trazida por aqueles e comparar as propostas expostas.

Malgrado a norma suprema imponha a obrigatoriedade da realização prévia do certame, há casos que possibilitam a sua dispensa, desde que sejam previstos por lei. Entendimento baseado no art. 37, XXI, da CF, cujo dispositivo aduz que ressalvados casos específicos em lei a Administração Pública Direta e Indireta terá que obedecer ao processo de licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações.

Embasado nisso é que a Lei de Licitação traz as hipóteses de dispensa e inexigibilidade do certame, nos arts. 17, 24 e 25. Entretanto só tivera sido analisado neste presente estudo a possibilidade de dispensar a licitação caso seja decretada situação de emergência ou calamidade pública, hipóteses abordadas pelo inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Acerca dessa excepcionalidade devem atender alguns requisitos, limites e procedimento diferenciados de uma mera contratação celebrada através da realização prévia do certame. Essas são imposições construídas por lei e pela jurisprudência.

Primeiramente é necessário que o poder público decrete o estado de emergência ou de calamidade pública, decorrente de um desastre. Em seguida, é preciso caracterizar urgência em atender determinada situação, a qual põe a população atingida pelo desastre em risco iminente. Esta urgência se dá pelo fato que permanecendo inerte, a situação poderá ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Assim, a urgência caracteriza-se como uma necessidade imediata, para que sejam prestados serviços à sociedade atingida pelo desastre.

Quanto ao risco, este deve ser iminente, ou seja, devem ser prestados os serviços ou entregues os bens que afastem o risco que a situação enseja naquele momento. O que posteriormente for preciso será fornecido por contrato celebrado mediante realização de licitação pública.

É importante ressaltar que diante de uma situação emergencial ou calamitosa não poderá o agente público contratar qualquer bem, devendo limitar-se àqueles que necessariamente atenderem a situação, o risco iminente. Então deverão ser entregues imediatamente ou dentro de um pequeno lapso temporal. Ao aspecto do tempo para prestação de serviços não poderá se estender a mais de 180 dias, contados da ocorrência da emergência ou calamidade pública, vetado por lei a prorrogação do contrato.

Porém, a respeito desse lapso temporal vem sendo construído pela jurisprudência outros entendimentos. Os tribunais se baseiam no limite imposto por lei. Entretanto, em alguns casos é permitida a extensão dos 180 dias e até a prorrogação do contrato, tendo por finalidade atender tão-somente o interesse público.

Dando continuidade ao procedimento, o ato de dispensa da licitação deverá ser informado à autoridade superior em três dias, seguido dos documentos que comprovem a situação de emergência, a necessidade iminente e a justificativa do preço e da escolha do concorrente. Após analisar o processo, a autoridade poderá tomar três posições: uma seria ratificar e publicar o ato em cinco dias; verificar que a instrução está incompleta e determinar que seja complementada ou; entender que não foram preenchidos os requisitos, anular o ato e determinar a apuração de responsabilidade do agente que agiu ilicitamente. Sendo o ato de dispensa ratificado e publicado, não necessita que posteriormente seja publicada a minuta do contrato, como ocorre no procedimento licitatório.

A partir dessa apreciação da autoridade superior inicia-se a fiscalização sobre a atuação do poder público, exercida mediante controle que poderá proceder no próprio âmbito da Administração Pública, como também nos Poderes Legislativo e Judiciário.

No procedimento fiscalizatório, ao se deparar com um agente público que não agiu conforme o dispositivo legal e feriu os princípios constitucionais e administrativos, é constatado que este não cumpriu com o seu dever e poderá ser responsabilizado.

Sobre a responsabilização do agente que dispensa a licitação indevidamente temos expressamente o dispositivo no art. 89 da Lei de Licitação, sendo possível ao agente concorrer à pena de detenção de três a cinco anos e multa e no art. 10, VII da Lei de Improbidade Administrativa, causando dano ao erário. Como também, pode ser o ato apurado mediante o Estatuto do Servidor que o agente estiver vinculado.

A improbidade administrativa praticada pela dispensa indevida consiste em ato ilícito, mas não reveste de natureza penal. Por derradeiro, caso se pratique o ato, caberá a pessoa jurídica prejudicada ou ao Ministério Público promover a ação de improbidade administrativa, com intuito de obter a condenação do agente a ressarcir o erário, sem prejuízo das outras penas que possam ser-lhes aplicadas.

Essa conduta é punível por ação ou omissão que o agente praticar com culpa ou dolo. Aqueles que podem praticá-lo são os agentes públicos, servidores ou não, e qualquer pessoa que tenha se beneficiado do ato ou concorrido para a ilegalidade. Logo, para identificar o sujeito passivo é necessário saber o órgão público que firmou o contrato. E quanto as sanções que podem ser impostas ao sujeito que pratica ato de improbidade administrativa são trazidas pelo art. 37, § 4º da Constituição Federal³¹.

³¹ Constituição Federal (1988) Art. 37 § 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.

