

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EBD
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

LARITZA COLARES GOMES DE MATOS

**A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL EM VIRTUDE DE OBSTÁCULO JUDICIAL À
LICITAÇÃO TEMPESTIVA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**BRASÍLIA
JANEIRO, 2014**

LARITZA COLARES GOMES DE MATOS

**A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL EM VIRTUDE DE OBSTÁCULO JUDICIAL À
LICITAÇÃO TEMPESTIVA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial à obtenção de título de Especialista em Direito Administrativo.

**BRASÍLIA
JANEIRO, 2014**

LARITZA COLARES GOMES DE MATOS

**A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL EM VIRTUDE DE OBSTÁCULO JUDICIAL À
LICITAÇÃO TEMPESTIVA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito parcial à obtenção de título de Especialista em Direito Administrativo.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

A Deus, por suas bênçãos diárias.

Aos meus pais e ao meu irmão, fontes de inspiração e responsáveis pela solidificação dos valores que trilham meu caminho.

Ao meu esposo, por sua paciência, apoio e carinho incondicionais.

RESUMO

Pretende-se, com este trabalho, demonstrar a possibilidade de realizar uma contratação direta fundada em situação emergencial nos casos em que um obstáculo judicial, derivado de motivo independente da vontade da Administração, impede a licitação tempestiva. Pretende-se analisar os aspectos relacionados à licitação e sua dispensa e à contratação emergencial como solução ao obstáculo judicial à licitação tempestiva. Busca-se demonstrar os critérios para escolha da empresa a celebrar contrato emergencial com a Administração Pública em razão da impossibilidade de prosseguimento do certame licitatório. Elabora-se, através de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, estudo acerca do inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações, dando-se ênfase, precipuamente, à comprovação da contratação emergencial como instituto solucionador ao impedimento da continuidade do processo licitatório em virtude de óbice judicial.

Palavras-chave: Licitação. Dispensa. Art. 24, IV, Lei 8666/93. Contratação emergencial. Emergência. Obstáculo judicial.

ABSTRACT

It is intended with this work demonstrate the possibility of having a direct contract founded on an emergency situation where a court hurdle, derived from reason independent of the will of public directors , prevents timely bid. We intend to analyze aspects related to bidding and his discharge and emergency procurement as a solution to the legal obstacle to timely bid. Seeks to demonstrate the criteria for choosing the company to enter into emergency contracts in the public sector because of the impossibility of continuing the bidding process. Is elaborated, through doctrinal and jurisprudential research, study on item IV of Article 24 of the Brazilian Bidding Law, with emphasis primarily at proving the emergency hiring solver as the avoidance of continuity institute bidding process due to obstacle legal court.

Keywords: Bidding. Waiver. Article 24, Section IV, Brazilian Law 8666 /93. Emergency procurement. Emergency. Legal obstacle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 LICITAÇÃO E SUA DISPENSA	10
1.1 Licitação: aspectos gerais	10
1.1.1 Conceito	11
1.1.2 Finalidade	12
1.1.3 Princípios	13
1.1.4 O formalismo exagerado e a tempestividade nas licitações	19
1.2 Dispensa de licitação	20
1.2.1 Hipóteses de dispensa	22
2. A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	25
2.1 Noções gerais	25
2.2 Pressupostos da contratação direta emergencial	27
2.2.1 Demonstração concreta e efetiva da potencialidade do dano	28
2.2.2 Demonstração da contratação como via adequada para eliminar o risco	29
2.3 Imprevisibilidade	29
2.4 Limitações à contratação por emergência	32
2.4.1 Limitação do objeto	33
2.4.2 Limitação temporal	34
3. OBSTÁCULOS JUDICIAIS À LICITAÇÃO TEMPESTIVA E A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL COMO SOLUÇÃO	37
3.1 Noções gerais	37
3.2 A plausibilidade da contratação emergencial	38
3.2.1 A importância da boa-fé do administrador como requisito	42
3.3 A seleção da empresa a ser contratada: controvérsias práticas	43
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

A licitação - procedimento administrativo pelo qual um ente público disponibiliza aos interessados a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará a mais conveniente para a celebração de contrato - é regra no Brasil, por força do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal.

Referido princípio constitucional, no entanto, assim como as demais regras do direito, não tem valor absoluto, devendo ser coordenado com os outros princípios do mundo jurídico.

Cedendo espaço ao princípio da economicidade, ao primado da segurança nacional ou, ainda, para garantir um interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia, o legislador, naquele mesmo dispositivo, ressalva “os casos especificados na legislação”, abrindo exceções à obrigatoriedade da licitação.

Dentre as hipóteses excepcionais em que a licitação é dispensável, encontra-se aquela em que a demora na realização do procedimento licitatório é incompatível com a urgência na execução do contrato, com amparo legal no inciso IV do artigo 24 da Lei 8666/93.

Sobre a licitação emergencial, discute-se se este permissivo abrange os casos em que a Administração Pública pretende promover, por exemplo, a contratação de um serviço de natureza contínua, devidamente precedido de processo licitatório que, por razões alheias à Administração, não vem a ser concluído a tempo de possibilitar a contratação.

Debate-se, portanto – e este é o tema central objeto desta pesquisa -, sobre a possibilidade ou não de aplicação da dispensa de licitação, fundamentada no caráter emergencial, nos casos em que a Administração Pública, mesmo havendo iniciado

procedimento licitatório tempestivamente, encontrar-se impossibilitada de contratar devido a impedimentos jurisdicionais impeditivos de conclusão da licitação.

O tema em questão é alvo de grandes polêmicas no mundo jurídico. Dentro desta perspectiva, importante se faz delinear as tendências atuais da doutrina e da jurisprudência, elementos indispensáveis que irão demonstrar que a situação nos conduz a entender que, caso a licitação tenha se iniciado em tempo hábil e o atraso ocorrido na conclusão do procedimento licitatório não tenha sido resultante de falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão, considera-se legítima a contratação direta. Contudo, veremos que a contratação direta não pode ser instrumento de frustração de eficácia do aludido provimento.

Por fim, importante frisar a importância do exame diante do contexto atual em que presenciamos, inúmeras vezes, o administrador público utilizando-se de artifícios com o intuito de forjar a fiel aplicação da lei, ainda mais no que diz respeito ao tema referente à dispensa de licitações.

1. LICITAÇÃO E SUA DISPENSA

A Administração Pública exerce atividade complexa e multifacetada, devendo ter os olhos voltados para o interesse público. Para atingi-lo, precisa valer-se de bens e serviços fornecidos por terceiros, razão pela qual é condicionada a, previamente, firmar contratos para a realização de obras, prestação de serviços, fornecimento de bens etc.

A escolha das pessoas a serem contratadas não poderia ser deixada à exclusiva deliberação do administrador, uma vez que daria margem, possivelmente, a escolhas impróprias, o que prejudicaria a Administração Pública, gestora de interesses coletivos. Portanto, ao contrário dos particulares, que possuem ampla liberdade, o Poder Público necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido por lei.

A licitação é procedimento que veio a contornar possíveis riscos à Administração Pública. Sendo um certame anterior ao próprio contrato, permite que os interessados ofereçam suas propostas e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração.

Para uma melhor compreensão do tema “A contratação emergencial em virtude de obstáculo judicial à licitação tempestiva no âmbito da Administração Pública”, faz-se indispensável examinar o instituto da licitação, desde seus aspectos gerais até a forma em que esta é dispensada. Ressalte, no entanto, que não é da alçada deste trabalho fazer uma análise minudenciada sobre o intuito da licitação. Esta será estudada apenas com o objetivo de termos uma melhor concepção acerca do obstáculo judicial à licitação tempestiva.

1.1 Licitação: aspectos gerais

A licitação remete à ideia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa ao interesse da administração. No presente subcapítulo, estudaremos os aspectos gerais referentes à licitação, bem como as hipóteses que autorizam a sua dispensa.

1.1.1 Conceito

Etimologicamente, a palavra licitação provém do latim *licitationem*, no sentido de “venda” (contratação) por lances, por ofertas, em hasta pública, no caso pela oferta mais vantajosa para a Administração Pública, como princípio.

Discute-se, desde então, o que seria, em linhas gerais, licitação. Tradicionalmente, a doutrina costumava apontar três posicionamentos para situar a licitação em seu devido lugar no campo do Direito: a corrente que a apontava como ato condição, a que tratava como instituto de Direito Financeiro, e a que a inclui na classe dos procedimentos administrativos.

Acerca da corrente que prevalece atualmente, Edmir Netto de Araújo (2010, p. 529) elucida:

A doutrina predominante considera licitação como procedimento administrativo. Basta que se confirmem os conceitos e definições atualmente correntes entre os administrativistas brasileiros.

