

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO SANEAMENTO**

UBIRAJARA MARCHETI DOS SANTOS

**CONTRATAÇÃO DIRETA EMERGENCIAL NO SERVIÇO PÚBLICO DE
SANEAMENTO: FORMALIZAÇÃO POSTERIOR**

**BRASÍLIA,
JANEIRO 2016**

UBIRAJARA MARCHETI DOS SANTOS

**CONTRATAÇÃO DIRETA EMERGENCIAL NO SERVIÇO PÚBLICO DE
SANEAMENTO: FORMALIZAÇÃO POSTERIOR**

Trabalho de Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito do Saneamento como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito do Saneamento.

Orientadora: Prof.^a. Dayana Almeida Fraga Sampaio.

**BRASÍLIA,
JANEIRO 2016**

UBIRAJARA MARCHETI DOS SANTOS

**CONTRATAÇÃO DIRETA EMERGENCIAL NO SERVIÇO PÚBLICO DE
SANEAMENTO: FORMALIZAÇÃO POSTERIOR**

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito do Saneamento como requisito parcial para a obtenção de título de especialista em Direito do Saneamento.

Brasília-DF, ____ de janeiro de 2016

Prof.^a. Dayana Almeida Fraga Sampaio
Professor Orientador

Nome do membro da banca com a
titulação e instituição à qual é vinculado
Membro da Banca Examinadora

Nome do membro da banca com a
titulação e instituição à qual é vinculado
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho a minha esposa
Celma Rufino Serafim dos Santos e meu
filho Fabiano Serafim dos Santos pelo
apoio e abdicção dos nossos momentos
de lazer em detrimento deste objetivo.

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade estudar as hipóteses em que a Administração Pública pode realizar negócios jurídicos com os particulares sem o procedimento licitatório, aplicando a causa de exceção, regra tipificada, conforme o art. 2ª da Lei 8.666/93, que é a hipótese de dispensa licitação fundada na emergência ou calamidade pública. Serão vistos entendimentos dos principais autores do Direito Administrativo, detalhando os seus diversos pontos de vista, bem como da jurisprudência pátria sobre aplicabilidade da contratação direta na Administração Pública. Inicia-se o estudo com uma contextualização do Direito Administrativo e seus princípios, o mesmo ocorrendo com a Administração Pública e os Serviços Públicos. Após discorre-se sobre a necessidade de aplicar o procedimento da licitação nos contratos administrativos, através de uma abordagem sucinta do tema. Depois disso, são mencionadas as dispensas e inexigibilidades, com foco na dispensa de licitação e seus requisitos, em especial na modalidade emergência e calamidade pública. Por fim, são feitos estudos acerca da formalização posterior nos casos de contratação direta por dispensa de licitação em caso de emergência na prestação do serviço público de saneamento com a apresentação de um pequeno estudo de caso concreto.

Palavras-Chave: administração pública, contratos administrativos, procedimento licitatório, formalização posterior, licitação em caso de emergência.

ABSTRACT

The present work has the objective of studying the hypothesis where Public Administration can execute legal transactions with a private person without the bidding process, applying cause of execution, typified rule, according to the art. 2^a of the Law 8.666/93, which is the assumption of bidding waiver founded in emergency or public calamity. Administrative Law's main authors' understandings will be seen, detailing their various points of view, as well as homeland jurisprudence on the applicability of direct hiring on Public Administration. The study starts with a contextualization of Administrative Law and its principles, the same occurring with Public Administration and Public Services. After that, the necessity of applying the bidding process in government contracts is examined, through a succinct approach of the subject. Then, the dispensations and unenforceabilities are mentioned, focusing on bidding waiver and its requirements, specially on emergency or public calamity modality. Lastly, studies are made about the subsequent formalization in cases of direct hiring by bidding waiver in case of emergency in the provision of sanitation public service with the presentation of a small concrete case study.

Keywords: public administration, administrative contracts, bidding process, subsequent formalization, bidding waiver in case of emergency.

LISTA DE ABREVIATURAS

CDC - Código de Defesa o Consumidor.

TCU- Tribunal de Contas da União.

SINAP- Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil.

SICRO- Sistema de Custos Rodoviários.

CF- Constituição da República Federativa do Brasil.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DIREITO ADMINISTRATIVO	11
2.1. Os Princípios do Direito Administrativo.....	11
2.1.1. Legalidade	12
2.1.2. Impessoalidade	12
2.1.3. Moralidade	13
2.1.4. Publicidade.....	13
2.1.5. Eficiência	14
2.1.6. Supremacia do Interesse Público	14
2.1.7. Motivação.....	15
2.1.8. Razoabilidade e Proporcionalidade.....	15
3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	16
4. SERVIÇO PÚBLICO	16
4.1. Princípios.....	17
4.2. Interrupção do Serviço.....	18
5. CONTRATAÇÕES PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	19
5.1. Licitação.....	19
5.2. Dispensa de Licitação	20
5.3. Inexigibilidade de Licitação	22
6. A CONTRATAÇÃO DIRETA EMERGENCIAL	22
6.1. Requisitos.....	23
6.2. Formalidades	26
7. CONTRATAÇÃO DIRETA EMERGENCIAL EM SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO.....	33
7.1. Saneamento – Princípios.....	33
7.2. Saneamento – Abastecimento de Água.....	35
7.3. Lei de Saneamento.....	35
7.4. Serviço de Abastecimento de Água	35
7.5. Titularidade da Prestação do Serviço	36
7.6. Regulação	37
7.7. Continuidade do Serviço	38

8. EMERGÊNCIA NO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA.....	38
8.1. Urgência no atendimento	40
8.2. Formalização Posterior da Contratação.....	40
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

1. INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste estudo é abordar o assunto emergência no serviço público de saneamento, em específico, no tocante ao abastecimento de água. O tema foi escolhido levando-se em conta as dificuldades enfrentadas quando da formalização dos processos administrativos de contratação direta para o atendimento e solução de situações emergenciais.

A importância do assunto, da maneira como foi tratado se revela na medida em que, no decorrer do trabalho, é apresentada uma espécie de manual, com um verdadeiro passo a passo para a formalização da contratação direta em tais circunstâncias, o que pode vir a ser útil para os gestores que se encontrem em condições análogas.

A metodologia de pesquisa utilizada foi investigativa, com desenvolvimento progressivo que consistiu, num primeiro momento no planejamento global do que deveria ser feito, levando-se em conta os diferentes aspectos do trabalho para que pudesse ser bem desenvolvido, após isso, foi realizado um levantamento de todo o material, que consistiu em textos e livros de doutrinadores renomados, sites, artigos e trabalhos monográficos publicados, além da legislação afeta e das jurisprudências dos mais variados tribunais.

Além disso, foi traçado um paralelo entre uma situação fática real ocorrida em um dado município, com o contexto do tema que trata da impossibilidade de proceder com a formalização da contratação direta por emergência no momento em que esta ocorre.

Por tais razões o presente trabalho ostenta o seguinte tema: **CONTRATAÇÃO DIRETA EMERGENCIAL NO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO – Formalização Posterior**, e visa responder a pergunta: **É possível a formalização do processo administrativo de contratação direta após a contratação de terceiros para a solução da emergência?**

2. DIREITO ADMINISTRATIVO

Direito Administrativo é o ramo independente do direito público brasileiro que trata de princípios e normas que disciplinam a função administrativa e que abrange todos os entes, órgãos, agentes e atividades desenvolvidas pela Administração Pública em nome do interesse público.

Como o Direito Administrativo não se encontra sistematizado em um código suas fontes são diversas leis esparsas, a doutrina, a jurisprudência e os costumes. A principal é a lei, em seu sentido genérico, que inclui, a Constituição Federal, as leis ordinárias, as leis complementares, as leis delegadas, as medidas provisórias, os atos normativos com força de lei e alguns decretos-lei. Em segundo lugar existe a jurisprudência que é o conjunto de decisões do Poder Judiciário julgadas no mesmo sentido, que pelas reiteradas repetições, tornam-se parâmetro para decisões futuras. Ainda há a doutrina, que é desenvolvida e sistematizada de maneira didática por estudiosos do Direito Administrativo. Pode ser expressa em livros, pareceres, artigos, congressos, entre outros. Da mesma maneira que a jurisprudência, a doutrina é fonte secundária e auxilia na interpretação e, ainda, na complementação da legislação existente, que muitas vezes se apresenta com lacunas ou mesmo com difícil interpretação.

Por conta do princípio da legalidade, que exige a submissão dos administradores aos ditames legais, os costumes, apesar de serem considerados como fonte do Direito Administrativo, não exercem grande influência, servindo, somente, como elementos informativos no trabalho do legislador e dos estudiosos, sendo certo que é esta, precisamente, sua principal aplicação.