Por outro lado, enquadra-se na prática do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 todo agente público que praticar o ato ilegal, bem como terceiro que se beneficiar com fim de celebrar contrato com a Administração Pública. E o sujeito passivo da ação é o Estado, exatamente o ente público que celebrou o contrato. O elemento objetivo é apenas o de dispensar e o elemento subjetivo é o dolo, dessa forma ao dispensar a licitação necessariamente o agente tem que ter a intenção e consciência do seu ato.

Portanto, mesmo diante de um sistema normativo que determina exclusivamente o atendimento do interesse público, é comum a prática desses atos ilegais, pelo fato que o agente público quer atingir benefício econômico próprio ou de terceiro. Dessa forma, apesar do controle judicial que pode ser exercido sobre os contratos celebrados pela Administração Pública é preciso que o poder público também atue de modo a fiscalizar, exercendo controle interno para garantir a legalidade e eficácia do procedimento.

Outro mecanismo atuante para tentar frear a prática abusiva dos agentes públicos é o controle sobre a atuação da Administração desempenhada pela população. Constituindo uma forma de pressionar os agentes para que procedam adequadamente e para que as autoridades fiscalizem com maior eficiência e punam os corruptos. Afinal, o interesse que deverá ser atendido é da coletividade, cabendo a ela exigir o seu fiel cumprimento.

REFERÊNCIAS

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Crimes na Lei de Licitação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUIMARÃES, Edgar. **Contratação Direta: Comentários às Hipóteses de Licitação Dispensável e Inexigível**. Curitiba: Negócios Públicos, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MARTINES JÚNIOR, Eduardo; LATANCE NETO, Valdemar. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação: A Responsabilidade Civil e Criminal de seus Agentes**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Direito Administrativo 8**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, G.; COELHO, I.; BRANCO, P. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal I: Parte Geral arts. 1ª a 120 do CP**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011

SILVA, Samantha Tanner Perez da. "A contratação emergencial como hipótese de licitação dispensável e os aspectos cabais da situação de emergência", BLC – Boletim de Licitações e Contratos nº 7, P-10, São Paulo, Editora NDJ, jul. 2006

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Dispensa, inexigibilidade e contratação irregular em face da Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19697-19698-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2011.

Senado Federal. **Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev. atualizada e ampliada. Brasília, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto Federal nº 7.257, de 4 de agosto de 2010**. Presidência da República. 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/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**. Presidência da República. 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/L8429.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Lei de Licitação e Contratos**. Presidência da República. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Dispõe sobre Consulta sobre a caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública e dispensa de licitação na aquisição de material destinado à restauração de estradas rodoviárias, com base no disposto na Lei nº 8.666/93, art. 24, inciso IV. Decisão 347/1994/TCU. Rubens Bayma Denys, Ministro de Estado dos Transportes. Relator: Carlos Átila Álvares da Silva. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 171. 23/10/1996 - DJ 31.10.1996. Lei Especial - Penas Privativas de Liberdade e Pecuniária - Cuminação Cumulativa - Substituição. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0171.htm>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO. AVALIAR PROCESSOS DE COMPRAS DESTINADOS AO ENFRENTAMENTO DO VIRUS H1N1. DILIGÊNCIA E OITIVA. OPORTUNIDADES DE MELHORIA. ALERTAS E DETERMINAÇÕES. REMESSA DE CÓPIA DO RELATÓRIO, VOTO E ACÓRDÃO ÀS INSTANCIAS INTERESSADAS. Acórdão 1457/2011 - Plenário. Ministério da Saúde. Relator: Ministro José Jorge. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. PRESTAÇÃO DE CONTAS. INCONSISTÊNCIAS GRAVES NOS PROCESSOS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DE DIVERSOS DISPOSITIVOS DA LEI N.º 8.666/93. PAGAMENTOS DE MULTAS DE TRÂNSITO, SEM A CORRESPONDENTE RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES CAUSADORES DAS INFRAÇÕES. TRANSGRESSÃO AOS PRECEITOS ESTATUÍDOS NA LEI N.º 8.958/94. CONTAS IRREGULARES. APLICAÇÃO DE MULTA. DETERMINAÇÕES. - Julgam-se irregulares as contas ordinárias, com aplicação de multa aos responsáveis, em face de descumprimento legal. Acórdão 2545/2008 - Primeira Câmara. Fundação Universidade do Amazonas e Ministério Público. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=9&doc=3&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

ANEXO I



Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993

Texto compilado

Mensagem de veto

Vide Medida Provisória nº 544, de 2011

Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

[...]

Seção VI Das Alienações

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) dação em pagamento;

~~b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo; (Vide Medida Provisória nº 335, de 2006)~~

~~b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f e h; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)~~

~~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"; (Redação dada pela Medida Provisória nº 458, de 2009)~~

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; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)

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 (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

f) alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social, por órgãos ou entidades da administração pública especificamente criados para esse

~~fim; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994) (Vide Medida Provisória nº 292, de 2006) (Vide Medida Provisória nº 336, de 2006)~~

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; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)

~~g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)~~

~~g) procedimentos de regularização fundiária de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976; (Redação dada pela Medida Provisória nº 458, de 2009)~~

g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

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; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

~~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 quinze módulos fiscais ou mil e quinhentos hectares, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; (Incluído pela Medida Provisória nº 458, de 2009)~~

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; (Incluído pela Lei nº 11.952, de 2009)

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.