[...]

Assim, podemos considerar a licitação, sob este aspecto, também como um processo administrativo, vinculado às normas legais específicas e ao instrumento convocatório, de que se serve a Administração para selecionar a proposta mais adequada e vantajosa para o interesse público, em relação ao contrato que pretende celebrar em cumprimento e seus objetivos.

Portanto, podemos considerar a licitação um procedimento administrativo em que as entidades governamentais promovem e no qual iniciam disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

Com propriedade que lhe é peculiar, José dos Santos Carvalho Filho (2013, p.236) conceitua licitação como:

Procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

Em sendo assim, percebe-se que a conceituação de licitação a inclina ao duplo objetivo de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso e propiciar aos administrados a oportunidade de, em igualdade de condições, se candidatar a celebrar contrato com a Administração.

Conclui-se, portanto que, em linhas gerais, a licitação é um procedimento administrativo a que os entes públicos estão sujeitos como medida prévia à escolha de seus contratados, que podem ser públicos ou privados. Trata-se, regra geral, de uma condição dos contratos administrativos, com a finalidade de proporcionar à Administração a proposta mais vantajosa e dar oportunidade a todos de oferecerem seus serviços ou mercadorias ao Estado.

1.1.2. Finalidade

Três são as finalidades essenciais da licitação, compreendidas no art. 3º da Lei de Licitações.

A licitação visa a proporcionar, primeiramente, a obtenção da proposta mais vantajosa às pessoas que a ela se submetem. Por proposta mais vantajosa entenda a que melhor atende – especialmente, em termos financeiros – aos interesses da entidade licitante. Em segundo lugar, a licitação tem a finalidade de dar igual oportunidade aos que desejam contratar com a Administração Pública, conforme estabelece o art. 3º da lei federal 8666/93.

Ressalte-se que a Medida Provisória n. 495, de 19 de julho de 2010, posteriormente convertida na Lei n. 12. 349/2010, alterou o dispositivo em comento para que a licitação possua, também, a finalidade de garantir a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”. É o que profere o artigo 3º da Lei n. 8666/93, ora em estudo:

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.

Os grifos *supra* evidenciam que o dispositivo em comento alberga as principais finalidades da licitação, quais sejam: isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Ressalte-se que a seleção da proposta mais vantajosa pode ser frustrada por vício jurídico ou insatisfação das propostas. É o que a doutrina denomina “licitação fracassada”. Ainda, o intuito de obter a proposta mais vantajosa pode ser frustrada quando ao chamamento não ocorre nenhum proponente. A essa situação a doutrina nomeou de “licitação deserta”.

1.1.3. Princípios

A Lei 8666 de 21 de junho de 1993, no art. 3º, dispõe que as licitações serão processadas e julgadas na conformidade dos seguintes princípios: 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.

De acordo com o que a própria lei apresentou, referidos princípios são norteadores fundamentais do procedimento licitatório.

O artigo 3º sintetiza, portanto, o espírito da Lei em comento. Havendo alguma dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o interprete deverá recorrer a esse dispositivo. Caso alguma solução seja incompatível com o artigo 3º, esta deverá ser rejeitada. Se houver mais de uma solução compatível com os referidos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo.

Essa diretriz deve nortear a atividade tanto do administrador quanto do próprio Poder Judiciário. O administrador, no curso das licitações, tem de submeter-se a eles.

O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios, mas respeitando as regras adotadas.

A propósito, Carlos Ari Sundfeld (1997, p. 142) ao tratar dos princípios gerais de direito público, observa que a autoridade pública “evidencia o fato de o direito público regular o exercício do Poder Público, gerando, portanto, a outorga ao Estado de poderes especiais frente aos particulares”.

O princípio da legalidade é o alicerce de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal, garantindo que os indivíduos não estejam sujeitos a abusos de conduta e desvios de objetivo.

De acordo com o ordenamento constitucional vigente (art. 5º, CF/88), o cidadão pode fazer tudo que a lei não proíbe, e só a lei poderá obrigá-lo a fazer ou deixar de fazer algo. Já para o administrador público, o princípio inscrito no art. 37, caput, tem o sentido de princípio da legalidade estrita, porque o agente público só pode fazer o que a lei determina ou expressamente permite.

Ainda sobre a incidência deste princípio no âmbito das licitações, Lucas Rocha Furtado (2001, p. 39), ensina:

No âmbito das licitações, são encontradas diversas manifestações desse princípio. A Lei n. 8666/93 define, por exemplo, as modalidades de licitação – concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão – e seu processamento. Assim, se determinado administrador deve realizar licitação, não poderá criar modalidade de licitação não citada em lei. Não poderá igualmente fazer combinação de duas modalidades existentes para criar nova modalidade. O mesmo deve ser dito em relação aos critérios que serão utilizados para julgar as propostas. Estes são estabelecidos na Lei das Licitações, e o administrador não poderá criar outro critério para julgar propostas que não os expressamente postos a sua disposição pela lei.

Percebe-se, portanto, que nas licitações, o princípio da legalidade é de importância fundamental, pois incide desde a elaboração do edital ou convite, ditando através deles a conduta da Administração e dos licitantes, até o objetivo final, que é a contratação e a própria execução do contrato resultante.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, assim como o da legalidade, encontra-se expressamente mencionado no art. 37 da Constituição de 1988. Portanto, o princípio da impessoalidade é aplicável às licitações independentemente de menção expressa na Lei 8666/93, uma vez que se trata de princípio geral da Administração.

Deve-se entender que impessoalidade significa que toda atividade administrativa, destinada à realização de interesse público, não pode visar beneficiar ou perseguir pessoas ou empresas, de modo que os administrados sejam tratados sem discriminação.

Podemos afirmar que o princípio impessoalidade se traduz na supremacia do interesse público indisponível sobre o interesse individual, refletindo-se em uma atuação do agente público de forma objetiva, adstrita à lei e ao interesse público, não havendo lugar para comportamentos subjetivos, pois o agente é apenas o executor da lei e não o senhor da Administração.

Não se pode negar, por óbvio, que à Administração interessa obter a proposta mais vantajosa, mas em nenhum momento a ela é permitido qualquer tipo de proteção ou restrição aos interessados, vendando-se, também a promoção pessoal de autoridades públicas.

Sobre o tema, remetemo-nos aos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello (2008, p. 523)

O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.

Importante ressaltar que a impessoalidade não conduz, no entanto, ao exagero de se entender que todos devem ser sempre tratados de forma absolutamente idêntica. Em face, inclusive, da peculiaridade de cada contrato, a lei igualmente autoriza a imposição de requisitos de qualificação técnica, econômica etc.

De acordo com a análise realizada em relação aos princípios já mencionados, verificamos que o legislador deve sempre praticar atos em estrita conformidade com a lei e não promover tratamento de modo que favoreça ou prejudique qualquer dos licitantes. A ausência de lei que proíba a prática de determinada conduta, porém, não autoriza o administrador ou mesmo o particular a proceder de modo que ofenda a ética e a moralidade pública.

Trata-se, portanto, de um princípio moral ou ético – intitulado-se princípio da moralidade ou da probidade - que carrega consigo a obrigação aos dirigentes públicos de se pautarem na honestidade de propósitos, imparcialidade e dedicação ao serviço público. É este sentido de honestidade e boa-fé que leva a confiança que o cidadão comum deve ter em seus administradores.

Sobre o tema, Edmir Netto de Araújo (2010, p. 551) esclarece:

Não se trata da moralidade convencional, mas de moralidade jurídica, que é atingida pela observância dos princípios administrativos, como supremacia e indisponibilidade do interesse público, legalidade estrita, igualdade, impessoalidade, com algo mais que é a decisão do agente sobre o que é honesto ou desonesto, moral ou imoral, pois muitas vezes o que é formalmente legal não pode ser honesto ou moral, e o ato pode ser praticado de forma a prevalecer, na sombra, o interesse imoral, ilegítimo e inconfessável.

Se a imoralidade frustra o objetivo da licitação, ocorrerá a nulidade do ato ou do procedimento administrativo. Ainda, o responsável pelo comportamento ímprobo deve ser responsabilizado civil, penal e administrativamente pelo órgão competente.

O princípio da isonomia (ou da igualdade), por sua vez, tendo sua origem no art. 5º da Constituição Federal de 1988, configura-se um direito fundamental e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. Ao dispor sobre a obrigatoriedade da licitação, a Constituição, de forma expressa, assegurou no inciso XXI do artigo 37 que o procedimento deve garantir “igualdade de condições a todos os concorrentes”.