2.1. Os Princípios do Direito Administrativo

Os Princípios norteiam a elaboração da legislação e a construção de jurisprudências, pois são a essência dos sistemas jurídicos, garantindo segurança na aplicação do Direito. São fundamentais para o entendimento do Direito, contribuindo para a segurança jurídica, de maneira que se passa a apresentar a seguir os princípios do Direito Administrativo brasileiro.

Iniciando pela Constituição Federal, verifica-se que em seu artigo 37 esta relaciona cinco princípios básicos que subordinam a administração pública como um todo, veja-se:

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.

Além desses, serão descritos os princípios da motivação, razoabilidade, proporcionalidade e supremacia do interesse público.

2.1.1. Legalidade

Com fundamento precípuo no artigo 5º, II, da Constituição Federal que determina que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, este princípio possui como única interpretação possível: a de que o agente público deve observar e atender cega e estritamente o que reza a lei, não lhe sendo permitido criar ou decidir com subjetividade.

Helly Lopes Meirelles¹ ensina que:

...o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Então, ao contrário do cidadão comum que pode fazer tudo o que a lei não proíba, o administrador público faz exclusivamente o que determina a lei, sendo que o descumprimento de tal preceito lhe ensejará a aplicação de sanções e a declaração de nulidades.

2.1.2. Impessoalidade

É o princípio que garante a igualdade entre os administrados, pois determina que administração deve ter como finalidade precípua o atendimento do interesse público, sendo defeso o atendimento à vontade do administrador público ou a favoritismos de qualquer espécie.

É com base nesse princípio, também, que se estabelece que os atos administrativos não podem externar a marca pessoal do administrador, uma vez que tais atos pertencem à administração e não ao agente político, devendo a autoria ser

¹MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87.

atribuída ao ente estatal que os promovem, e não à pessoa que ocupa, temporariamente o cargo público.

A Constituição Federal Magna, em seu artigo 37 traz o seguinte ditame:

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Este tipo de irregularidade é observa em órgãos da administração pública, principalmente em placas de obras, veículos e outros agentes de comunicação visual.

2.1.3. Moralidade

Quando se fala de moralidade administrativa, não se refere àquela moral comum, mas sim de determinadas regras que excluem as convicções subjetivas e íntimas do agente público, exigindo-se lhe uma atuação ética, honesta e transparente. Trata-se, tal princípio, de requisito para todo e qualquer ato administrativo, sendo que as transgressões a mencionados valores ensejam o controle jurisdicional dos atos praticados em desacordo, conforme entendimento do STF, a seguir transcrito:

A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada a observância de parâmetros ético jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (ADI 2.661 MC, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 23/08/02).

O agente público deve pautar suas ações com a finalidade de atendimento público sem flexibilizar e não se afastando dos preceitos do regime jurídico vigentes.

2.1.4. Publicidade

É o princípio que impõe à Administração Pública a obrigação de divulgar seus atos, em geral, nos diários oficiais, garantindo assim sua eficácia e a transparência necessária para o acompanhamento e fiscalização dos cidadãos interessados.

2.1.5. Eficiência

O princípio da eficiência foi introduzido na Constituição Federal pela Emenda 19 e determina à Administração Pública direta e indireta que seus agentes devem ser eficientes no trato da coisa pública, com vistas à obtenção dos melhores resultados para o interesse público.

Alexandre Moraes é um dos autores que melhor define o princípio, conforme se vê a seguir:

*Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social." MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 30.*

O princípio da eficiência é, portanto, imprescindível para o bom funcionamento da administração pública, pois vincula a atividade estatal à obtenção de bons resultados, tanto na organização e estrutura públicas, quanto na atividade de seus agentes.

2.1.6. Supremacia do Interesse Público

O Estado deve executar suas atividades em prol da coletividade, no entanto, mesmo ao agir visando algum outro interesse imediato, a finalidade de seu ato deve, necessariamente, ter como alvo o interesse público.

Para tanto, cabe ao administrador público, em seu cotidiano, subsumir o interesse público àquelas situações em que haja conflitos entre os interesses público e o particular, fazendo sempre prevalecer o público.

Além disso, em todas as vezes que se verificar que um ato tenha sido realizado afrontando a legislação, ou contrariando o interesse público, em

homenagem a um outro princípio, o da autotutela, os agentes públicos possuem a prerrogativa e a obrigação de revê-los, sobrepondo, assim, o interesse do coletivo aos interesses individuais.

2.1.7. Motivação

O princípio da motivação obriga a Administração Pública a justificar seus atos, com base na necessidade, oportunidade e conveniência, expondo de maneira inequívoca as circunstâncias de fato e de direito que conduziram ao ato. É um pressuposto tão importante que dá validade e eficácia aos atos administrativos, implicando a sua ausência em nulidades.

Salienta-se que mesmo nos atos discricionários, nos quais o administrador público possui certa cota de liberdade para decidir, podendo escolher a melhor solução para o caso concreto, deve se nortear pela oportunidade e a conveniência.

2.1.8. Razoabilidade e Proporcionalidade

Inicialmente poderia se dizer que, o princípio da proporcionalidade é apenas uma complementação do princípio da razoabilidade, no entanto há que se reconhecer a sua importância para o Direito Administrativo, pois, tal princípio serve para dar rumo à competência e à atuação da Administração que deve se pautar sempre levando em conta a proporcionalidade de seus atos, sob pena de nulidade por correção judicial, uma vez que a legalidade em conjunto com a razoabilidade e a proporcionalidade são censores do ato administrativo.

Já com relação ao princípio da razoabilidade, que impõe ao agente público o dever de adequar, de maneira proporcional, os meios utilizados aos fins a serem perseguidos, levando-se em conta o contexto no qual se praticou o ato, este pode ser utilizado a exemplo do que assevera José Roberto Oliveira Pimenta “como vetor para justificar a emanção e o grau de intervenção administrativa imposto pela esfera administrativa”².

² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. 1ª Ed., São Paulo. Malheiros Editores, 2006, p. 473.

Dessa maneira, verifica-se que o administrador público, no exercício de suas atividades, deve considerar a razoabilidade como um fator limitador de seus atos, em especial daqueles discricionários, como forma de melhor atender as necessidades dos administrados e de evitar eventuais revisões por parte do Poder Judiciário.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administração pública é o conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado que tem como finalidade maior gerir os interesses públicos por intermédio da prestação de serviços públicos, através dos quais procura satisfazer as necessidades da sociedade, tais como educação, cultura, segurança, saúde, entre outras. A administração pública se divide em direta e indireta.

A administração direta é exercida pelos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que prestam os serviços públicos por seus próprios meios, mas, seus órgãos não possuem personalidade jurídica própria, patrimônio, nem autonomia administrativa.

Já a administração indireta é conjunto de entes administrativos (autarquias, fundações públicas de direito público, fundações públicas de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas) que, vinculadas à Administração Direta, foram criadas e receberam a delegação para o exercício de atividades administrativas, de maneira descentralizada. Assim, na administração indireta, o Estado transfere a sua titularidade ou a execução de suas funções para outras pessoas jurídicas, criadas para fins específicos, possuindo personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa.

4. SERVIÇO PÚBLICO

Para Hely Lopes Meirelles “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado”³.

Por seu turno, Marçal Justen Filho⁴ define Serviço público como sendo:

Uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais,

³MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 323.

⁴JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.165.

vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinadas a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.

Assim, pode-se dizer que o Serviço Público é instituído, executado e mantido pelo Estado, com o objetivo de atender as necessidades da coletividade, assim como de atender a seus próprios interesses, podendo ser prestado de forma própria ou delegada.

Apesar da falta de consenso por parte da doutrina em relação aos princípios que devem reger os serviços públicos, pode-se enumerá-los da seguinte maneira:

4.1. Princípios

- i. Princípio da Permanência ou da continuidade do serviço – segundo este princípio o serviço público deve ser prestado ao seu destinatário final de maneira ininterrupta, ou seja, não pode ser paralisado, prejudicando o cidadão a não ser em situações excepcionais.
- ii. Princípio da Generalidade, da Impessoalidade ou da Universalidade – este princípio determina que o serviço público deve ser prestado de maneira igual, impessoal e ao maior número possível de interessados, desde que estes satisfaçam as exigências legais
- iii. Princípio da Eficiência – Os serviços devem ser prestados pelo Poder Público com a maior eficiência possível, sendo atualizados, sempre, de acordo com a melhor técnica, visando o melhor resultado custo-benefício.
- iv. Princípio da Modicidade – os serviços públicos devem ser prestados a preços baixos e razoáveis e a tarifação deverá, necessariamente, levar em consideração a capacidade financeira do cidadão, assim como as exigências mercadológicas, possibilitando ao usuário acesso e a fruição de seus benefícios.
- v. Princípio da Cortesia - o cidadão usuário do serviço público deve ser bemtratado, de maneira cortês e urbana.
- vi. Princípio da Obrigatoriedade do Estado de Prestar o Serviço Público – O estado não pode se furtar a prestar o serviço, de maneira direta ou indireta, sendo que se falhar, responderá pelos danos a que der causa em virtude da omissão.