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea "b" do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

~~§ 2º A Administração poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada licitação, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública.~~

§ 2º A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

~~II - a pessoa física que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura e moradia sobre área rural situada na região da Amazônia Legal, definida no art. 2º da Lei nº 5.173, de 27 de outubro de 1966, superior à legalmente passível de legitimação de posse referida na alínea g do inciso I do caput deste artigo, atendidos os limites de área definidos por ato normativo do Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)~~
(Regulamento)

~~II - a pessoa física que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na região da Amazônia Legal, definida no art. 1º, § 2º, inciso VI, da Lei nº 4.771, de 22 de setembro de 1965, superior a um módulo fiscal e limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares; (Redação dada pela Medida Provisória nº 458, de 2009)~~

II - a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500ha (mil e quinhentos hectares); (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)

~~§ 2º A. As hipóteses da alínea g do inciso I do caput e do inciso II do § 2º deste artigo ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)~~

~~§ 2º A. As hipóteses do inciso II do § 2º ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 458, de 2009)~~

§ 2º-A. As hipóteses do inciso II do § 2º ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos: (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)

I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social. (Incluído pela Lei nº 11.196 de 2005)

§ 2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

~~II - fica limitada a áreas de até 500 (quinhentos) hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)~~

~~II - fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 422, de 2008).~~

II - fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; (Redação dada pela Lei nº 11.763, de 2008)

III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

IV - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.763, de 2008)

~~§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei, a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea a do inciso II do art. 23 desta lei.~~

§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta lei; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

~~§ 4º A doação com encargo poderá ser licitada, e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato.~~

§ 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 6º Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 7º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)

[...]

Capítulo II
Da Licitação

Seção I
Das Modalidades, Limites e Dispensa

[...]

Art. 24. É dispensável a licitação:

~~I - para obras e serviços de engenharia de valor até 5% (cinco por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda de obras e serviços da mesma natureza que possam ser realizados simultânea ou sucessivamente;~~

~~I - para obras e serviços de engenharia de valor até cinco por cento do limite previsto na alínea a do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)~~

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

~~II - para outros serviços e compras de valor até 5% (cinco por cento) do limite previsto na alínea a, do inciso II do artigo anterior, e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;~~

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

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

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;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistir a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior constante do registro de preços, ou dos serviços; (Vide § 3º do art. 48)

~~VIII - quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, exceto se houver empresas privadas ou de economia mista que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que ficarão sujeitas à licitação;~~

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; (Regulamento)

~~X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;~~

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

~~XII - nas compras eventuais de gêneros alimentícios perecíveis, em centro de abastecimento ou similar, realizadas diretamente com base no preço do dia;~~

~~XIII - na contratação de instituição nacional sem fins lucrativos, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que a pretensa contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional;~~

~~XIV - para a aquisição de bens ou serviços por intermédio de organização internacional, desde que o Brasil seja membro e nos termos de acordo específico, quando as condições ofertadas forem manifestadamente vantajosas para o Poder Público;~~

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestadamente vantajosas para o Poder Público; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso administrativo, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática por pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei: (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

~~XXI - Para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)~~

XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

~~XXII - na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)~~

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida. (Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004)

XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação. (Incluído pela Lei 11.107, de 2005)

~~XXVII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)~~

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007).

~~XXVIII - (Vide Medida Provisória nº 352, de 2007)~~

XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (Incluído pela Lei nº 11.484, de 2007).

XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. (Incluído pela Lei nº 11.783, de 2008).

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. (Incluído pela Lei nº 12.188, de 2.010) Vigência

~~XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. (Incluído pela Medida Provisória nº 495, de 2010)~~

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

~~Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo, serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)~~

Parágrafo único. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

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;

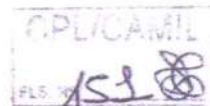
III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 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.³²

³² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm

ANEXO II



ESTADO DE PERNAMBUCO
SECRETARIA ESPECIAL DA CASA MILITAR
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 033/2010
DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 005/2010

EMENTA: *Dispensa de Licitação.
Caráter emergencial e calamitoso da
contratação, fundamento nos termos
do Inciso IV do Art. 24 da Lei nº
8666/93.*

PREÂMBULO

A COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA CASA MILITAR, foi encaminhado o Memorando nº 360/2010-GEAP/CODECIPE, datado de 18 de junho de 2010, cujo signatário é o Ten Cel BM Ivan Fredovino Ramos Junior-Coordenador de Defesa Civil, através do qual o Sr. Ten Cel PM WALDEMIR JOSÉ VASCONCELOS DE ARAÚJO – Secretário Executivo da Casa Militar, determinou mediante despacho exarado no documento, adoção de providências por parte desta Comissão, com Autorização para processamento de **DISPENSA DE LICITAÇÃO** para a Contratação Direta de Empresa Especializada em Serviços de Transportes de Água Potável com Fretamento de Carro-pipa e respectivos condutores, conforme TERMO DE REFERÊNCIA anexo ao memorando, para atender a demanda em diversos municípios do interior do Estado de Pernambuco, em situação de emergência e calamidade pública;