A observância da isonomia entre os participantes implica um duplo dever. De uma parte, deve-se tratar igualmente todos os que participam do certame, o que implica proibição a discriminações de qualquer espécie no julgamento das propostas. De outro lado, requer-se que seja oferecida oportunidade de participar da licitação a quaisquer interessados que tenham condições de assegurar o cumprimento do contrato a ser celebrado.

Cumpre-nos salientar que não configura violação ao princípio da igualdade o estabelecimento de requisitos mínimos que tenham por finalidade exclusivamente garantir a adequada execução do contrato.

A própria Lei 8666/93 no § 1º do artigo 3º reforça essa orientação, senão vejamos:

Art. 3º [...]

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

A isonomia significa, portanto, tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-as apenas na medida em que existam diferenças. Não se admite, portanto, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público.

O princípio da publicidade determina que a Administração deve manter plena transparência de seus atos para que seja viabilizado o exercício pleno do controle por parte da sociedade. Insurge-se esse princípio contra a burocracia administrativa, que

dificulta o acesso a dados e documentos. Trata-se, portanto, de um dever de transparência em prol não apenas dos que disputam a licitação, mas de qualquer cidadão.

Existem, na Lei 8666/93, vários dispositivos que constituem a aplicação do princípio da publicidade. O art. 3º, §3º estabelece que a licitação não será sigilosa, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; o artigo 4º, na parte final, permite que qualquer cidadão acompanhe seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos; o artigo 15, § 2º, exige que os preços registrados sejam publicados trimestralmente para orientação da Administração; o artigo 16 exige seja publicada a relação de todas as compras feitas pela Administração; o artigo 21 estabelece norma sobre a publicação dos avisos contendo resumo do edital; o § 4º do mesmo dispositivo exige que qualquer modificação seja divulgada pela mesma forma que seu texto original; o artigo 34 § 1º, exige ampla divulgação do registro cadastral e sua permanente abertura a todos os interessados; o artigo 39 exige, quando o valor estimado da licitação for superior a determinado montante, que o procedimento se inicie com audiência pública realizada com a observância dos prazos estabelecidos no dispositivo; o artigo 40, inciso VIII, exige que do edital conste a indicação dos locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância; o artigo 43, § 1º, exige que a abertura dos envelopes com a documentação e as propostas seja feita em ato público previamente designado; o artigo 53, § 4º exige que o edital do leilão seja amplamente divulgado.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório estabelece a vinculação da administração aos estritos termos do instrumento convocatório da licitação (edital ou carta-convite) deflui do *caput* do art. 41 da Lei 8.666/93. Esse preceito veda à administração de descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Assim, instituídas as regras da disputa, tornam-se invariáveis para aquela licitação, durante todo o procedimento administrativo. Se, no decorrer da licitação, a Administração perceber a sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos

moldes, mas, enquanto vigente o edital ou convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento.

O princípio do julgamento objetivo, por sua vez, é corolário do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Consiste na ideia de que o edital deve apontar claramente o critério de julgamento a ser adotado para determinar o licitante vencedor.

Os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim, subjetivismos e personalismos, tampouco qualquer surpresa para os participantes da competição.

Por tal princípio, portanto, evitam-se julgamentos por critérios desconhecidos previamente dos licitantes ou fundados em parâmetros pessoais ou subjetivos dos julgadores, afastando-se a discricionariedade na escolha das propostas, bem como as “cartas marcadas”.

1.1.4. O formalismo exagerado e a tempestividade nas licitações

O formalismo procedimental passa a noção de que as regras do procedimento adotadas para a licitação devem seguir os parâmetros estabelecidos na lei, não sendo lícito aos administradores subvertê-los a seu juízo.

A circunstância de que a Administração deve seguir procedimento previamente definido, a fim de celebrar seus contratos, não implica, no entanto, o dever de adotar formalismos desnecessários ou exagerados.

Quando a Administração Pública inicia o procedimento licitatório de bens, obras ou serviços, torna-se evidente que há necessidade para a contratação. Em sendo assim, apesar de ser adotado um procedimento formalista não advém ao administrador fazer exigências inúteis à licitação.

Tais atrasos no procedimento licitatório põem em sacrifício os interesses curados pelo Estado em consequência de um formalismo exacerbado. Importante enfatizar que o descumprimento de uma formalidade só causará nulidade se houver comprovação de

prejuízo. Desse modo, segundo jurisprudência sedimentada, o postulado *pás de nullté sans grief* (não há nulidade sem prejuízo) é aplicável ao procedimento licitatório.

1.2. Dispensa de licitação

Como vimos, a regra, no direito brasileiro, é a necessidade de prévia licitação para a celebração de contratos administrativos, em razão do princípio da obrigatoriedade. No entanto, referido princípio constitucional, assim como as demais regras do direito, não tem valor absoluto, devendo ser coordenado com os outros princípios do mundo jurídico.

Cedendo espaço ao princípio da economicidade, ao primado da segurança nacional ou, ainda, para garantir um interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia, a Constituição Federal de 1988 abriu exceções à obrigatoriedade da licitação, senão vejamos:

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.

Estudaremos, neste subcapítulo, hipóteses de contratação direta na Lei 8666/93, dando enfoque aos casos de dispensa de licitação.

Inicialmente, cumpre-nos ressaltar que a desnecessidade de qualquer ato da Administração Pública para liberar-se da obrigatoriedade de licitar, nos casos de dispensa de licitação (ou licitação dispensável), distingue-se da licitação dispensada e da licitação inexigível.

A dispensa de licitação – ou licitação dispensável - é tratada no art. 24; a licitação dispensada é elencada no art. 17; e a inexigível, no art. 25 da Lei n. 8666/93. É

importante reconhecer que, em termos práticos, essa divisão apresenta consequências para cada situação.

As hipóteses de inexigibilidade estão previstas exemplificativamente no art. 25 da Lei n. 8666/93. São casos em que a realização do procedimento licitatório é logicamente impossível por inviabilidade de competição, seja porque o fornecedor é exclusivo, seja porque o objeto é singular. Nos casos de inviabilidade, a decisão de não realizar o certame é vinculada, à medida que, configurada alguma das hipóteses legais, à Administração não resta alternativa além da contratação direta.

Já a licitação dispensada, recentemente identificada pela doutrina, não envolve a possibilidade discricionária, como nas hipóteses convencionais de dispensa, de a Administração escolher entre promover a licitação ou realizar a contratação direta. Encontra-se no artigo 17 e trata-se, portanto, de situações em que a contratação direta é uma decisão vinculada.

Por fim, as hipóteses de dispensa de licitação ou licitação dispensável, previstas taxativamente no artigo 24 da Lei 8666/93, envolvem situações em que a competição é possível, mas sua realização pode não ser para a Administração conveniente e oportuna, à luz do interesse público. Assim, nos casos de dispensa, a efetivação da contratação direta é uma decisão discricionária da Administração Pública.

É o que o que confirma Toshio Mukai (2009, p. 79):

Dispensável será a licitação quando, nos casos previstos em lei, ela puder ou não ser efetivada. E, se dispensada a licitação, à evidência e por lógica, os princípios específicos que a comandam estarão afastados, como dispõe o art. 3º da Lei 8666/93. Tais princípios são da vinculação ao instrumento convocatório – que, aliás, no caso, inexistente; o da igualdade entre os licitantes – que, aliás, no caso, inexistente; do sigilo na apresentação das propostas; o do julgamento objetivo – que, aliás, inexistente no caso; o da adjudicação compulsória ao vencedor (que inexistente); o da competitividade – que inexistente, no caso, uma vez que a competição é sinônimo de licitação e, portanto, onde não há licitação não pode haver competição.

A diferença entre licitação dispensável e dispensada reside, portanto, no fato de que esta última é compulsória, ou seja, não confere discricionariedade à Administração para avaliar se dispensará ou não a licitação nas situações contempladas na lei.

Sobre as principais distinções entre a licitação dispensável e a licitação dispensada, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2009, p. 202) professa:

A principal distinção entre licitação dispensada, tratada no art. 17, e as dispensas de licitação, estabelecidas no art. 24, repousa no sujeito ativo que promove a alienação, figurando no primeiro caso a Administração, no interesse de ceder parte do seu patrimônio, vender bens ou prestar serviços e, nos casos do art. 24, a situação é oposta, estando a Administração, como regra, na condição de compradora ou tomadora dos serviços.

Outro aspecto distintivo entre licitação dispensada e dispensável é o dato de que, em princípio, na primeira não é necessário observar as formalidades do art. 26 da Lei 8666/93, significando, com isso, simplificação.