- vii. Princípio da Transparência – a população usuária dos serviços públicos tem o direito de saber como este é prestado, qual é o custo e também se está disponível o serviço para o atendimento de suas necessidades.

4.2. Interrupção do Serviço

Questão que sempre gera polêmica é a da possibilidade de interrupção da prestação do serviço público. Em que pese a vinculação ao princípio da continuidade ou da permanência, existem situações que permitem a interrupção do serviço. Veja-se que a Lei nº 8.987/95, em seu art. 6º, §3º, autoriza a interrupção do serviço, sem caracterizar a descontinuidade, desde que configurada uma situação emergencial e com a prévia comunicação ao usuário; nas hipóteses em que não houver condições técnicas para a concessionária prestar o serviço ou; ainda, quando se configurar o inadimplemento por parte do usuário.

A situação emergencial não gera muita dúvida entre os operadores do direito, visto que independe da vontade do prestador do serviço, ou seja, a interrupção ocorre por motivos alheios, por causas naturais ou mesmo forçadas, mas involuntárias. Já com relação ao inadimplemento, muita divergência é observada, como se verificará, a seguir.

A parcela que defende a interrupção do serviço por falta de pagamento justifica tal possibilidade na supremacia do interesse público, considerando que a concessionária ao bancar o prejuízo dos inadimplentes estaria, em tese, prejudicando a parcela da população que paga sua conta em dia, ou seja o interesse da coletividade não pode ser contrariado pelo mau pagador, isso sem mencionar a desobediência ao princípio da igualdade, pois os clientes/usuários devem ter o mesmo tratamento do poder público.

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado, com a devida observância das legislações específicas, uma vez que o CDC não trata da matéria de maneira absoluta ao determinar que os serviços essenciais devem ser prestados continuamente.

Como ponto em comum, todos são unânimes ao afirmar que a falta da prévia comunicação, enseja indenização. Essa é a posição majoritária dos nossos tribunais.

Já uma outra vertente de juristas defende a tese de que o corte do serviço público essencial não se aplica nas situações em que dele advier prejuízo irreparável, a exemplo do fornecimento de água a hospitais e escolas, além daquelas hipótese em que exista ação judicial em andamento na qual se discute o *quantum debeat*. Também entendem como impossível a interrupção do fornecimento com relação à débitos passados, somente sendo permitida para os débitos referentes ao mês do consumo.

5. CONTRATAÇÕES PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Considerando que os entes públicos devem realizar despesas, a licitação é o instrumento utilizado para a formalização da aplicação dos recursos públicos, pois garante, nas contratações, as propostas mais vantajosas, em condições isonômicas para todos os participantes da competição.

5.1. Licitação

Pode-se conceituar licitação como sendo um procedimento administrativo de elevado grau de complexidade, extremamente formal, com natureza de direito público, que deve ser realizado antes das contratações públicas, a fim de se obter a proposta mais vantajosa nas contratações, além de se definir as condições contratuais que regerão a futura relação jurídica.

O art. 3º da Lei nº 8.666/93 indica os princípios reguladores da licitação da seguinte maneira:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.

A obrigatoriedade de licitar é constitucional, como de se depreende do art. 37 que estabelece, no inciso XXI:

Art. 37.

[...]

XXI. ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública.

O mencionado artigo da Constituição Federal foi regulado pela Lei nº 8.666/93 que estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Suas disposições aplicam-se, também, aos órgãos da Administração Direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Entretanto, existem circunstâncias especificadas na lei 8666/93 consideradas exceções à obrigatoriedade de licitar. São as contratações diretas, possíveis de serem realizadas nas circunstâncias em que o interesse público se contrapõe aos valores e à complexidade do procedimento licitatório. A formalização será menos rigorosa, mas devem ser observados os mesmos princípios que orientam as demais contratações, não sendo permitida a livre atuação do administrador, ou seja, as formalidades são substituídas por outras, seguindo o rito da contratação direta.

5.2. Dispensa de Licitação

A dispensa de licitação ocorre quando, mesmo havendo condições de realizar o certame, este não ocorre por não ser oportuno e conveniente para o interesse público. Portanto, nas hipóteses de dispensa, a Administração não é obrigada a licitar suas obras, serviços, alienações e compras.

Então, a possibilidade de competição existe, entretanto, razões específicas justificam a dispensa para o atendimento do interesse público.

A licitação é dispensada, expressamente, na própria lei 8666/93, em seu artigo 24, no qual foram estabelecidas as vinte e oito hipóteses em que é dispensada a licitação.

A relação de hipóteses em que se permite a dispensa é taxativa, ou seja, não se permite ampliá-la, sem previsão legal, devendo a situação fática se enquadrar aos requisitos desta modalidade de contratação. Não é concedido o poder discricionário ao administrador público. Além disso, ao realizar a contratação direta, em respeito ao princípio da motivação dos atos administrativos, deve o gestor público justificar a dispensa, como se verifica no artigo 26 do Estatuto das Licitações, a seguir transcrito:

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 eficácia dos atos.

A opção pela dispensa por parte do administrador público deverá sempre comprovar a conveniência e a oportunidade, resguardando o interesse social, caso contrário, a Administração Pública não poderá optar pela dispensa de licitação, esta precisa ser oportuna, sob todos os aspectos, para o poder público.

Assim, a Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI garante aos casos excepcionais, o afastamento do certame, permitindo a contratação como se verifica a seguir:

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.

Nessa mesma linha de pensamento, o gestor público deve observar os procedimentos para a contratação direta, submetendo-se a um sistema de atos administrativos que compreendam: solicitação de aquisição, previsão orçamentária, estudo de viabilidade econômica e técnica, entre outros.

Além disso, o legislador, com o intuito de evitar eventuais fraudes contra a Lei de Licitações e Contratos, no que tange à contratação direta, cuidou de impor sanções penais àquele que cometer crimes, conforme se vê no dispositivo a seguir transcrito:

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

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

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

O artigo 89 ainda deve ser combinado com art. 99 da Lei 8.666/93, que dispõe sobre aplicação de multa e determina os índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. Esses índices a que se refere o referido artigo não poderão

ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

5.3. Inexigibilidade de Licitação

Já a inexigibilidade se caracteriza pela inviabilidade ou impossibilidade de licitar, uma vez que inexistem produtos ou bens com características similares, capazes de competir entre si e que atendam a necessidade da Administração Pública, ou, ainda, por não haver muitos particulares que possam fornecer bens e serviços, nos exatos moldes do que necessita o poder público.

A inexigibilidade está insculpida no art. 25 da lei 8666/93 e difere da dispensa, pois nessa a disputa não se realiza em razão de características específicas da contratação, que visa objetivos singulares estipulados pela Administração, o que torna inviável a competição entre possíveis interessados, pois somente um deles detém o bem desejado pelo poder público ou é reconhecidamente indicado para atender às exigências específicas da Administração no que se refere ao objeto da contratação. A inexigibilidade advém da peculiaridade dos bens e serviços, enquanto a dispensa é objetiva e decorre de texto legal exaustivo.

6. A CONTRATAÇÃO DIRETA EMERGENCIAL

Existirão condições, que mesmo com ações preventivas, controladas e programadas, necessitaram de atendimento que foge a regra dos preceitos da boa administração, e neste caso o administrador público utiliza o recurso da contratação emergencial para a retomada da situação.

De acordo com o Art. 24 da Lei 8666/93, é dispensável a licitação:

(...)

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos. (BRASIL, 1993).

Para esta retomada de situação se faz necessário a observação e o cumprimento de etapas para a legalidade da formalização e ação a ser desenvolvida.

6.1. Requisitos

Os requisitos para a contratação Direta Emergencial são as seguintes:

- Emergência ou calamidade;
- Urgência de atendimento;
- Risco de prejuízo a segurança;
- Contratação direta como única forma de atender o interesse público.

Além destes, De acordo com o posicionamento da Tribunal de Contas da União, deve-se observar⁵:

- a) 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 a culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;
- b) Que exista urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar o risco de danos a bens ou a saúde ou a vida de pessoas;
- c) Que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre eminente e especialmente gravoso;
- d) 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 eminente detectado.