Lúcia Maria Berenstein
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil





152

Instruem os presentes autos todos os documentos necessários à realização de uma compra direta, vez que é manifesta a não exigência de licitação, neste caso, frente à comprovada situação emergencial e calamitosa, conforme anexamos, dentre outros:

1. Matérias publicadas em jornais e internet;
2. Decreto Estadual Nº 35.191, de 21 de junho de 2010 e do Decreto Estadual Nº 35.192, de 21 de junho de 2010, que homologou a Situação de Emergência e Estado de Calamidade Pública em diversos municípios;
3. NOTA TÉCNICA Nº 14/2010 – GETOP/CODECIPE;
4. Declaração da existência de dotação orçamentária e disponibilidade financeira;
5. Justificativa da contratação conforme Termo de Referência;
6. Cotações de 04 empresas;

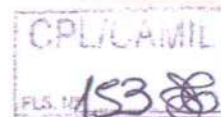
1. DA FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA DA CONTRATAÇÃO E DA CARACTERIZAÇÃO DA SITUAÇÃO EMERGENCIAL E CALAMITOSA (ART. 26, PARAGRAFO ÚNICO, INCISO I DA LEI Nº 8.666/93)

O Coordenador de Defesa Civil, buscou no seu Termo de Referência a Justificativa para a Contratação, vejamos:

1. DA JUSTIFICATIVA

1.1 A SECRETARIA ESPECIAL DA CASA MILITAR - CAMIL, por força dos Decretos nº 35.191 e nº 35.192 ambos de 21/06/2010, que estabeleceram estado de emergência e calamidade pública em diversos municípios do Estado, em consequência, que as altas


Lúcia Maria Berenstein
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil



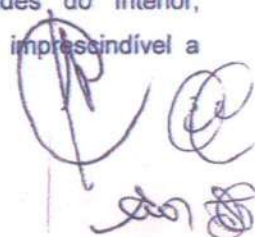
precipitações pluviométricas resultaram em um desastre de origem natural, o que exige do Poder Executivo Estadual a adoção de medidas para restabelecer a normalidade das regiões afetadas, determinando a aquisição emergencial dos Serviços de Transporte de Água Potável com Fretamento de Carro-Pipa e respectivos condutores, para entrega imediata, com fundamento no Inciso IV, do Art. 24 da Lei 8.666/93. Essa ação permite garantir a assistência humanitária, na forma preceituada pela Carta Humanitária, e Normas Mínimas de Resposta Humanitária em Situação de Desastres, das Nações Unidas.

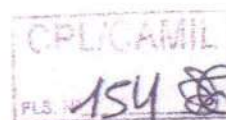
1.2. A CODECIPE objetiva garantir o atendimento às necessidades de sobrevivência. O abastecimento de água potável através de carro-pipa é imprescindível, por razões óbvias, assegurando-se, sobretudo, a dignidade da pessoa humana frente adversidades dessa monta.

1.3. Observe-se que em situação de tamanha calamidade, fazem-se necessários todos os meios possíveis à viabilização do célere atendimento às vítimas. Daí, naquilo que compete e ficou sob os cuidados da CAMIL, necessária a Contratação de Empresa especializada em serviços de transporte de água potável com fretamento de carro-pipa e respectivos condutores, por contratação direta e com entrega imediata, na forma da lei.

As recentes precipitações pluviométricas ocorridas no Estado de Pernambuco provocaram uma SITUAÇÃO DE EMERGENCIA em 27 (vinte e sete) municípios, provocou ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA em 12 (doze) municípios e AFETOU a população de outros 28 (vinte oito) municípios, totalizando atualmente conforme NOTA TÉCNICA Nº 14/2010 – GETOP/CODECIPE em cerca de 67 (sessenta e sete) municípios atingidos no Estado, nos quais se encontram 26.966 pessoas desabrigadas, 55.643 pessoas desalojadas, 20 mortas e incontáveis prejuízos materiais e humanos em várias cidades do Interior, provocando o Estado através da CODECIPE, a agir de forma imprescindível a


Lúcia Maria Berenstein
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil





oferecer o mínimo indispensável à sobrevivência dos desamparados, principalmente no que tange a proteção, das famílias em questão, com vistas a minimizar os efeitos catastróficos provocados;

Os números acima não transmitem com exatidão a dimensão da gravidade do problema;

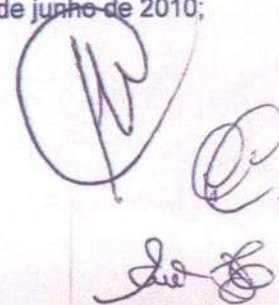
Os estragos causados pelas chuvas no Nordeste, em particular em Pernambuco e Alagoas, tomaram vulto e reconhecimento nacional, os meios de comunicação televisado, virtual, escrito e falado exploraram reiteradamente os prejuízos causados;