No cotidiano, percebemos que nem sempre é possível empregar os termos licitação dispensada e dispensa de licitação como conceitos referentes a termos distintos, havendo alguns doutrinadores, inclusive, que entendem que a distinção não parece de maior utilidade.

1.2.1. Hipóteses de dispensa de licitação

Como estudado, a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável a competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente com os valores norteados da atividade administrativa.

As hipóteses de dispensa de licitação podem ser resumidas segundo a forma de manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício, em razão do valor, em razão de situações excepcionais, em razão do objeto e em razão da pessoa.

O artigo 24 da Lei de Licitações, em razão de formular um elenco taxativo de hipóteses em que a licitação é dispensável, é um dos mais consultados e aplicados no âmbito das licitações. A lei enumerou trinta e três casos de dispensa de licitação. Em

razão da extensão do dispositivo, citaremos apenas os casos que consideramos de maior importância, quais sejam:

Art. 24. É dispensável a licitação:

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

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

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;

[...]

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.

[...]

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 do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.

[...]

Percebemos, portanto, que a dispensa de licitação verifica-se em ocasiões em que, embora possível a competição entre particulares, a abertura de um procedimento licitatório afigura-se inconveniente com os princípios que regem a Administração Pública.

Toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Muitas vezes, percebe-se, de antemão, que a relação custo benefício não será equilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão os benefícios que dela poderão ocorrer. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício dos interesses coletivos e supraindividuais. Impõe-se, dessa maneira, a contratação direta porque a licitação é dispensável.

No que diz respeito às hipóteses acima apontadas, frise-se o inciso IV do referido dispositivo, que merece atenção especial para o nosso estudo. Em razão disso, abriremos um capítulo especial para tratar desse assunto.

2. A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Hipótese que merece uma interpretação cautelosa, a contratação emergencial pela Administração Pública é, conforme analisamos, uma das causas legais de licitação dispensável.

Neste capítulo, trataremos desde as noções gerais até os pressupostos e limitações da contratação baseada em uma situação emergencial.

2.1. Noções Gerais

Grande parte dos ramos do Direito contém regras específicas que dizem respeito a situações emergenciais. No direito público, a frequência deste fenômeno é ainda maior. De acordo com o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (2010, p. 773), emergência deriva do latim *emergentia* e significa “ação de emergir; situação crítica; acontecimento perigoso ou fortuito; incidente”. A emergência, portanto, trata-se de uma situação que foge a normalidade.

Conforme determina o inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações, é dispensável a licitação nos casos de emergência, se preenchidos as condições constantes no dispositivo, conforme cumpre-nos corroborar:

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.

Existe, vale dizer, certa imprecisão na definição do que realmente configuraria, no caso concreto, uma situação de emergência que esteja a justificar a contratação direta. Por essa razão o dispositivo em análise tem sido, com alguma frequência, mal

interpretado em razão de que, na prática, vem-se desprezando um ou alguns dos seus requisitos ou utilizando-se de uma exegese ampliadora dos seus limites.

O Decreto n. 7257/2010 - em seu artigo 2º, inciso III - define situação de emergência como “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido”. Trata-se o caso, portanto, de situações em que somente o atendimento imediato pode evitar circunstâncias causadoras de prejuízos e salvaguardar a segurança das pessoas, obras, bens e equipamentos ou reduzir as suas consequências quando os fatos já houverem ocorrido.

Cumprido ressaltar que as situações de emergência não se confundem com os casos de guerra e de grave perturbação à ordem. Nesta, a anormalidade ou o risco é generalizado, autorizando a dispensa de licitação em toda a área atingida pelo evento. Naquela, o reconhecimento para fins de dispensa da licitação se dá em cada caso.

Ainda, não se confundem os casos de emergência com os casos de calamidade pública, conforme ensinam Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 411)

As emergências podem ser diferenciadas das calamidades em vista da dimensão do seu impacto: as calamidades públicas são coletivas, geradoras de ampla comoção e grande número de vítimas; as emergências podem ser pontuais ou exclusivas de um bem ou pessoa. Mais ainda: nas calamidades, as medidas que autorizam a dispensa são normalmente adotadas *ex post facto*; já, as que se relacionam com as emergências podem ser *ex post* ou *ex ante*. Em ambos os casos, são exceções ditadas pelas circunstâncias, as quais estreitam (se não excluem) a esfera de discricionariedade administrativa. A depender dos fatos, à Administração não cabe tergiversar: o interesse público exige que a contratação seja feita de pronto.

Valemo-nos das lições do mestre Hely Lopes Meirelles (2006, p. 114), que nos exemplifica algumas situações emergenciais:

Exemplificando, são casos de emergência o rompimento do conduto de água que abastece a cidade; a queda de uma ponte essencial para o transporte coletivo; a ocorrência de um surto epidêmico; a quebra de máquina ou equipamentos que paralise ou retarde o serviço público, e

tantos outros eventos ou acidentes que transtornam a vida da comunidade e exigem prontas providências da Administração.

Percebe-se, portanto, que a emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Um retardamento em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora em seu tramite, submeter a contratação ao processo licitatório ocasionaria o sacrifício a esses valores.

Não é qualquer situação emergencial, no entanto, que dará ensejo à contratação direta. Faz-se necessário preencher certos requisitos, ponderados pela Administração. É o que observaremos nos próximos subcapítulos.

2.2. Pressupostos da contratação direta emergencial

Para que seja legítima a contratação direta em virtude de situação emergencial, incumbe à Administração Pública avaliar a presença dos requisitos a seguir analisados.

O Tribunal de Contas da União (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Decisão 347/1994, Plenário, Min. Relator Carlos Átila Álvares da Silva. Brasília, DF, Diário Oficial da União 21 de junho de 1994, Seção 1, p. 9040), em resposta à consulta formulada pelo Ministério dos Transportes, enfrentou essa questão e buscou firmar, objetivamente os requisitos necessários ao enquadramento de situações concretas nas hipóteses de contratação direta em razão da emergência. Devido à importância da questão, cumpre-nos transcrever parte da decisão:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, decide:
[...]

2. responder ao ilustre Consultente, quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese:

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

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

- a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;
- a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;
- a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado;

2.2.1 Demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano

Devem ser indicados os dados que evidenciam a urgência – concreta e efetiva - na contratação. Não se admite, portanto, pressuposto fático teórico como argumento para a contratação emergencial por dispensa.

Verificada a situação emergencial, é dever da Administração Pública demonstrar a probabilidade da ocorrência de sérios danos a pessoas ou bens, caso não seja prontamente efetivada, mediante contratação com terceiro, a obra, serviço ou compra, segundo as especificações e quantitativos necessários e suficientes para afastar prejuízos.

Com sua didática que lhe é peculiar, Marçal Justen Filho (2008, p. 292), ensina:

Suponha-se, por exemplo, uma aquisição de medicamentos a ser efetivada pela Administração Pública. Colocada a questão em termos gerais, nunca caberia a licitação. Sempre seria possível argumentar que a demora na aquisição de medicamentos traria prejuízos à saúde pública. Como decorrência, a aquisição de medicamentos nunca se sujeitaria à previa licitação. A solução é claramente equivocada, eis que o fundamental reside na relação entre a necessidade a ser atendida e a solução concreta adequada. Em muitos casos, a Administração dispõe de tempo suficiente para realizar a licitação e promover o contrato que atenderá à necessidade. O problema reside na impossibilidade de aguardar o tempo necessário à Administração para adquirir os remédios. A demonstração da necessidade concreta significa que a Administração deve indicar as quantidades necessárias de medicamentos para atender aos doentes e as quantidades de que dispõe em estoque.

Importante enfatizar, portanto, que não é qualquer dano que autoriza a dispensa de licitação. Cabe à Administração comprovar que o dano será irreparável – ou, seja, não poderão ser compostos posteriormente - caso não haja a contratação direta.

2.2.2 Demonstração da contratação como via adequada para eliminar o risco

Se o risco de dano não for eliminado através da contratação, significa que inexistente cabimento da dispensa de licitação e deve ser realizado o procedimento comum licitatório.

A contratação direta como via adequada e efetiva para eliminar o risco deve restar não só demonstrada como, também, justificada a sua utilidade pela Administração Pública. De nada vale a simples colocação da palavra “emergência” em documento assinado pela autoridade competente para caracterizar essa hipótese de dispensabilidade da licitação.

A contratação direta deve, portanto, prestar-se a evitar a efetivação do dano, através de demonstração de viabilidade concreta desta medida. O dispositivo constitui aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade uma vez que exige uma relação entre os meios – dispensa da licitação – e os fins – atendimento de situação emergencial.