Somente se caracterizará a emergência quando a ocorrência anormal a ser solucionada, por vezes imprevisível, exigir pronto atendimento, sendo que a realização de licitação, com suas rigorosas formalidades e prazos, poderá causar prejuízos importantes à Administração ou, nos termos do referido dispositivo legal, comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. A dispensa será, dessa maneira, dever jurídico do gestor. Então, descartar-se-á a emergência, caso a licitação seja compatível com a solução

⁵ Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 009.248/94-3, decisão nº 347/1994-Plenário. RelatorMin. Carlos Átila Álvares da Silva. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de junho de 1994. Seção 1, p. 9040-9042.

escolhida, que possa ser executada no prazo necessário para o atendimento do interesse público.

A situação emergencial que autoriza a dispensa de licitação é aquele que deriva de fatos alheios à atuação e à vontade do agente público e nunca da inércia ou falha no planejamento deste.

Nessa linha de raciocínio, deve-se confrontar os fatos apresentados como ensejadores da contratação direta emergencial com as condutas anteriores do administrador, com a intenção de se verificar a incidência de atuações irresponsáveis ou negligentes.

A dúvida que surge é se as duas situações devem ter o mesmo tratamento no momento da contratação. A resposta é sim, pois:

“Pouco importa que a mesma decorra da inércia do agente da administração ou não! Caracterizada a tipificação legal, não pode a sociedade ser duplamente penalizada pela incompetência de servidores públicos ou agentes políticos: dispensa-se a licitação em qualquer caso.⁶”

Em suma, a hipótese prevista no art. 24, VI, da Lei nº 8.666/93 não faz diferenciação entre a emergência real daquela advinda da incúria e inércia administrativa, sendo possível, em ambas, a contratação direta.

Tal tratamento foi adotado aos poucos pelo TCU, até que, em 2008, foi pacificado o entendimento na Corte de Contas da União.

Diante disso, passou-se a apurar a responsabilidade do agente público que não adotou tempestivamente as providências a ele cabíveis. No entanto, na aplicação de penalidades, deve-se separar e analisar as condutas daqueles que concorreram para originar a situação emergencial e, eventualmente, de outros que apenas atuaram para eliminar o risco.

Além do que foi dito, ocorre que, por vezes, o agente toma todas as providências e, no entanto, por razões alheias à vontade deste, a licitação é interrompida por demandas administrativas e judiciais. Ora, o interesse público não pode depender dos resultados de intermináveis embates judiciais e recursos administrativos para ser satisfeito. Até mesmo porque, o poder público possui a prerrogativa de anular ou revogar a licitação, quando oportuno e necessário.

⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**. 9 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 307/308.

É bom se ter em mente que não basta ocorrer uma situação de emergência, sendo condicionante que tal ocorrência produza urgência de atendimento para a Administração, cuja inoperância possa causar danos ou prejudicar a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares, ou seja, é imprescindível a existência de um risco que será evitado com a dispensa.

Nesse sentido, a palavra "risco" deve ser interpretada com cautela, por comportar significações muito amplas. Não é qualquer "risco" que pressupõe a autorização da dispensa de licitação. Este deve ser de um prejuízo irreparável. Portanto, deve-se comprovar que a contratação direta garantirá a manutenção da segurança das pessoas, bens e serviços. O comprometimento da segurança implica no risco de destruição ou de sequelas à integridade de pessoas ou ao perecimento e deterioração de bens.

Além disso, não são admitidos lapsos de tempo entre a ocorrência da emergência e o início da solução dada mediante a dispensa de licitação, a exemplo do que aconteceu no Processo do TCU no qual foi aplicada multa pelo uso da dispensa na construção de obras cinco meses após a decretação da situação emergencial⁷.

Assim, em regra, as compras devem ser realizadas à pronta entrega ou em prazo mínimo e os serviços executados em até 180 (cento e oitenta) dias, consecutivos e improrrogáveis. Entretanto, podem existir casos em que 180 dias são insuficientes para atender o interesse público emergente. Nestes, a doutrina e jurisprudência têm entendido ser possível a prorrogação excepcional⁸ ou uma nova contratação emergencial⁹.

Outra premissa a ser observada é a demonstração cabal de que a contratação é a única via efetiva para excluir o risco/prejuízo. Em suma: a contratação direta somente será possível se ficar evidenciado que é o mecanismo adequado para solucionar a situação emergencial instalada. Se tal situação persistir após a contratação, inexistia cabimento para a dispensa de licitação. Trata-se, portanto, da necessidade de demonstrar inequivocamente o liame entre a

⁷Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 325.456/96-8, decisão nº 100/1998, da 2ª câmara. Relator Min. Valmir Campelo. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 de maio de 1998. Seção 1, p. 154.

⁸Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 015.057/2007-7, acórdão nº 1941/2007, plenário. Relator Min. Ubiratan Aguiar. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de setembro de 2007, p. 83.

⁹RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túlio. **Manual Prático de Licitações**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 261.

nãocontratação e o dano ou, melhor, a relação entre a contratação e a eliminação da hipótese de risco de dano.

Por fim, é defeso ao gestor público se valer de uma situação emergencial para dispensar a licitação em contratações que extrapolem o estritamente necessário para a solução da ocorrência que, em sede de emergência, deve, ser limitado ao indispensável para o afastamento do risco. Nos ensinamentos de Jacoby, “A correlação entre o objeto do futuro contrato e o risco, limitado, cuja ocorrência se pretenda evitar, deve ser íntima, sob pena de incidir o administrador em ilícita dispensa de licitação.”¹⁰

6.2. Formalidades

A contratação por dispensa de licitação não pode ser realizada sem a obediência a rigorosas formalidades, sob pena de perda da eficácia. Marçal Justen Filho alerta que tal ocorre pois: “... a contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. O primeiro é a existência de um procedimento administrativo. O segundo é a vinculação estatal à realização de suas funções”.¹¹

Isso posto, passa-se a verificação da formalização da contratação direta que apresenta fases individualizadas e diferenciadas em relação aos demais procedimentos administrativos, uma vez que o gestor público deve demonstrar a presença de pressupostos que justifiquem a dispensa da licitação, além de indicar o motivo para a escolha de um determinado contratante, assim como, também a proposta. A correta realização do procedimento é condição de eficácia dos atos praticados pela administração em tal modalidade de contratação pública. Isso significa que, mesmo com o contrato já assinado e formalizado, se não forem observados e cumpridos os procedimentos legais, este não produzirá efeitos válidos no mundo jurídico.

Esse rigor formal tem como objetivo coibir fraudes e abusos nas dispensas de Licitação, de forma que, deverá restar comprovada e documentada a presença dos pressupostos legais que permitem a dispensa.

Alicerçando tal entendimento, Marçal Justen Filho, assim leciona:

¹⁰JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**. 9 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 315.

¹¹JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 281.

(...) a ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível. Somente em hipótese limite é que a administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento destas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação dos valores a cuja realização se orienta a atividade administrativa.

Destarte, nas fases iniciais, o procedimento administrativo da contratação deverá ser idêntico, havendo licitação ou não. Primeiramente será verificada a demanda a ser suprida. Diagnosticar-se-á o meio mais eficiente para solucionar a situação emergencial, definindo o objeto a ser contratado, providenciando os projetos, checando a existência de orçamento, entre outras. Tudo organizado e formalizado em processo administrativo próprio, nos moldes do art. 38 da Lei nº 8.666/93, in verbis:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Grifo nosso)

Além desses, no parágrafo único do art. 26, são listados outros requisitos para a celebração do contrato emergencial:

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; (grifo nosso).

Então, como forma de organizar a explanação acerca do tema, relaciona-se, a seguir, um “passo a passo” para a contratação emergencial:

6.3. Documentação e Informações para Instrução do Processo

a) Pedido da área interessada e abertura do processo administrativo:

Apartir do momento que surge a demanda para a solução de uma situação emergencial, a área interessada de qualquer esfera da Administração Pública deve formalizar o pedido para a contratação, providenciando a abertura do respectivo processo administrativo. O pedido precisa conter a descrição da situação, assim como o risco em que se encontram pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens.

b) Termo de Referência ou Projeto Básico:

De acordo com entendimento do TCU¹², nos casos de serviços ou obras emergenciais, também devem ser juntados ao processo o Plano de Trabalho e o Projeto Básico, ainda que incompleto (sem constar todos os elementos), ambos aprovados pela autoridade competente, sendo possível, para afastar o risco de dano já mencionado, que os serviços se iniciem ou sejam executados antes da conclusão do projeto básico. Disso se depreende que o projeto básico não é dispensável, mas pode ser executado posteriormente, devendo constar do processo de contratação as razões excepcionais que demandaram providências imediatas e impossibilitaram a elaboração tempestiva e/ou completa do projeto.

É preciso ficar evidenciada a inexistência de conduta diversa por parte do gestor público em cada caso concreto.