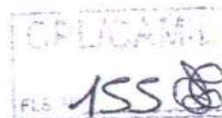
A situação que a população dos municípios afetados se encontra, especificamente os desabrigados e desalojados, em alguns casos não assistidos pelo poder público local, expõe ao perigo, bem como, causa danos à segurança, à saúde e à incolumidade de pessoas e bens, fazendo-nos agir de maneira emergencial e imediata, com o intuito de eliminar ou reduzir as consequências lesivas;

Por intermédio do Decreto Estadual Nº 35.191, de 21 de junho de 2010 e do Decreto Estadual Nº 35.192, de 21 de junho de 2010, o Exmo. Senhor Governador do Estado de Pernambuco, homologou, na forma do Decreto Federal nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, as Declarações de "Situação de Emergência e Calamidade Pública" em diversos municípios do Estado, em razão das intensas precipitações pluviométricas verificadas, que acarretaram significativa redução na produção agrícola, fato que contribui para o aumento do desemprego, da fome e da insegurança da população, onde se conclui que os habitantes dos Municípios afetados não têm condições de superar os danos e prejuízos provocados pelo evento adverso, haja vista a situação sócio-econômica desfavorável da região, que depende, fundamentalmente, da atividade agropecuária,

As Situações de Emergência e os Estados de Calamidades Públicas, também foram **RECONHECIDOS**, pela SECRETARIA NACIONAL DE DEFESA CIVIL, através das Portarias nº 423 e 424 ambas de 24 de junho de 2010;


Lúcia Maria Berenstein
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil





A contratação é que dará suporte à CODECIPE, no sentido de minimizar o risco de danos causados à população, uma vez que, os carros-pipas serão destinados à abastecer os municípios cuja população ficou vitimada com as recentes precipitações pluviométricas;

Em função da situação emergencial, calamitosa e precária em que se encontram as mencionadas famílias, é imprescindível que o Estado de Pernambuco proporcione o mínimo indispensável à sobrevivência dos desamparados, principalmente no que tange a alimentação e acomodação das famílias em questão, com vistas a minimizar os efeitos catastróficos provocados, garantindo desta forma a subsistência dos desabrigados;

Devido à insuficiência de tempo para efetuar um procedimento licitatório convencional, torna-se necessário a Dispensa de Licitação para contratação Direta destinada ao fretamento de carro-pipa em questão, tornando possível no menor espaço de tempo, a entrega dos materiais de subsistência aos afetados e ao atendimento da situação emergencial.

2. DA CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL – RAZÕES DA ESCOLHA DO FORNECEDOR E DA JUSTIFICATIVA DO PREÇO (ART. 26, PARAGRAFO ÚNICO, INCISO II e III DA LEI Nº 8.666/93)

Apesar da **urgência que a situação impõe**, visando o interesse público e sempre buscando a proposta mais vantajosa, foram consultadas várias Empresas no ramo comercial pertinente, com intuito de cotar preços, conforme quadro abaixo:


Lúcia Maria Berenstein
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil



5



CLASS.	EMPRESA	TOTAL
1ª	SCAVE – SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA	R\$ 629.950,00
2ª	OTL OBRAS TÉCNICAS LTDA	R\$ 681.800,00
3ª	SIENA ENGENHARIA LTDA	R\$ 730.800,00
4ª	CONSTRUTORA INGAZEIRA LTDA	R\$ 743.260,00

Consoante restou demonstrado, conforme propostas de preços, que a empresa melhor colocada foi a **SCAVE – SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA**, com valor global orçado em R\$ 629.950,00 (seiscentos e vinte e nove mil, novecentos e cinquenta reais);

A escolha da empresa **SCAVE – SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA**, deveu-se a apresentação do menor preço na cotação, onde se verifica que os preços ofertados estão compatíveis com os praticados no mercado;

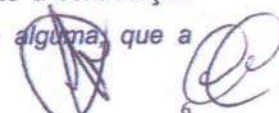
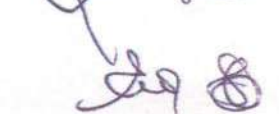
Ateste-se que a empresa possui reconhecida capacidade operacional, adota normas técnicas adequadas, o que proporciona facilidade na execução e operação, não sujeitando a prejuízos no fornecimento dos materiais, conforme atributos elencados no Art 12 da Lei 8.666/93;

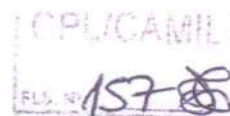
Quanto à justificativa do preço, assim discorre Marçal Justen Filho em seu livro "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 10 ed., São Paulo: Dialética, 2010, pág. 391, *litteris*:

"6) A Questão do Preço

A validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública. A regra não se vincula precipuamente à contratação direta – afinal, não se admite, em hipótese alguma, que a


Lúcia Maria Berenstein
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil



Administração Pública efetive contratação por valor desarrazoado. Ainda quando exista uma licitação, deve-se verificar se a proposta classificada em primeiro lugar apresenta valor compatível com o interesse público. Proposta de valor excessivo deverá ser desclassificada (Lei nº 8.666, art. 48).