2.3 Imprevisibilidade

Para que se demonstre plausível a contratação direta em virtude de emergência, faz-se necessário que essa situação seja imprevisível. Materializa-se a emergência, portanto, em hipóteses nas quais o administrador, mesmo sempre tomando as cautelas necessárias, é surpreendido por situações em que, caso não contrate imediatamente, um dano irreparável ocorrerá.

Doutrina e jurisprudência pátrias têm considerado a conduta preterida do administrador para avaliar se a situação decorre, de fato, do imprevisível ou de uma atuação irresponsável ou negligente da Administração.

Em casos de emergência real, e não artificialmente fabricada pelo administrador, é evidente que, obtendo-se uma previa autorização da autoridade competente, deve-se

contratar imediatamente o serviço, a obra ou a aquisição do material, formalizando-se logo a seguir o expediente.

A diferença precípua entre emergência real e emergência fabricada é abordada por Diógenes Gasparini (2012, p. 585), nos seguintes termos:

O conserto do reservatório de água na cidade cujo vazamento ameace sua segurança e a restauração do equipamento de balsa, destruído por uma enchente anormal do rio, são casos de emergência. Nessas hipóteses, diz-se que a emergência é *real*, pois seu surgimento não decorreu de qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, da Administração Pública. Portanto, não é de emergência real a situação que deve ser resolvida de imediato (compra de distintivo, hoje, para com eles serem agraciados amanhã os funcionários que completaram 20 anos de serviço público), quando dela já se tinha conhecimento muito tempo antes. Nessa hipótese, diz-se que a emergência é *ficta*, ou fabricada. Em tais casos, há negligência, não urgência.

Cumpra-nos assinalar o lúcido exemplo de Edimur Ferreira de Faria sobre o assunto (2007, p.339):

O mesmo alerta se deve fazer em relação à urgência. Esta surge em decorrência de fatos do homem ou da natureza, imprevisíveis. Dito de outro modo, a urgência não pode ser criada, não decorre do mal ou deficiente planejamento do agente público. Exemplo: admita-se que o Ministério da Educação distribua, no início do ano letivo, cadernos e livros aos alunos carentes matriculados na rede pública de ensino do 1º e 2º graus. Sabe-se que o ano letivo inicia-se, normalmente, no primeiro dia útil do mês de fevereiro. Ora, se em meados do mês de janeiro alegar-se urgência para adquirir os referidos objetos sem licitação, por não haver mais prazo suficiente para comprá-los através do procedimento licitatório próprio, essa alegação será improcedente. Nesse caso, a emergência ou urgência não se configura. Configura-se, sim, mal planejamento do órgão de compras ou financeiro. Em hipóteses semelhantes a essa, a licitação não pode ser dispensada, sob pena de incorrer em ilícitos administrativos e penais a autoridade que a dispensar.

Nos casos de emergência fabricada – em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível – entendemos inadmissível que referida inércia seja causa justificadora de uma contratação imediata com base no inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações.

Corroborando posicionamento de que a emergência não pode ser justificada pela desídia e falta de prevenção, o Tribunal de Contas da União (TC 007.826/94, Plenário, Relator Min. Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 10 de outubro de 1995, p.15966) manifestou-se no seguinte sentido:

A falta de planejamento ou o planejamento inadequado das ações a serem executadas não permite que o administrador, em etapa posterior, invoque a dispensa de licitação sob a alegação de situação de emergência.

Confirmando o entendimento *supra*, vale destacar o Acórdão 1942/2011 do Tribunal de Contas da União (BRASIL, Tribunal de Contas da União. 1ª. Câmara, Relator Ministro Walton Alencar. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 5 de abril de 2011):

Tanto a prorrogação contratual prevista no § 4º do art. 57 quanto a contratação por dispensa de licitação a que se refere o inciso IV, do art. 24, ambos da Lei 8666/1993, devem ser necessariamente justificadas e ratificadas por autoridade superior.

A falta de planejamento adequado, a incúria ou inércia administrativa, causa de contratações emergenciais, são motivos de prorrogações contratuais repudiados com veemência pela jurisprudência do Tribunal. Nesse sentido, a Decisão Plenária 138/1998 e o Acórdão 1.876/2007 – Plenário.

Após comprovado que a urgência decorreu de desídia administrativa, obviamente deve à situação serem aplicadas as devidas providencias acauteladoras, constituindo-se, pois indeclinável dever penalizar o gestor que age com negligência na obrigação de prever as situações que possam causar dano à sociedade ou à Administração, deixando de envidar esforços para obviá-las.

A propósito, cumpre-nos destacar autorizada lição de Lúcia do Valle Figueiredo (1992, p. 49), amparada em Cintra do Amaral:

Mais adiante, vai distinguir a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa. A ambas dá idêntico tratamento, no que atina à possibilidade de contratação direta. Porém, não exime o responsável pela falha administrativa de sofrer sanções disciplinares compatíveis.

Em nosso entender, somente dessa forma ficaria satisfeito o princípio da moralidade administrativa, insto é, se, realmente, responsabilizado for o funcionário que deu causa à situação surgida.

Ainda sobre o tema, é válido citar as lições de Ronny Charles Lopes de Torres (2008, p.97):

Necessário que os órgãos de controle priorizem uma atuação punitiva. Caso realmente verificada a situação de emergência, com a necessidade de contratação pelo Poder Público, esta deve ser permitida nos limites suficientes (objeto e período) a atender essa situação excepcional, pois não seria razoável impor-se o prejuízo da não contratação, com o conseqüente não atendimento de uma necessidade emergencial à coletividade. De qualquer forma, para proteção do erário, acreditamos que deve ser resguardada a devida punição ao gestor desidioso ou inoperante. Apenas assim, acreditamos, estará sendo respeitada a verdadeira função da norma, sem apegos excessivamente positivistas que prejudicam a correta aplicação do direito em detrimento dos fatos sociais envolvidos.

É relevante destacar, por fim, a Orientação Normativa n. 11 da Advocacia Geral da União, publicada em 1º de abril de 2009:

A contratação direta com fundamento no inciso IV da Lei n. 8666 de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei

Conclui-se, portanto, que não se pode entender como emergência aquilo que configura apenas desídia ou inércia administrativa, nem aquilo que não demande realmente atendimento urgente, quando já se tinha conhecimento da situação há muito tempo, pois é imperativo que se compatibilizem no tempo o evento, a contratação e a execução, para que as exigências legais licitatórias possam ser assim momentaneamente desconsideradas e configure legítima a dispensa licitatória.

2.4 Limitações à contratação por emergência

Na redação do inciso IV do artigo 24 da Lei 8666/93 houve por bem o legislador, com a finalidade de evitar arbitrariedades por parte do administrador público - além das outras restrições que estabeleceu - fixar limites em relação ao objeto e ao prazo máximo das contratações fundadas em situações emergenciais.

Precipuamente, existem duas limitações principais: em relação ao objeto e em relação ou prazo temporal, conforme veremos a seguir.

2.4.1 Limitação do objeto

A redação do dispositivo indica que não é possível à Administração Pública pretender utilizar uma situação emergencial para dispensar a licitação em aquisição que transcendam o objeto do contrato, que, nesses casos emergenciais, deve ser feito tão somente no limite indispensável ao afastamento do dano.

Essa permissividade excepcional, portanto, é apenas para a contratação dos bens indispensáveis ao afastamento do risco decorrente da situação emergencial. As obras, bens e equipamentos referidos na disposição em estudo, sujeitos a danos, podem ser da Administração Pública ou do particular, no entanto a emergência apenas dispensa a licitação para o caso específico e unicamente para obras, bens e serviços necessários exclusivamente ao atendimento da situação emergencial.

Sendo, então, nestas condições, decretado o estado de emergência, a entidade no âmbito que a decretar estará legitimada a: a) comprar bens necessários ao atendimento de emergência, e apenas esses, numa estimativa a ser procedida pela entidade que os adquire; b) contratar obras e serviços a serem concluídos em até cento e oitenta dias contados da data do evento ensejador da decretação do estado excepcional.

A título de elucidação, vale destacar as explanações de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2009, p. 338):

Haverá, assim, profunda relação entre o objeto pretendido pela Administração e o interesse público a ser atendido. Há correlação entre uma explosão acidental, envolvendo dutos de combustível, ferindo pessoas e a contratação de serviços médicos sem licitação, com determinado hospital. Não haverá correlação se, tendo por causa o mesmo evento, um Município pretender comprar caminhões-pipa, pois, embora estes sejam úteis em eventual combate a incêndio, não há menos correlação entre o fato que se presencia como emergente e a instrumentalização do aparelho estatal para evitar a sua repetição.