Os elementos necessários de um projeto básico podem ser conferidos no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP – Orientação Técnica OT-IBR 001/2006. (www.ibraop.org.br)

c) Indicação dos recursos:

Antes de iniciar a contratação o gestor deverá saber o preço, a fim de reservar recursos orçamentários necessários à solução da situação emergencial, pois a previsão dos recursos orçamentários é

¹²Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3065/2012, IN; ATA nº47. De, secretária das sessões, Tribunal de Contas da União. 14 de novembro de 2012.p 184.

determinação legal, conforme arts. 7º §, 2º, III e 38, *caput*, ambos da lei 8666/93.

d) Justificativa para a contratação direta, com a demonstração e delimitação da situação emergencial e respectivos riscos de prejuízos; O prazo necessário para a contratação, realizada por licitação, considerando a legislação afeta, frustraria a tomada das providências essenciais no sentido de se impedir danos iminentes e irreparáveis. Trata-se de não pôr em risco o interesse público em certas hipóteses nas quais seria impossível ao gestor observar o trâmite normal do procedimento licitatório.

e) Análise das propostas. A moralidade administrativa exige que o administrador junte ao processo da contratação as propostas de preço dos fornecedores dos bens e serviços, assim como outras consultas de mercado, que podem ser balizadas pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades oficiais, pois a sociedade não pode arcar com preços abusivos, no atendimento de suas necessidades essenciais. Além disso, o fornecedor escolhido deverá apresentar a melhor proposta para o caso concreto, ou seja:

A Administração deverá buscar a melhor qualidade e o menor desembolso possíveis, segundo a natureza do interesse a ser satisfeito. Entre propostas de qualidade equivalente deverá escolher-se a de menor preço. Quando for escolhida proposta de maior preço, deverá indicar-se o motivo para tanto. Nada impede que esse motivo seja a qualidade do serviço, a reputação do contratado, o preço por ele exigido para contratos similares etc.¹³

f) Razão da escolha do fornecedor e justificativa do preço; Jacoby ensina, com propriedade, que:

“Mesmo caracterizada a situação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, restará certa margem de subjetivismo para o administrador escolher quem contratar. É justamente nessa justificativa que se pode avaliar a correção do procedimento do agente público, seu discernimento elevado, sua aptidão para gerir interesses públicos.¹⁴”

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.284.

¹⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Vade-Mécum de licitações e contratos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 521.

Portanto, a emergência somente se configura se for devidamente evidenciada e formalizada em processo que a comprove, com justificativa razoável para a decisão de escolha do fornecedor e da proposta mais vantajosa no atendimento do interesse público, restando respaldados os argumentos que autorizam a utilização da modalidade dispensa de licitação, pois à Administração não é permitido “desembolsar inadequadamente recursos públicos, sob pretexto da desnecessidade de licitação. O campo da contratação direta não está excluído da incidência dos princípios norteadores da atividade administrativa do Estado.”¹⁵

g) Minuta contratual;

O art. 38 da Lei de Licitações, determina que deve, necessariamente, ser a minuta do contrato submetido a exame e aprovação por parte do órgão jurídico. O TCU tem pacificado que toda minuta será submetida ao órgão de assessoramento jurídico, para aprovação e evitar irregularidades após a contratação.

h) Documentos de Habilitação;

Marçal Justen Filho¹⁶, ao falar sobre o § 1º do art. 32 da Lei 8666, que prevê a possibilidade de dispensa da documentação relacionada nos artigos 28 a 31 para convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, ressalta que:

O dispositivo silenciou sobre as hipóteses de contratação direta, o que permite induzir que a dispensa ou inexigibilidade não eliminará o dever de verificação dos requisitos de habilitação, ressalvadas as hipóteses enquadradas nos incs. I e II do art. 24. Uma ilação inafastável é a de que a contratação direta não importa, de modo mecânico, a dispensa de comprovação dos requisitos de habilitação. Ou seja, os mesmos fundamentos que impõem a verificação da idoneidade daquele que participa de uma licitação também se aplicam no caso de contratação direta.

Portanto, toda empresa tem, em regra, o direito de contratar com a Administração. No entanto, a prática desse direito é condicionada ao atendimento de certos pressupostos que a lei regulamenta (habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira,

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.284.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.457.

regularidade fiscal). A empresa deve, necessariamente, ser capacitada para a contratação e oferecer a melhor proposta, sem tais elementos, a contratação, restará viciada.

Com relação à verificação da regularidade do fornecedor em relação às Fazendas federal, estadual e municipal, esta busca garantir a contratação de empresa cumpridora das obrigações tributárias a ela impostas, excluindo a possibilidade de uma empresa sonegadora figurar como beneficiária de contrato firmado com a Administração.

i) Encaminhamento para o setor jurídico para Parecer;

É o que dispõe o artigo 38, IV da Lei de Licitações, *in verbis*:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

Como se pode observar a legislação sobre licitação obriga o envio do processo de contratação à área jurídica para a emissão de parecer jurídico acerca da legalidade da dispensa.

Insta salientar que, em determinados casos, nos quais o parecer pugne pelo cometimento de ato danoso ao interesse público, com inobservância da ordem jurídica, atuando com nexo causal para a prática do ilícito e amparando o gestor na tomada de decisão, pode o advogado ser responsabilizado solidariamente, conforme já decidiu o TCU no acórdão 1116/2004- Plenário. No entanto, por não ser ainda uma questão pacificada, a intangibilidade dos advogados, no exercício de sua profissão, não é absoluta, devendo ser examinada em cada caso concreto. Isso porque o advogado somente é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.¹⁷

j) Publicação da ratificação da contratação direta;

Após a ratificação do ato pela autoridade superior, é necessária a sua publicação na imprensa oficial, sendo que o extrato da publicação deve

¹⁷ Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, Dispõe sobre o estatuto da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 05 de jul. de 1994. p.10.093. Art. 32.

ser acostado ao processo. É a publicação que confere transparência e garante a eficácia dos contratos decorrentes de dispensa. O prazo para a publicação é de cinco dias contados da ratificação.

k) Celebração do contrato.

Jacoby¹⁸ afirma que:

“Nos termos do art. 62, § 4º, há várias hipóteses em que é dispensável a formalização do ajuste mediante contrato. Não é possível dispensar quando:

- independente de valor, o ajuste implicar obrigação futura, inclusive assistência técnica, e
- sendo a contratação de valor superior ao convite, o objeto não for para entrega imediata e integral.

Já com relação à publicação do referido contrato ou substitutivo, Jacoby cita o ensinamento do Prof. Leon FrejdaSzklarowsky que diz o seguinte: “a lei expressamente dispensou a publicação dos contratos quando os atos referentes à dispensa ou inexigibilidade tiverem sido publicados na forma do art. 26.

E continua:

Na dicção estruturada do parágrafo único do art. 61, é obrigatória a publicação do instrumento de contrato, ressalvados os casos regulados pelo art. 26 da Lei nº 8.666/1993.

É um comando legal de profundas raízes lógicas, pois o controle social, escopo da publicação dos atos administrativos, encontra na publicação realizada na forma do art. 26, precitado, todos os elementos fundamentais para sua concretização.

Questão de máxima importância é a delimitação, nos autos do processo, do objeto a ser contratado, pois, com relação à contratação emergencial, este pode se revestir de um caráter definitivo, quando por si exaure a satisfação do interesse público no prazo necessário ou, pode ser uma parcela do objeto a ser contratado, quando nesta é afastado o risco, permitindo a licitação para a satisfação da demanda pública do restante da aquisição, obra ou serviço.

Isso quer dizer que a Administração pode contratar diretamente parte do objeto e licitar o restante de maneira eficiente e proporcional.

Esta questão já foi objeto de análise pelo TCU, que entendeu como aceitável a contratação provisória emergencial até a realização de licitação, como forma de

¹⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**. 9 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 694/695.

evitar prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, serviços e instalações.¹⁹

A Administração Pública, portanto, além de verificar e cumprir os requisitos caracterizadores da emergência, precisa decidir e escolher, para a contratação direta, dentre os consultados, um prestador de serviço ou fornecedor de materiais e equipamentos com capacidade jurídica e técnica, regularidade fiscal, que preencha, ainda, os pressupostos de capacidade econômico-financeira.

Deve ainda, apresentar a razão da escolha do contratado e a justificativa do preço, sendo até permitidos alguns preços divergentes com o mercado dentro da proposta global com vistas ao atendimento do interesse público, por conta de que na situação emergencial o tempo de atendimento da ocorrência passa a ser essencial na contratação, sendo a confiança no contratado requisito para a decisão de escolha.

Isso não significa que o ente contratante não seja obrigado a juntar aos autos do processo propostas comerciais de empresas interessadas, como também consulta aos mercado, com a finalidade de comparar os preços, a fim de coibir preços exorbitantes, que possam trazer como consequência o desatendimento ao Princípio da Moralidade na obtenção da proposta mais vantajosa, como já decidiu o TCU no processo nº 550.790/91, pela irregularidade em compra com valor superfaturado por emergência²⁰.