Mas a questão adquire outros contornos em contratações diretas, em virtude da ausência de oportunidade para fiscalização mais efetiva por parte da comunidade e dos próprios interessados. Diante da ausência de competição, amplia-se o risco de elevação dos valores contratuais. Bem por isso, o art. 25, § 2º, alude à figura do "superfaturamento" como causa de vício da contratação. Eventualmente, a conduta dos envolvidos poderia caracterizar inclusive figura de natureza penal.

A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.

É óbvio, então, que a razoabilidade do preço depende da equivalência das condições contratuais. Se o Estado impuser condições contratuais mais onerosas do que as adotadas nas contratações usuais do particular, deverá arcar com preço correspondentemente mais oneroso. A elevação de preço será injustificada, apenas, se o contrato apresentar características equivalentes às praticadas pelo particular em suas outras contratações." (G.N.)


Lúcia Maria Berenstein
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil



7





Verificado a admissibilidade de contratação quanto aos pressupostos do Parágrafo Único do Art. 26 da Lei 8.666/93, foi solicitado a empresa a documentação pertinente para demonstração da qualificação jurídica, fiscal, técnica e financeira, ficando demonstrado, conforme a documentação apresentada pela empresa, que a mesma preenche os requisitos de habilitação;

3. CONCLUSÃO. AMPARO LEGAL

A caracterização da presente contratação torna-se **legítima** quando observamos ampla e inequivocamente a situação emergencial que se encontram os municípios mencionados, os quais já decretaram **SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA**, pelo vários prejuízos causados pela precipitação pluviométrica dos últimos dias, provocando rompimento de açudes, desabamentos, falta de água, energia elétrica e telefone, comprometimento da produção agrícola, inundações, desapropriações, interdição de vias (locais e urbanas), obstrução do sistema sanitário, dentre outros danos materiais e econômicos que comprometem sobremaneira o dia-a-dia da população atingida, afora, o estado em que se encontram outros municípios que ainda não decretaram situação de emergência, considerando que o ritmo das chuvas continua em alguns municípios;

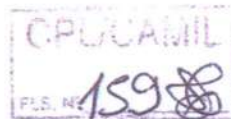
A contratação direta com base no art. 24, IV da lei 8.666/93, depende do preenchimento dos seguintes requisitos:

1. Situação emergencial ou calamitosa;
2. Urgência de atendimento;
3. Risco;
4. Contratação direta como meio adequado para afastar o risco.

Segundo o mestre Marçal Justen Filho, para a dispensa de licitação fundamentada na urgência incumbe à Administração avaliar a presença de dois requisitos:


Lúcia Maria Berenstein
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil


8



a) Demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano: a urgência deve ser concreta e efetiva, isto é, a demora na realização da contratação traria prejuízos irreparáveis;

b) Demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco. Trata-se, portanto, de expor a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano. A contratação deve prestar-se a evitar a concretização do dano.

Nesse aspecto, foram acostados aos autos documentos essenciais ao atendimento da pretensão da CODECIPE, inclusive a indicação da dotação orçamentária. Ademais, estão presentes todos os requisitos exigidos na legislação em vigor. **Dessa forma, passa-se a opinar:**

A Constituição Federal assegura que a contratação realizada com prévia licitação é a forma mais vantajosa para a Administração Pública, desde que, seja sempre verificado o princípio da igualdade. Porém, a própria Carta Magna faculta a contratação direta nos casos permitidos em Lei;

No que se refere ao âmbito jurídico da questão temos, em princípio, que de uma forma geral, os serviços objeto desta Dispensa de Licitação são importantes para o bom desempenho dos serviços da CODECIPE. No caso sob exame, entendemos enquadrar a hipótese como dispensa pelos motivos abaixo delineados;

Em se tratando de Dispensa de Licitação para a contratação direta dos aludidos serviços, à luz da legislação atinente à questão, conforme o inciso IV do Art. 24 da Lei Federal 8666/93, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, contemplemos as previsões constantes do texto, a seguir transcrito:

"Art. 24 – É dispensável a licitação:

(...)

Lúcia Maria Berenstein
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil

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".

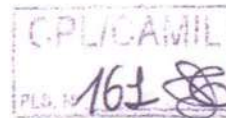
Do dispositivo transcrito acima, compreender-se, sem sombra de dúvida, dispensável a licitação para a contratação direta de Empresa Especializada em Serviços de Transporte de Água Potável com Fretamento de Carros-pipa e respectivos condutores. Entretanto, a contratação direta não caracteriza uma livre atuação administrativa, permanecendo o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes. Ou seja, ausência de licitação não equivale à contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Vale dizer, a regra é a disputa, mesmo na contratação direta.