Percebe-se, portanto, que deve, obrigatoriamente, ser íntima a correlação entre o objeto da contratação direta e o dano, sob pena de incidir o administrador em uma dispensa de licitação ilícita e aplicação das sanções penais e administrativas cabíveis ao gestor.

2.4.2 Limitação temporal

O contrato a ser firmado com base na contratação direta em razão de situação emergencial, além do dever de obedecer aos pressupostos estudados, revela caráter provisório, na medida em que serve apenas para impedir o perecimento do interesse público, concedendo tempo suficiente à Administração para concluir o regular processo licitatório.

Nesse sentido, a parte final do inciso IV do art. 24 da Lei 8666/93 prescreve que, mediante tais contratos, é permitido somente adquirir os bens necessários ao atendimento da situação calamitosa e receber prestação de serviços ou parcelas de obras que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada sua prorrogação.

Cumpre-nos destacar que o prazo de 180 dias conta-se da data da emergência pública, em dias consecutivos e ininterruptos. Por ilação não é correto afirmar que o prazo de duração do contrato é de 180 dias, dado que normalmente, mesmo diante de situações urgentes, a Administração leva algum tempo para firmá-lo. Como o prazo é contado da data da emergência ou da calamidade, se a Administração demora, por suposição, 15 dias para ultimar o contrato, o prazo de duração dele é de apenas 165 dias.

Questão tormentosa diz respeito a saber se, em face da vedação contida no dispositivo em comento, seria possível a sua renovação além do prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2009. Plenário. Relatoria Ministro Aroldo Cedraz. Diário Oficial da União, 18 de março de 2009) já decidiu em determinadas ocasiões pela possibilidade de prorrogação em casos excepcionais, senão vejamos:

Vencida a questão preliminar, quanto ao mérito, acolhi o argumento do responsável de que o mero fato do transcurso de mais de um ano não inviabiliza a dispensa de licitação, se ainda permanece a situação emergencial. No entanto, permanecendo a situação emergencial, ainda que em razão da desídia da administração, é possível a contratação por dispensa de licitação, o que não afasta a obrigatoriedade de se apurar a culpa dos gestores omissos de modo a promover as responsabilizações e apenações.

Em outro julgamento, por sua vez, o mesmo Tribunal (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 158/2010. 2ª Câmara. Relatoria Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 26 de janeiro de 2010), defendeu a tese da inadmissibilidade da prorrogação, no sentido que:

3.16.2. Como se sabe, o prazo máximo para uma contratação emergencial é de 180 dias, não podendo ser prorrogado, conforme letra do artigo 24, inciso IV da Lei 8666/93 e alterações posteriores. Entretanto, haverá ocasiões em que decorrido aquele prazo, a situação de emergência ainda persiste, como nos casos de uma grande epidemia, catástrofes, inundações etc. A solução será a celebração de um novo emergencial por um novo prazo através de novo processo. Como se verifica, não se trata de prorrogação de contrato emergencial após o decurso de 180 dias, mas sim da celebração de um novo contrato emergencial, que inclusive poderá ou não ser celebrado com a mesma pessoa física ou jurídica após pesquisa de valores.

Entendemos que a prorrogação dos contratos emergenciais, apesar de indesejável, não pode ser proibida de forma absoluta. Diante de circunstâncias excepcionais e estranhas à vontade das partes, poderão referidos contratos sofrer prorrogação em seus prazos de início e de conclusão.

Neste sentido, vale destacar a lição de Calos Pinto Coelho Motta (2008, p. 280):

Essa excepcionalidade é circunscrita aos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa. O prazo máximo de execução é de 180 dias consecutivos ou ininterruptos e, em princípio, não poderá haver prorrogação do contrato. Todavia, tal prorrogação

poderá ocorrer em razão de dificuldades naturais e imprevisíveis, ou mesmo a sustação do contrato a que se refere o art. 79, § 5º.

A exemplo: em determinada autarquia estadual, em face do desabastecimento de medicamentos destinados ao atendimento hospitalar, foi reconhecida por ato formal a situação de emergência na Superintendência Hospitalar tendo o Tribunal de Contas do Estado aprovado essa excepcionalidade.

Registre-se, por fim, que o Tribunal de Contas da União (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão 158/2010. 2ª Câmara. Relatoria Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 26 de janeiro de 2010) vem entendendo que o prazo máximo para a assinatura do contrato fundado em situação emergencial é de 30 dias a contar da data do fato que produziu a emergência. Dessa maneira, referido Tribunal dá um parâmetro importante ao entender que “se a contratação emergencial demorar mais que trinta dias da ocorrência do fato que a justifica, o TCU não considerará que existiu emergência”.

A tese, portanto, é que, se a Administração Pública permitiu que transcorressem 30 dias dos fatos, a situação não é verdadeiramente urgente e pode aguardar a conclusão de licitação pública.

3. OBSTÁCULOS JUDICIAIS À LICITAÇÃO TEMPESTIVA E A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL COMO SOLUÇÃO

Após as devidas considerações acerca da licitação, suas modalidades de dispensa e, mas especificamente, sobre a contratação emergencial, mostra-se oportuno, agora, examinar uma espécie de licitação tolerada pelos órgãos de controle, com base no mesmo dispositivo em exame, ou seja, justificado por uma situação emergencial.

Delinearemos a seguir noções gerais sobre referido tema, estudando a plausibilidade da contratação emergencial nestas hipóteses e, ainda, o procedimento para selecionar a empresa a ser contratada.

3.1 Noções gerais

O objeto em estudo refere-se à situação específica em que a Administração pretende promover, por exemplo, a contratação de um serviço de natureza contínua devidamente precedido de processo licitatório e, por razões alheias à Administração, não vem a ser concluído em tempo de possibilitar a contratação.

Em outras palavras, trata-se de situação em que se instaura certame de forma tempestiva, porém, no curso do processo licitatório, por motivo independente à sua vontade, a Administração se encontra impossibilitada de firmar o contrato.

Quais motivos podem impedir que a licitação não venha a ser concluída tempestivamente? Tais situações derivam, especialmente, de provimentos jurisdicionais que obstam a continuidade regular do trâmite licitatório.

A título de exemplo, suponhamos que a Administração, tempestivamente, inicie regular certame licitatório. No entanto, consideremos que, durante este procedimento, haja sido concedida liminar judicial em face de mandado de segurança, impetrado por um licitante desclassificado, razão pela qual o procedimento licitatório é suspenso.

Neste caso, em virtude da necessidade de contratação e da impossibilidade de dar continuidade do procedimento licitatório, de que maneira a Administração Pública deve proceder até que o mandado de segurança seja definitivamente julgado? Seria possível realizar uma contratação emergencial? Caso seja, com que empresa a Administração Pública celebraria referido contrato?

No próximo subcapítulo, ilustraremos que, nestas hipóteses, verificados os pressupostos a seguir apresentados, a Administração Pública pode se valer da contratação emergencial. Discutiremos, ainda, sobre qual empresa deve ser contratada, sem que frustre a eficácia da liminar que suspendeu o procedimento licitatório.

3.2 A plausibilidade da contratação emergencial

Feitas as considerações iniciais acerca dos obstáculos judiciais à licitação tempestiva, demonstraremos, agora, a possibilidade da contratação emergencial nestas situações.

De fato, demonstrando-se que a situação emergencial não pode ser imputada à desídia do administrador, além demonstração concreta da urgência de atendimento e do risco da ocorrência de sérios danos a pessoas ou bens, torna-se viável a contratação direta fundada no inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações.

Iniciaremos com as lições de Marçal Justen Filho (2008, p. 265):

Uma situação peculiar deriva da impossibilidade de contratar por motivo independente da vontade da Administração. Isso se passa especialmente e nos casos de provimentos jurisdicionais impeditivos de conclusão de licitação. A Administração instaurara a licitação tempestivamente, mas no curso do certame, recorreu-se ao Poder Judiciário e se obteve decisão vedando a contratação ou impondo observância de certas providências da conclusão do certame. Logo, surge necessidade imperiosa a ser atendida e não há licitação respaldando a contratação. É caso de contratação direta, fundada no inc. IV.

Em sendo assim, percebemos que, havendo decisão judicial vedando a contratação ou exigindo providências que impeçam a conclusão do certame por motivo

independente da vontade da administração e demonstrando-se os possíveis prejuízos, a Administração Pública poderá adquirir diretamente.