7. CONTRATAÇÃO DIRETA EMERGENCIAL EM SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO

Antes de se adentrar no tema específico da contratação direta, é importante que se faça uma pequena explanação acerca do serviço de saneamento, em especial de abastecimento de água, e suas peculiaridades.

7.1. Saneamento – Princípios

¹⁹ BRASIL: Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 015.983/1993-0, decisão nº 585-01/94-P, plenário. Diário Oficial da União TCU.

²⁰ Tribunal de Contas da União. Decisão nº 60/1997, da 2ª câmara. Relator Min. Fernando Gonçalves. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15 de abr. de 1997. p.7.472/7.773.

O saneamento situa-se em um nível tecnológico, com área de atuação do Estado que requer, na prestação do serviço público essencial que demanda, planejamento, controle, organização e institucionalização, com participação popular. Assim, deve ser visto como um direito essencial para a conquista da cidadania, em oposição à visão empresarial na qual o saneamento é um bem que deve se submeter ao mercado no qual se encontra.

De acordo com tal premissa e, levando-se em conta a falta de sintetização da Lei de Saneamento, pode-se elencar os princípios norteadores para a prestação dos serviços de saneamento da seguinte maneira:

- a) Universalidade: O atendimento precisa ser universal à população alvo das ações de saneamento;
- b) Equidade—os serviços de saneamento devem ser prestados com qualidade e eficiência, independente das condições socioeconômicas do cidadão e da realidade do local onde vive;
- c) Integralidade—Prestação dos serviços de saneamento com ações que envolvam pelo menos o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, a limpeza pública e a drenagem pluvial, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;
- d) Participação e controle social - prerrogativa que os cidadãos têm de contribuir, interferindo na gestão pública, direcionando as ações do Poder Público para os interesses da população;
- e) Intersetorialidade –Os serviços de saneamento, considerando sua complexidade, devem ser integrados ao desenvolvimento urbano, à saúde pública e, também, às áreas de recursos hídricos e ambientais;
- f) Qualidade dos serviços –Prestação dos serviços com regularidade, a continuidade, eficiência, segurança, atualidade e modicidade nos custos;
- g) Acesso—o serviço público essencial de saneamento deve, necessariamente ser compatibilizado com uma política tarifária que garanta acesso a toda a população, independente do poder aquisitivo do usuário, sem entraves financeiros, físicas ou culturais;
- h) Moderação – Deve-se criar e adotar medidas de fomento à moderação do consumo de água.

7.2. Saneamento – Abastecimento de Água

Saneamento são as medidas que visam preservar e/ou modificar as condições ambientais, visando prevenir ou erradicar doenças e proporcionar saúde, melhoria na qualidade de vida das pessoas, refletindo na produtividade e atividade econômica da população como um todo. Por isso é considerado um serviço público essencial.

Com relação ao abastecimento de água, para efeitos da Lei 11.445/2007, considera-se saneamento básico o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais, necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição.

7.3. Lei de Saneamento

A Lei Federal nº 11.445/2007, regulamentada pelo Decreto 7.217/2010, esclareceu e deu encaminhamento a várias questões não abordadas pela legislação vigente à época de sua edição. Definiu as diretrizes nacionais para a prestação de serviços de água, esgoto, limpeza urbana e águas pluviais, fixando os direitos e obrigações da União de manter, estabelecendo regulação, inspecionando e planejando políticas para os setores.

A mencionada lei determinou, ainda, a criação de entidades reguladoras específicas em cada instância governamental e estabeleceu objetivos para o planejamento municipal de saneamento, criando mecanismos legais e políticos de pressão para atingir metas.

Após a aprovação do marco regulatório, em complemento a Lei nº 11.445, os municípios passaram a se estruturar como poder concedente.

7.4. Serviço de Abastecimento de Água

A lei de saneamento preconiza que a prestação dos serviços de abastecimento de água atenderá a requisitos mínimos de qualidade, incluindo a regularidade, a continuidade e aqueles relativos aos produtos oferecidos, ao atendimento dos usuários e às condições operacionais e de manutenção dos sistemas, de acordo com as normas regulamentares e contratuais.

Portanto, consideram-se serviços públicos de abastecimento de água a sua distribuição mediante ligação predial, incluindo eventuais instrumentos de medição, bem como, quando vinculadas a esta finalidade, as atividades de reservação de

água bruta; captação; adução de água bruta; tratamento de água; adução de água tratada; e reservação de água tratada.

7.5. Titularidade da Prestação do Serviço

Diversas empresas de saneamento estaduais, na maioria sociedades de economia mista, prestam os serviços de abastecimento de água em inúmeros Municípios de seus respectivos Estados, mas, em alguns Municípios a prestação do serviço é executada por empresas municipais ou autarquias, ou ainda, mediante Concessão dos serviços a um privado que, com prévia Licitação.

Existem alguns posicionamentos acerca da titularidade dos serviços de saneamento básico. A tese da titularidade municipal advém da interpretação do art. 30 da CF/88²¹, na qual o saneamento básico constituiria "serviço público de interesse local", portanto, conduziu boa parte da doutrina e da jurisprudência a sustentar tal titularidade.

Por outro lado, há quem defenda a titularidade estadual dos serviços, principalmente nos casos de instituição de Região Metropolitana, a partir da interpretação do art. 25, § 3.º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

A divergência foi finalmente resolvida com a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.842/RJ, prolatada em 2012, pelo Supremo Tribunal Federal, na qual ficou definido que: a titularidade dos serviços de saneamento básico é, de fato, municipal e; somente no caso das Regiões Metropolitanas há o compartilhamento da titularidade entre o Estado e os Municípios, a ser exercida de forma "colegiada", em Assembleias que congreguem a participação de todos os Prefeitos e do Governador do Estado.

²¹Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 30. Compete aos Municípios: V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Portanto, com exceção das regiões metropolitanas, a atuação dos Estados no serviço de abastecimento de água somente será possível mediante delegação municipal à empresa Estadual, por intermédio de Contrato de Programa, figura jurídica equiparada a um Contrato de Concessão, com entes públicos em ambos os polos.

7.6. Regulação

Com o advento da abertura dos capitais das primeiras empresas públicas, cujos controles acionários passaram à iniciativa privada, houve um foco diferente na finalidade da prestação dos serviços de saneamento, que deixou de priorizar o interesse público passando a visar o lucro. Com isso a qualidade dos serviços ficou comprometida. Assim, como forma de garantir a prevalência do interesse público, bem como a criação de mecanismos de controle da eficiência, qualidade e preços praticados, foi iniciado o processo de regulação do setor de saneamento, com a instituição das agências reguladoras.

A Lei de Saneamento relaciona os objetivos da regulação, que são: estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários; garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas; prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência; definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade; interpretar e fixar os critérios para a execução dos contratos e dos serviços e para correta administração de subsídios.

Além disso, compete à entidade reguladora editar normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, abrangendo, pelo menos, os seguintes aspectos: padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços; requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas; as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos; regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão; medição, faturamento e cobrança de serviços; monitoramento dos custos; avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados; plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação; subsídios

tarifários e não tarifários; padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação e; medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento.

7.7. Continuidade do Serviço

O princípio da continuidade determina que a prestação do serviço de abastecimento de água deve ser ininterrupta, por conta do dever do Estado de ser responsável pela garantia dos direitos fundamentais dos administrados.

A Constituição Federal em seu artigo 175 dispõe que:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

O Código de Defesa do Consumidor em seu Art. 22 determina que os serviços públicos essenciais devam ser fornecidos de forma contínua:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

O serviço de tratamento e abastecimento de água é caracterizado como essencial conforme Lei 7.783/89 - Lei de Greve- em seu Art. 10 °.

Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

I – Tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

Com relação ao abastecimento de água, a continuidade pressupõe a regularidade na prestação do serviço público, o que significa dever ser prestado diariamente e em período integral, ou seja, trata-se de necessidade absoluta, uma vez que as pessoas necessitam, diuturnamente do serviço.

No entanto, conforme se verá a seguir, em situações emergenciais que necessitam de imediato atendimento para a execução de reparos e acertos no serviço de abastecimento de água, entre outros casos previstos em lei, é possível a paralisação temporária do fornecimento.

8. EMERGÊNCIA NO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA

A emergência, para o abastecimento de água, pode ser definida como qualquer evento natural ou forçado, alheio ou não à vontade do prestador do serviço, que provoque uma situação, de tamanha gravidade, que põe em risco o fornecimento de água potável para a população, pois, o homem precisa de água de qualidade e em quantidade suficiente para a satisfação de suas necessidades, tanto para a manutenção de sua saúde quanto, também, em muitos casos, para o seu desenvolvimento econômico

Assim, quando se trata de situações emergenciais relacionadas ao saneamento, a Lei 11.445/2007 determina que as estratégias para mitigá-las passam por planos de contingência com abrangências mínimas que devem estar contidas no plano de saneamento básico²², inclusive com a previsão de possíveis racionamentos, se for o caso²³.