Por outro lado, de acordo com o mestre **Marçal Justen Filho**, em comentários ao inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, complementa que:

"A hipótese merece interpretação cautelosa. A contratação administrativa pressupõe atendimento às necessidades coletivas e supra-individuais. Isso significa que a ausência da contratação representaria um prejuízo para o bem público. Se inexistisse um interesse em risco, nem caberia intervenção do Estado. A atividade pública não pode ser suprimida ou diferida para o futuro. Afinal, essas são características inerentes à Administração Pública. O dispositivo enfocado refere-se aos

Lúcia Maria Berenstein
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil

10



casos em que o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal". JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 305.

Para os fins de celebração do consequente contrato ou instrumento equivalente, caso venha a ser autorizada pela Autoridade Competente, mister se faz mencionar que, por ocasião da análise do presente caso, encontra-se a documentação da **SCAVE – SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA**, nos moldes exigidos na legislação vigente. Contudo, nesta oportunidade, convém lembrar que, por ocasião da elaboração do contrato ou instrumento equivalente, seja toda a documentação revisada, para os fins de atualização.

Ex positis,

A comissão opina favorável pela **DISPENSA DE LICITAÇÃO**, razão pela qual deve o processo, ser encaminhado à Autoridade Superior para, em acatando, proceder à ratificação deste entendimento e a consequente publicação na imprensa oficial para que produza efeitos legais, a contar de 23 de junho de 2010, em atendimento ao disposto no art. 26 da citada Lei nº 8.666/93. Sendo o valor a ser pactuado entre a Secretaria Especial da Casa Militar e a empresa **SCAVE – SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA**, na ordem de R\$ 629.950,00 (seiscentos e vinte e nove mil, novecentos e cinquenta reais);

É o Parecer, sob censura.

Recife, 1º de julho de 2010.


LAURINALDO FELIX NASCIMENTO - CAP PM
Presidente da CPL/CAMIL


Lúcia Maria Berenstein
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil




CLÁUDIA MARIA LAPA DE SÁ CÂMARA - FC
Membro da CPL/CAMIL


JOÃO AMARAL ARETAKIS FILHO - ST PM
Membro da CPL/CAMIL


MÔNICA MARIA FERREIRA PASCHOAL - Cb PM
Membro da CPL/CAMIL

VISTO

Conforme o que prevê o parágrafo único do art.
38 da Lei Federal nº 8.666/93 e alterações
posteriores.


Lúcia Maria Berntsen
OAB/PE 8398
Assessora Jurídica
Secretaria da Casa Civil

ANEXO III

163



ESTADO DE PERNAMBUCO
SECRETARIA ESPECIAL DA CASA MILITAR
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 033/2010
DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 005/2010

ATO DE RATIFICAÇÃO

Reconheço e ratifico a Dispensa de Licitação nº 005/2010, referente ao Processo nº 033/2010-CPL/CAMIL, considerando o Parecer da Comissão Permanente de Licitação, fundamentado no Inciso IV do Art. 24, da Lei Federal nº 8.666/93, cujo objeto consiste na Contratação de Empresa Especializada em Serviços de Transportes de Água Potável com Fretamento de Carro-pipa e respectivos condutores, para atender a demanda em diversos municípios do interior do Estado de Pernambuco, em situação de emergência e calamidade pública, restando contratada a Empresa **SCAVE – SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA**, com proposta orçada no valor total de R\$ 629.950,00 (seiscentos e vinte e nove mil, novecentos e cinquenta reais) atendendo o interesse dessa Secretaria Especial da Casa Militar.

Recife/PE, 1º de julho de 2010.


WALDEMIR JOSÉ VASCONCELOS DE ARAÚJO - TC PM
SECRETÁRIO EXECUTIVO DA CAMIL

PREFEITURA MUNICIPAL DO
CABO DE SANTO AGOSTINHO
SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS - SMA

TERMO DE HOMOLOGAÇÃO DO
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 008/2010

como vencedora: AGRONEGÓCIOS PROJETO S
LITORAL LTDA. CNPJ 02.706.855/0001-79. Cabe de
proteção, 19 de maio de 2010 - Edna Gomes de Silva -
Municipal de Promissões Sociais e de Mulher.

PREFEITURA MUNICIPAL DO

CABO DE SANTO AGOSTINHO
Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos
Comissão Permanente de Licitação
INTERESSADOS, VER: ANEXO 003/2010

Carg. H967330-PMONR-SER082019 - Contribuição de empresa para confecção de cartões numerados em formulário contínuo de frete transporte e peixe estudantil - valor total R\$ 80.029,00 - Cód. PG nº 0306405A-SEBEMIN-COMUNICAD-PMONTAUBU

DES EM IMPRESSOS LTDA - Sec. Executiva de Defesa
Secretaria: Luis Alves de Lima Filho - 27 de maio de
of. Nº 003/UG-PNCSA-SEMIP/2010 - Leção de

limpa fassa para torção de dentes - valor total R\$ 96.501,20
conf. CV nº 002/PMCSA SEMSP/2010 Oremador: B&G WALLLEY
LTDA. - Sec. Executiva de Manutenção e Serviços Públicos -
Secretaria: José Maria Pinheiro de Castro - 3 de junho de 2010