Coadunando este entendimento, o Tribunal de Contas da União (BRASIL, Tribunal de Contas da União. Decisão n. 585/1994. Plenário. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de janeiro de 1994, p. 1487) considerou “legítima a contratação direta, pela Câmara dos Deputados, pelo prazo de noventa dias, para que fosse possível ultimar procedimento licitatório tendo por objeto serviço de natureza contínua, essencial à segurança de bens públicos”.

No dizer de Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino (2009, p. 328)

Materializa-se a emergência em hipóteses, por exemplo, de epidemias; terremotos; maremotos; ciclones; greves de servidores, ou sua demissão coletiva e inesperada (afetando serviços importantes); enchentes, desabamentos de prédios, pontes, casas, edificações; necessidade emergente de redobrar serviços de segurança (o que é sempre temporário); contratação de serviços outros impostergáveis, com ameaça iminente a pessoas, serviços ou bens públicos. Nesses casos ou em outros de comprovada emergência, como por exemplo, de paralisações judiciais de processos licitatórios de serviços essenciais e impostergáveis, a justificativa da Administração deve evidenciar cabalmente a emergência, permitindo à autoridade superior autorizar a aquisição direta.

Observe que, para que se configure possível a contratação direta na hipótese de paralisação judicial é mister que se façam presentes os pressupostos que autorizam a contratação emergencial. Em sendo assim, o gestor público deve demonstrar concreta e efetivamente a potencialidade do dano, que a contratação direta é a via adequada e efetiva para eliminar o risco e, por fim, que a situação adversa não se originou da sua desídia.

Vale reassaltar, portanto, que o surgimento de um obstáculo judicial à licitação tempestiva não é suficiente, por si só, para que seja autorizada pelo órgão competente a contratação com base no inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações. A rigor, nestes casos, deve-se realizar uma nova licitação; somente comprovando-se a urgência de e que a situação era imprevisível é que se faz legítima a contratação direta.

Também o Tribunal de Contas do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. Decisão n. 3.500/1999. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, DF, 01 jul 1999, p. 26) tem admitido esta hipótese em entendimento que foi reiterado em caráter normativo, em resposta à consulta, nos seguintes termos:

II) informar ao ilustre consulente que, sem prejuízo do cumprimento das formalidades previstas no art. 26 da Lei nº 8.666/93, é possível a contratação direta de obras, serviços (continuados ou não) e bens, com fulcro no art. 24, IV, da referida norma legal, se estiverem presentes, simultaneamente, os seguintes requisitos, devidamente demonstrados em processo administrativo próprio:

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

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

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

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

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

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

g) a compra, no caso de aquisição de bens, seja para entrega imediata.

Tal entendimento vem sendo reiterado pelos Tribunais de Contas de diversas unidades da Federação, conforme podemos constatar por meio de recente julgado proferido pelo Tribunal de Contas de Pernambuco (PERNAMBUCO. Tribunal de Contas. Processo TC n. 1302557-0 Relatoria Conselheiro Valdecir Pascoal, Diário Oficial do Pernambuco, Recife, Pernambuco, 08 de junho de 2013, p. 4), através de Auditoria Especial, ao proferir que:

Quanto à caracterização da emergência no processo de dispensa que levou à contratação da empresa *DMDL Montagem de Stands Ltda.*, vale ressaltar que a Administração, inicialmente, formalizou Pregão Presencial, demonstrando não ter sido sua intenção inicial contratar diretamente por meio de processo de Dispensa de Licitação. Durante o transcorrer do Pregão, a empresa *Arte Produções de Eventos Artísticos e Locações Ltda.* teve sua proposta classificada e habilitada, porém alterações nas condições iniciais presentes no edital fizeram-na formalizar a desistência da proposta.

[...]

Assim, diante da desistência de proposta, a Administração deveria realizar novo processo licitatório, uma vez que não havia mais licitantes habilitados no Pregão.

No entanto, conforme alega com razoabilidade a SECOPA, “não havia mais tempo hábil para realização de novo processo licitatório, uma vez que, nos termos do cronograma da Copa das Confederações FIFA 2013, a entrega do objeto a ser contratado deverá acontecer no máximo até a data de 05 de junho de 2013”.

Afirma, ainda, que “A realização de novo procedimento legal de licitação fulminaria qualquer possibilidade descumprimento de todos os prazos estipulados pela FIFA, o que inviabilizaria a realização da competição no Estado de Pernambuco, fato este suficiente para concretização de hipótese de contratação direta por dispensa de licitação por situação emergencial, nos moldes da legislação atinente à matéria, por ser a via adequada e efetiva para eliminar o risco”.

Percebe-se, após leitura dos julgados *supra*, que os Tribunais de Contas vêm, reiteradamente, adotando entendimento no sentido que a contratação direta é a via adequada e efetiva quando surge necessidade imperiosa a ser atendida e o processo licitatório, apesar de iniciado tempestivamente, encontra-se obstruído em razão de provimentos jurisdicionais impeditivos ao seu regular andamento.

Este também vem sendo o posicionamento de balizada doutrina, conforme se apreende através das lições de Joel Menezes Niebuhr (2013, p. 129):

Por exemplo, diante de situação de emergência, a Administração firma contrato com fulcro no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, cujo prazo de duração é de 180 dias. A partir de então, a Administração, imediatamente, dá início à licitação que, todavia, é suspensa por decisão prolatada por juiz de direito em vista de ação judicial proposta por um dos licitantes. Então, por força de decisão judicial, a Administração é impedida de concluir a licitação no prazo de 180 dias. O contrato outrora firmado com dispensa está prestes a se encerrar, sem que se possa prorrogá-lo e sem que a licitação tivesse sido concluída. Essa situação poderia deitar a perder o interesse público, já que, em princípio, a

Administração ficaria sem a utilidade recebida mediante o contrato, que não pode ser prorrogado.

[...]

No entanto, é lícito, para evitar o perecimento do interesse público, se mantida a situação emergencial, firmar novo contrato, amparado no inciso IV do artigo 24 da Lei 8666/93.

Destaque-se que o mesmo entendimento também é adotado por José Ulisses Jacoby Fernandes (2009, p. 346):

Para melhor compreensão, imagine-se caso em que o regular procedimento licitatório poderia ter sido obstruído em seu curso normal, v.g, por um dos licitantes que recorresse ao Poder Judiciário, obtendo liminar que sustasse o prosseguimento da licitação enquanto não fosse julgada ação interposta contra a decisão da Administração que inabilitou a empresa. O fato concreto da imprescindibilidade dos serviços – como o de vigilância – obriga para que o Direito ceda passo para que bens jurídicos mais relevantes não sejam atingidos. Mas pergunta-se: com a habitual lentidão do Judiciário, é possível assegurar que 180 dias sejam suficientes? Obviamente, cada caso apresenta as suas peculiaridades, e não se deve correr o risco de generalizar, tampouco de vedar a utilização desse dispositivo em casos como o exemplificado.

Percebe-se, portanto, que a hipótese em estudo – provimentos jurisdicionais impeditivos de conclusão da licitação -, em razão de derivar da impossibilidade de contratar por motivo independente da vontade da Administração, é causa justificadora da aplicação do inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações, se, por óbvio forem preenchidos os pressupostos que a autorizam.

3.2.1 A importância da boa-fé do administrador como requisito

Para que seja possível a contratação direta com fulcro no inciso IV do art. 24 da Lei de Licitações, é imprescindível que haja comprovação de que tal obstáculo judicial seja resultado de motivo independente da vontade da administração, ou seja, não derivou de desídia tampouco de negligência do por parte do administrador.

Conforme destacamos no capítulo anterior, caso seja comprovada que a situação emergencial derivou da inércia do administrador, não se legitima a contratação direta.

Importante destacar, portanto, que a situação emergencial é aquela que escapa às normas gerais de prevenção por parte da Administração – como é o caso de obstáculo judicial à contratação tempestiva - e não aquela que deriva da inércia administrativa, falta de planejamento ou da má gestão dos recursos disponíveis. Tratam-se, estas últimas, de emergência fabricada.

3.3 A seleção da empresa a ser contratada: controvérsias práticas

Após verificada a possibilidade de contratação emergencial em razão de obstáculo judicial, surge-se a seguinte indagação: com qual empresa a Administração Pública deve pactuar a contratação direta? Poderá a Administração escolher livremente com quem irá contratar?

A hipótese, a depender do caso, poderá conduzir a situações tormentosas. Suponha, a título de exemplo, que a Administração desclassificou a proposta de menor valor e o licitante desclassificado recorreu ao Judiciário e obteve provimento impedindo a adjudicação em favor de terceiro. A Administração, por sua vez, após obter autorização do órgão competente, inicia procedimento para realizar contrato emergencial em virtude do obstáculo judicial. Nesta hipótese com quem a Administração contratará? Poderá escolher o licitante que ofereceu proposta de valor mais elevado?