Já, com relação à interrupção do fornecimento de água, o Art. 40 da mesma Lei, assim determina:

Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:

- I - situações de emergência que atinjam a segurança de pessoas e bens;
- II - necessidade de efetuar reparos, modificações ou melhorias de qualquer natureza nos sistemas;

Assim, do exposto pode-se entender que a paralisação dos serviços essenciais de abastecimento de água, para a tomada de providências voltadas ao restabelecimento das condições técnicas ou de segurança, não caracteriza descontinuidade na prestação do serviço.

Isso pode ser confirmado no art. 6º, § 3º, da Lei 8.987/95, que dispõem sobre o regime de concessão da prestação de serviços públicos, previstos no já mencionado art. 175 da Constituição Federal, a saber:

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

²² Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo: IV - ações para emergências e contingências;

²³ Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: XI - medidas de contingências e de emergências, inclusive racionamento;

Dessa maneira, pode-se concluir que a interrupção do serviço de abastecimento de água para manutenções em situações imprevisíveis não configura inobservância ao princípio da continuidade do serviço público.

8.1. Urgência no atendimento

Os serviços de abastecimento de água potável, quando de suas interrupções ou intermitências que demandam atendimentos emergenciais, necessitam de urgência no atendimento de modo a retornarem as condições de regularidade, continuidade, eficiência e segurança, pois, é óbvio que a população não pode ficar sem água.

Este atendimento deve ser feito de maneira a observar todas as técnicas e mecanismos de segurança necessários que a atividade reparadora exige, de modo a garantir o restabelecimento operacional no menor tempo possível. Para tanto, desde o momento da contratação até a volta à normalidade, todos os esforços devem ser envidados com eficiência e eficácia, de maneira que o prestador de serviço deve ter em seu estoque peças de reposições estratégicas e um corpo técnico que detenha o conhecimento da situação, podendo ser a mão de obra própria ou terceirizada.

8.2. Formalização Posterior da Contratação

Para a realização da contratação direta de serviços e aquisição de materiais, ainda que para reparar situação emergencial instalada que põe em risco o abastecimento de água, como já foi dito anteriormente, são exigidas diversas formalidades legais que trarão eficácia e validade aos atos praticados.

No entanto, existem hipóteses extremas em que a situação é tão alarmante e danosa que fica impossível o atendimento de tais formalidades anteriormente à execução dos serviços necessários ao controle da ocorrência sem que se comprometa a segurança de pessoas, bens e obras.

Como forma de demonstrar, na prática, o que pode ocorrer na prestação de serviço de abastecimento de água, apresenta-se como exemplo um pequeno estudo caso concreto ocorrido numa subestação de energia elétrica que alimenta a estação de tratamento de água, responsável pelo abastecimento de quase 100% (cem por cento) da população de certa localidade. Por conta de fortes chuvas, o nível do referido rio subiu de tal maneira que inundou todo o sistema, causando danos irreparáveis aos transformadores e seus componentes, deixando a população local

sem água. Somente após dois dias de inundação, quando o nível da água baixou o suficiente pode-se dimensionar os danos causados ao sistema.

Após isso, para dar solução ao evento danoso, houve reuniões de planejamento das ações a serem realizadas, tendo sido definida a necessidade de diversas contratações, tais como: serviços de recuperação da subestação; secagem dos motores dos bombeadores da estação de tratamento de água; locação de caminhões pipa desde a paralisação do serviço; alimentação do pessoal que atuou nos serviços, entre outros.

O restabelecimento do abastecimento de água não pôde aguardar a regular e prévia formalização das mencionadas contratações de maneira que, neste caso específico, foram adquiridos os materiais para os reparos executados por mão de obra própria e contratados os terceiros para a prestação dos serviços necessário à regularização da situação catastrófica instalada.

Após a execução dos serviços e com a situação parcialmente resolvida foi aberto o devido processo administrativo para a formalização das contratações ocorridas anteriormente.

Para isso, foi elaborado um termo de referência com a evidenciação da situação emergencial e justificativa técnica; definiu-se a especificação dos materiais utilizados e dos serviços prestados; juntaram-se as propostas com os preços, nota orçamentária (substituta da nota de empenho); jornais que noticiaram a ocorrência, ordens de serviço do pessoal próprio que trabalhou no local; e o decreto municipal de situação de emergência; emitiu-se parecer jurídico; ratificou-se a contratação com a devida publicação na imprensa oficial e por fim, foram emitidos os respectivos termos de contratos ou substitutos legais.

Assim, a formalização das contratações firmadas foi toda feita posteriormente à solução da emergência. Somente para confirmar e à guisa de argumentação, o TCU²⁴, já asseverou que, em situações emergenciais, pode ser dispensado o projeto básico, conforme se verifica da análise de parte do voto do Ministro relator, a seguir transcrita:

16. Em função da urgência dos serviços e do exíguo tempo para atender a situação calamitosa, compreendo como admissível a alegação de não ser possível, na excepcional circunstância ora em análise, aguardar a realização dos levantamentos topográficos,

²⁴Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3065/2012**, IN; ATA nº47. De, secretária das sessões, Tribunal de Contas da União. 14 de novembro de 2012.p 184.

relatórios de sondagens e demais estudos necessários à elaboração de um projeto que contemplasse todos os elementos contidos no art. 6º, inciso IX, da Lei 8666/93.

17. Reconheço que, mesmo em obras emergenciais, o projeto básico deve ser providenciado nos termos da lei. Essa é a regra, no entanto, o próprio Tribunal admite exceções. É que, em alguns casos, a elaboração de todos os elementos necessários pode levar meses, o que não se conforma a situação calamitosa e urgente. Como exemplo, cito trechos do Acórdão 943/2011 - Plenário, de minha relatoria, que conferiu a seguinte redação ao item 1.6 do Acórdão 1644/2008 - Plenário:

1.6. Determinar ao DNIT que, mesmo em obras emergenciais, providencie projeto básico com todos os elementos indicados no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, em consonância com o disposto no art. 7º, §2º, inciso II e §9º da mesma Lei, sendo admissível, com a finalidade precípua de afastar risco de dano a pessoas ou aos patrimônios público e particular, que os primeiros serviços sejam iniciados ou executados previamente à conclusão do projeto básico;

1.6.1. Em casos excepcionais e devidamente justificados, poderão ser utilizados projetos básicos que não apresentem todos os elementos do art. 6º, inc. IX da Lei nº 8.666/1993, devendo constar do processo de contratação as razões que impossibilitam a elaboração do projeto completo;

18. A própria equipe da auditoria admitira essa possibilidade, conforme trecho do relatório a seguir destacado:

36. Considerando a excepcionalidade e a urgência da situação, é de se esperar que não fossem elaborados projetos básicos e composições de preços unitários, no entanto a ausência desses instrumentos dificulta sobremaneira o levantamento dos quantitativos e inviabiliza a verificação da razoabilidade do quantitativo de horas de equipamentos medidos.

Convém frisar que, para alguns dos referidos ajustes, não havia na localidade mais do que um fornecedor apto a atender as necessidades da população desabastecida, de maneira que nesses casos, justificados expressamente, apenas uma proposta foi recebida nos autos do processo.

Além disso, um desses fornecedores contratados estava irregular junto à previdência social, o que somente foi verificado após a execução do serviço contratado.

Feitos os esclarecimentos, passa-se a analisar as ocorrências e soluções atípicas destas contratações, conforme se verá a seguir:

No caso da recuperação da subestação de energia, havia apenas um fornecedor na localidade apto a prestar o serviço, não tendo sido possível a consulta a outros.

Acerca disso, é pacífico o entendimento doutrinário de que as boas práticas determinam a verificação de no mínimo três fornecedores para a checagem do preço

de mercado, no entanto, existindo somente um sujeito em condições de desempenhar a atividade necessária ao atendimento do interesse público, é devida a contratação deste, pois se configura, nessa situação, inexistência de alternativas para a Administração, o que levaria, além da dispensa à inviabilidade de licitação.

Não se cogitou cotar os materiais e serviços em outras localidades porque a localização geográfica passou a ser fator determinante para a rapidez no atendimento da situação de risco.