REGISTRO DE PREÇOS Nº 012UG-PACSA
2012 - Aquisição parcelada de água mineral em garrafão
rodado de 30(litros) litos. Cont. PP Nº025PACSA

ATA DE REGISTRO DE PREÇOS Nº 014/UG-PMCEA-
0000007010 – Atuação em atendimento de emergência, indústria 2020

NO:SPACCA-SMOOV0210- Contrata:TECSUPRI-
IAS, SUPRIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.Soc.
de Governo - Secretário:JOSADAC MIGUEL DOS
SANTOS

EXTRATOS DE TERMOS ADITIVOS SPA Cont.271/06-CC.00408 - Acréscimo de R\$ 207.322,83 (duzentos e sete mil trezentos e vinte e dois reais e oitenta e nove centavos) sobre o valor inicial do contrato vertente, correspondente a 12,45% (doze e quatro por cento).

Ass. Executiva de Obras Públicas - Secretário: Cezar

SECRETARIA MUNICIPAL DO

PREFEITURA MUNICIPAL DO
CABO DE SANTO AGOSTINHO
Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos
Comissão Permanente de Licitação

EXTRATO DE DISPENSA Nº 012/UG-PMCSA-SEMSP/2010
PROCESSO Nº 120/UG-PMCSA-SEMSP/2010

a Olegarias sA. 01200-PMCSA-8280P/2010
o dos serviços emergenciais de limpeza dos canais do
rio e Freixo - Motivo - Devido as fortes chuvas que
Município existe a preocupação em tomar medidas

prevenção visando minimizar os danos e riscos à população, principalmente as que vivem próximas aos canais. - Fundamento - Art. 24, inciso IV da Lei 8095/93 e suas alterações. Contrato: Licor Saneamento Ambiental Ltda - CNPJ nº 25.474.945/0001-08

qto. Av. dos Catadores nº 473-A, Nova Canas -
 PE - CEP: 55.014-440 Valor Total - R\$ 137.540,00
 - Valor Máximo Mensal: R\$ 68.570,00 - Prazo de
 60 dias - José Maria R. de Castro -

Secretário Executivo de Manutenção e Serviços Públicos - Cabo de Santo Agostinho 13 de julho de 2010.

PREFEITURA MUNICIPAL DO
CABO DE SANTO AGOSTINHO

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL
ADJUNTO
PREGÃO PRESENCIAL Nº 020/LG-FMS/2010
Proc. Nº. 024510-FMS/2010

do Cabo de São Agostinho, através do Pequeno ADEAMENTO para as 09:00 horas do dia 27 de julho para o recolhimento das envelopes de Propostas de licenciamento de Habitação para a Anísio de varejo.

de medicamentos, inicialmente previsto para o dia 14/07/2010 09:00, em função da indisponibilidade de acesso ao SITE da ANVISA para refracta de documentos necessários para o certame. Informações na sede da CPL, sito à Rua Manoel de Oliveira da

– Nêmo – Torrita – Cabo de Santo Agostinho/PE ou
telefones (81) 3021.0015, Cabo de Santo Agostinho,
de 2010 – Paulo Valério da Silva Neto.

PREFEITURA MUNICIPAL DE
CAMOTIM/GO

EDITADO DA LEXÃO PUBLICO Nº 001/2010
homologação e Letão Público Nº 001/2010 em favor do
Sr. S. FRANCISCO DE OLIVEIRA FRANCO, RG Nº

247.752 e CPF nº 172.070.024-1, residente à Rua Lacer, 18 - Brasília - Recife - PE, orientador dos bairros 01 e 02, para planejamento de bairros novos (velocidade) inseríveis para o serviço público desta Prefeitura. De acordo com a Lei Nº 8.866 de 21 de junho de 1993 e alterações posteriores. Contrato 12 de julho

LIVRO PORTO DE BARROS - PREFEITO. (1860)

ATO DE RATIFICAÇÃO
PROCESSO Nº 033/2010 - CPL/CAMIL
DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº005/2010

Reconheço e **RATIFICO** a Dispensa de Licitação nº 005/2010, considerando o Parecer da CPL/CAMIL, fundamentada no inciso IV do Art. 24 da Lei Federal nº 8.666/93. **Objeto:** Fretamento de carros pipas, com capacidade de até 20.000 litros de água potável, para atendimento à população nos municípios afetados pelas chuvas, em Situação de Emergência e Estado de Calamidade Pública.. **Contratada:** Scave Serviços de Engenharia e Locações Ltda, CNPJ: 01.514.128/0001-36. **Valor:** R\$ 629.950,00 (seiscentos e vinte e nove mil novecentos e cinquenta reais). **Vigência:** 180 (cento e oitenta) dias a contar de 23/06/2010. **Assinatura:** 23/06/2010. **Fonte de Recursos:** 0102003597. Convênio nº 3597 - SOS Pernambuco. **Concedente:** Ministério da Integração Nacional. **Beneficiário:** Secretaria Especial da Casa Militar.
(REPUBLICADO POR Haver Saído com INCORREÇÃO)

ATO DE RATIFICAÇÃO