Sobre esta suposição, Marçal Justen Filho (2009, p. 296) leciona:

Em tais supostos, é obvio que não poderá contratar-se com outro licitante (cuja proposta fora classificada como vencedora, o que motivara a impugnação judicial. Se a Administração não poderia adjudicar o objeto licitado em favor de um licitante, também lhe seria vedado contratá-lo sob regime de emergência. Não teria cabimento, por outro lado, recorrer a um terceiro, que nem participou da licitação, especialmente quando sua proposta não fosse tão vantajosa como aquela formulada pelos licitantes. A situação tenderá a ser solucionada no âmbito do Poder Judiciário e se resolverá, possivelmente, na contratação do próprio licitante desclassificado: é que, suspenso o efeito da decisão que o desclassificou, sua proposta poderá afigurar-se como a mais vantajosa.

De fato, não seria razoável a Administração Pública contratar com a empresa a qual motivou a impugnação judicial impetrada por outro(s) licitante(s), afinal, se o fizesse, a contratação direta estaria indo de encontro aos fundamentos que conduziram ao provimento jurisdicional que paralisou a licitação.

Ressalte-se, ainda, que, para que seja legítima a contratação da empresa prestadora de serviços ou fornecedora de bens, devem ser obedecidas as condições descritas no parágrafo único do artigo 26 da Lei de Licitações. Dada a sua importância, cumpre-nos transcrevê-lo:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

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

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

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

A partir da leitura do dispositivo *supra*, percebe-se que a contratação emergencial, além de não poder ser fruto de arbitrariedades, deve preencher referidas condições legais para que seja autorizada.

Discute-se, ainda, se, estando a Administração Pública inviabilizada de dar continuidade ao processo licitatório em virtude de obstáculo judicial, seria possível anular a licitação, por ilegalidade, ou revogá-la, por conveniência e, logo após, iniciar outra. Essa solução nos causa certa estranheza, haja vista que não seria prudente admitir a revogação como instrumento de frustração da eficácia da decisão judicial. De fato, revogar uma licitação e instaurar outra substancialmente idêntica consistiria ato atentatório à dignidade da Justiça, conforme nos demonstra o inciso IV do artigo 600 do Código de Processo Civil.

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - frauda a execução; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

A revogação, nestas hipóteses, seria válida excepcionalmente e tão somente se a nova licitação fosse substancialmente diversa da anterior, ou seja, os fundamentos que conduziram à decisão judicial proferida em face da licitação antiga não poderiam ser aplicados à nova.

Percebemos, portanto, que para que seja legítima a contratação emergencial em virtude de obstáculo judicial à licitação tempestiva, determinadas condições são impostas. Além dos requisitos pré-fixados a toda e qualquer contratação emergencial, deve a Administração, no momento da contratação da empresa, atentar-se a dois pressupostos iniciais: observar as condições dispostas no parágrafo único do artigo 26 da Lei de Licitações e não frustrar a eficácia do provimento jurisdicional que impediu a continuidade do procedimento licitatório.

CONCLUSÃO

A Administração Pública tem o dever precípua de zelar pelo interesse público, razão pela qual não é conveniente que a escolha das pessoas a serem por ela contratadas seja deixada à exclusiva deliberação do administrador, uma vez que daria margem a decisões parciais, prejudicando a si mesma, considerando que é gestora de interesses coletivos. Portanto, ao contrário dos particulares, que possuem ampla liberdade, o Poder Público necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido por lei.

A Lei 8666 de 21 de junho de 1993, no art. 3º, dispõe que as licitações serão processadas e julgadas na conformidade de determinados princípios, quais sejam: 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.

A regra, portanto, no direito brasileiro, é a necessidade de prévia licitação para a celebração de contratos administrativos. No entanto, excepcionalmente, cedendo espaço ao princípio da economicidade, ao primado da segurança nacional ou, ainda, para garantir um interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia, a Constituição Federal de 1988 abriu exceções à obrigatoriedade da licitação.

As hipóteses de dispensa de licitação ou licitação dispensável – que não podem ser confundidas com as hipóteses de licitação dispensada ou de licitação inexigível -, previstas taxativamente no artigo 24 da Lei 8666/93, envolvem situações em que a competição é possível, mas sua realização pode não ser conveniente e oportuna para a Administração, à luz do interesse público.

No que diz respeito às hipóteses de dispensa, o inciso IV do referido dispositivo – que trata das situações emergenciais - mereceu atenção especial em nosso estudo,

considerando a precisão na definição do que realmente configuraria, no caso concreto, uma situação de emergência que estivesse a justificar a contratação direta.

A emergência traduz a necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Um retardamento em realizar determinada prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora em seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório ocasionaria o sacrifício a esses valores.

Não é qualquer situação emergencial, no entanto, que dará ensejo à contratação direta. Faz-se necessário preencher certos requisitos, ponderados pela Administração, quais sejam: a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano; demonstração de que a contratação é a via adequada e efetiva para eliminar o risco; imprevisibilidade da situação; limitação do objeto, ou seja, abrangência apenas para a contratação dos bens indispensáveis ao afastamento do risco decorrente da situação emergencial e, por fim, limitação temporal de 180 (cento e oitenta) dias.

Ao final do estudo, constatamos que a contratação emergencial poderá abranger situação específica em que a Administração, após, tempestivamente, dar início a procedimento licitatório, por razões alheias às suas, tem o certame obstado por decisão judicial, não vindo a licitação a ser concluída em tempo de possibilitar a contratação.

Vale reassaltar, no entanto, que somente comprovando-se a urgência de que a situação era imprevisível é que se faz legítima a contratação direta nesta hipótese. O surgimento de um obstáculo judicial à licitação tempestiva não é suficiente, por si só, para que seja autorizada pelo órgão competente a contratação com base no inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações. A rigor, não sendo obedecidas as condições legais, deve-se realizar uma nova licitação.

Para que se configure possível a contratação direta nesta hipótese, é mister, por conseguinte, que se façam presentes os pressupostos que autorizam a contratação emergencial. Em sendo assim, o gestor público deve demonstrar concreta e efetivamente a potencialidade do dano, que a contratação direta é a via adequada e

efetiva para eliminar o risco e, por fim, que a situação adversa não se originou da sua desídia.

Sem espaço para maiores delongas, denota-se – e este vem sendo o entendimento dos Tribunais de Contas pátrios – que a contratação emergencial em virtude de obstáculo judicial à licitação tempestiva é legítima, caso sejam obedecidas as condições já mencionadas. Além dos requisitos pré-fixados a toda e qualquer contratação emergencial, deve a Administração, no momento da contratação da empresa, atentar-se a dois pressupostos iniciais: observar as condições dispostas no parágrafo único do artigo 26 da Lei de Licitações e não frustrar a eficácia do provimento jurisdicional que impediu a continuidade do procedimento licitatório.

Por fim, no que diz respeito à escolha da empresa que será contratada diretamente, importante ressaltar que a contratação direta não poderá ser instrumento de frustração da eficácia do aludido provimento. Em outras palavras, a contratação direta deverá ser compatível com os fundamentos que conduziram ao provimento jurisdicional que paralisou a licitação.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25, ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado 1988.

_____. Lei 8666/93 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art.37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 347/1994 Plenário. Relatoria Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 de junho de 1994, Seção 1, p. 9040.

_____. Tribunal de Contas da União. TC 007.826/94, Plenário, Relatoria Min. Adhemar Paladini Ghisi, *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 10 de outubro de 1995, p.15966.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1942/2011. 1ª. Câmara, Relatoria Ministro Walton Alencar, *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 5 de abril de 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 454/2009. Plenário. Relatoria Ministro Aroldo Cedraz, *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 18 de março de 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 158/2010. 2ª Câmara. Relatoria Ministro Aroldo Cedraz, *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 26 de janeiro de 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 585/1994. Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 de janeiro de 1994, p. 1487.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. Decisão n. 3.500/1999. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, DF, 01 jul 1999, p. 26.

FARIA. Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. Ed. São Paulo: Positivo, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

LOPES DE TORRES, Ronny Charles. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. São Paulo: 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PERNAMBUCO. Tribunal de Contas. Processo TC n. 1302557-0 Relatoria Conselheiro Valdecir Pascoal, *Diário Oficial do Pernambuco*, Recife, Pernambuco, 08 de junho de 2013, p. 4.

RIGOLLIN, Ivan; BOTTINO, Marco Tullio. *Manual Prático de Licitações*. 8. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.