Corroborando esse entendimento, o TCU em seu informativo de jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 63, referente às sessões 17 e 18 de maio de 2011, apresentou o seguinte resumo:

PLENÁRIO

No caso de impossibilidade de obtenção de preços referenciais, via sistemas oficiais, para a estimativa dos custos em processos licitatórios, deve ser realizada pesquisa contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado, **devendo ser devidamente justificadas as situações em que não for possível atingir o número mínimo de cotações**

Mediante auditoria, o TCU fiscalizou as obras da fábrica de hemoderivados e biotecnologia da Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia – (Hemobrás), em Goiana/PE, examinando, para tanto, documentos relativos à Concorrência nº 2/2010, cujo objeto consistiu na contratação de empresa para a execução das obras, instalações e serviços para continuidade do parque industrial da Hemobrás naquela cidade. Ao analisar a composição da planilha que serviu de base para o orçamento da licitação, a equipe de auditoria detectou que alguns itens não apresentavam cotação nos sistemas oficiais de preços referenciais, no caso, SICRO e SINAPI. Para tais itens, a Hemobrás levantou cotações de mercado, de modo a justificar os preços adotados, limitando-se, todavia, a uma única cotação para cada serviço, prática que, na opinião da equipe de auditoria, iria de encontro à jurisprudência deste Tribunal. Para ela, o entendimento do Tribunal é no sentido de que, “no caso de não ser possível obter preços referenciais nos sistemas oficiais para a estimativa de custos que antecederem os processos licitatórios, deve ser realizada pesquisa de preços contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado”. E que, “caso não seja possível obter esse número de cotações, deve ser elaborada justificativa circunstanciada”. A equipe de auditoria sugeriu, então, que o TCU expedisse determinação corretiva para as próximas licitações a serem realizadas pela Hemobrás, no que contou com a acolhida do relator e do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 568/2008, 1.378/2008, 4.013/2008, 5.262/2008, 3.506/2009, da 1ª Câmara, 2.809/2008, 1.344/2009, 3.667/2009, da

2ª Câmara, e 1.379/2007, 837/2008, e 3.219/2010, do Plenário. Acórdão n.º 1266/2011-Plenário, TC-002.573/2011-3, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 18.05.2011.

Em outra contratação o fornecedor escolhido, além de ser único, estava irregular junto à seguridade social. Também para esta hipótese a contratação não foi prejudicada, pois tudo foi devidamente justificado quando da elaboração das razões da escolha do fornecedor nos autos do respectivo processo.

A exigência de regularidade fiscal para a participação em contratações com a Administração Pública funda-se, como já foi visto, no art. 195, § 3º da Constituição Federal, que dispõe que "a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", mas o interesse público em evidência será, sempre, supremo em relação aos direitos de crédito da União.

Marçal também defende, a seguir, com lógica sistemática e observação ao Princípio da Supremacia do Interesse Público:

“Se a satisfação das necessidades coletivas exigir a execução de uma certa prestação, existindo um único sujeito em condições de desempenhar a atividade, deverá promover-se a referida contratação, ainda que o contratado se encontre em situação irregular. (...) a irregularidade perante a seguridade social deverá ser considerada como secundária quando a contratação daquele sujeito for indispensável para o Estado satisfazer seus deveres fundamentais. A ponderação de valores e de princípio conduz à inquestionável preponderância da dignidade humana sobre os direitos de crédito da seguridade social.”

Frise-se que a formalização da contratação feita posteriormente à ocorrência e solução da emergência, em nenhum momento foi questionada pelos órgãos de controle interno e externo.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho acadêmico foi alcançado ao se evidenciar que as contratações emergenciais são justificadas pela impossibilidade de se aguardar o procedimento licitatório, por conta do risco de dano irreparável que a Administração pode estar sujeita, caso não atue com agilidade na resolução do problema surgido.

Ficaram evidenciados os pressupostos e limites legais da contratação direta emergencial, bem como esclarecido que a formalização e atendimento a tais requisitos podem ser feito posteriormente, se assim se apresentar a necessidade e o interesse público tutelado, pois à Administração Pública, nas contratações emergenciais é permitido, em sede de exceção procedimental e, em observância ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, iniciar ou executar os serviços e compras previamente à conclusão do projeto básico ou termo de referência, que, no entanto, deverão ser formalizados com a maior brevidade, assim que possível.

No decorrer do estudo pode se vislumbrar, ainda, que essa exceção somente se justifica se evidenciadas situações-limite extraordinárias e/ou calamitosas e quando tais medidas cautelatórias excepcionais, devidamente autorizadas pela autoridade competente, se configurarem como o único meio capaz de afastar o evento danoso, pois, nas mencionadas situações-limite, a formalização processual completa tempestiva poderia vir a comprometer o pronto atendimento da necessidade urgente, pondo em risco, assim, a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, todos eles protegidos pelo dispositivo do art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/1993, uma vez que a demora do procedimento regular da contratação provocaria maiores danos do que a omissão temporária do procedimento, devendo o Administrador, em tais condições forçadas, tomar as medidas urgentes aconselhadas pelos fatos.

Finalizando, este estudo não tem a pretensão de exaurir o assunto, mas, tão somente de servir de auxílio e proporcionar certa segurança aos administradores públicos quando se depararem com situações emergenciais que precisam ser resolvidas imediatamente, não sendo possível seguir à risca e no prazo certo o procedimento legal para a contratação direta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Vade-Mécum de licitações e contratos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**. 9 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: Emenda Constitucional nº 19/98**, 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túllio. **Manual Prático de Licitações**. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2661-5 Maranhão**. Requerente Partido Socialista Brasileiro - PSC, Requerido Governo do Estado do Maranhão e Assembleia Estadual Legislativa do Estado do Maranhão. Relator Min. Celso Mello.

BRASIL: Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3065/2012**, IN; ATA nº47. De, secretária das sessões, Tribunal de Contas da União. 14 de novembro de 2012.p 184.

Disponível em:
[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2012_47.pdf].
Acesso em 06 jan. 2016.

BRASIL: Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 60/1997**, da 2ª câmara. Relator Min. Fernando Gonçalves. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 15 de abr. de 1997. p.7.472/7.773.

Disponível em:[<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=15/04/1997&jornal=1&pagina=125&totalArquivos=160>]. Acesso em 9jan. 2016.

BRASIL: Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 009.248/94-3, decisão nº 347/1994-Plenário. RelatorMin. Carlos Átila Álvares da Silva. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de junho de 1994. Seção 1, p. 9040-9042.

Disponível

em:

[<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=21/06/1994&jornal=1&pagina=41&totalArquivos=88>]. Acesso em 9jan. 2016.

BRASIL: Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 325.456/96-8, decisão nº 100/1998,da 2ª câmara. RelatorMin. Valmir Campelo. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 de maio de 1998. Seção 1, p. 154.

Disponível

em:

[<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=12/05/1998&jornal=1&pagina=154&totalArquivos=168>]. Acesso em 9 jan. 2016.

BRASIL: Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 015.983/1993-0, decisão nº 585-01/94-P, plenário. Diário Oficial da União.

Disponível

em:

[<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight;jsessionid=B2B8C54642BBE58D4C68DCBD65F5225C?key=DECISAO-LEGADO-20225&texto=50524f43253341313939383331393933302a&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0>].

Acesso em 9 jan. 2016.

BRASIL: Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 019.057/2007-7, acordão nº 1941/2007, plenário. RelatorMin. Ubiratan Aguiar. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de setembro de 2007.p.83.

Disponível

em:

[<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=21/09/2007&jornal=1&pagina=83&totalArquivos=96>]. Acesso em 9 jan. 2016

BRASIL: Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010. Regulamento a Lei nº 11445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 22 de jun. de 2010. p.1, edição extra.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2010Decreto/D7217htm]. Acesso em 11 out. 2014.

BRASIL: Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, Dispõe sobre o exercício de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 29 de jun. de 1989. p.10.561.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm]. Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 12 de set. de 1990. p.1, suplemento. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm]. Acesso em: 9 abril 2015.

BRASIL: Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamento do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e da outros providencias. **Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 de jun. de 1993. p.8269.**Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L866compilado.htm].Acesso em: 19 ago. 2014.

BRASIL: Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, Dispõe sobre o estatuto da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de jul. de 1994. p.10.093.**Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm].Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL: Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviço previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providencias. **Diário Oficial da União. Brasília, DF, 14 de fev. de 1995. p.1.917.**Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987.cons.htm].Acesso em: 06 jan. 2016.

BRASIL: Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providencias. **Diário Oficial da União. Brasília, DF, 07 de abr. de 2005. p.1.**Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03_ato2004-2006/2005/lei/l11107.htm].Acesso em: 04 jan. 2016.

BRASIL: Lei nº11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, altera as leis números 6766, de 19 de dezembro de 1979, 8036, de 11 de maio de 1990, 8666, de 21 de junho de 1993, 8937, de 13 de fevereiro de 19995; revoga a lei nº 6528, de 11 de maio de 1978, e da outras providencias. **Diário Oficial da União. Brasília, DF, 08 de jan. de 2007. p.3.**Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072007-2010/2007/lei/l1145.htm] Acesso em: 13 de jun. 2015.