



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**ASPECTOS JURÍDICOS DA RELATIVIZAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO EM
CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS.**

ORIENTANDO (A): KELYN MARIANA ELIAS ROSA
ORIENTADOR (A): MS. CARMEN DA SILVA MARTINS

GOIÂNIA-GO
2020.

KELYN MARIANA ELIAS ROSA

**ASPECTOS JURÍDICOS DA RELATIVIZAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO EM
CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS.**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. Ms. Carmen da Silva Martins.

GOIÂNIA-GO
2020.

KELYN MARIANA ELIAS ROSA

**ASPECTOS JURÍDICOS DA RELATIVIZAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO EM
CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS.**

Data da Defesa: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientador (a): Prof. (a): Prof. Ms. Carmen da Silva Martins Nota

Examinador (a) Convidado (a): Prof. (a): Titulação e Nome Completo Nota

SUMÁRIO

RESUMO.....	3
INTRODUÇÃO.....	4
1. LICITAÇÃO.....	6
1.1. CONCEITO.....	6
1.2. PRINCÍPIOS BALIZADORES.....	7
1.3. MODALIDADES DE LICITAÇÃO.....	11
2. A REGRA DA OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO PARA AS COMPRAS PÚBLICAS E SUAS RESSALVAS.....	13
2.1. EXCEÇÕES À OBRIGATORIEDADE DE LICITAR.....	14
2.2. CONTRATAÇÃO DIRETA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	15
2.3. DISPENSA DE LICITAÇÃO.....	16
2.4. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....	19
3. DISPENSA DE LICITAÇÃO EM SITUAÇÕES DE CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL.....	20
3.1. A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL FEITA PELO PODER PÚBLICO.....	21
3.2. A IMPREVISIBILIDADE DA EMERGÊNCIA E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.....	23
3.3. EXEMPLO ATUAL E RELEVANTE DAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS: PANDEMIA DE COVID-19.....	24
CONCLUSÃO.....	27
ABSTRACT.....	28
REFERÊNCIAS.....	29

RESUMO

ASPECTOS JURÍDICOS DA RELATIVIZAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO EM CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS.

Kelyn Mariana Elias Rosa¹.

O presente trabalho visa analisar o processo licitatório e sua dispensa diante de situações emergenciais, vez que estas circunstâncias impõem a adoção de medidas urgentes para satisfazer o interesse público. É missão da Administração Pública a gerência dos serviços que representem a coletividade, daí a importância do processo licitatório, visto que possui vertentes extremamente relevantes, expondo as modalidades e princípios. Logo adiante, tratou da obrigatoriedade de licitar como princípio constitucional e suas ressalvas. Em específico, destacou-se o artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, cuja matéria trata da dispensa de licitação em situações de emergência ou calamidade pública. A pandemia de covid-19 como materialização das contratações emergenciais. Recorrendo a pesquisas fundamentadas em leis, doutrinas, jurisprudências, trabalhos acadêmicos e conteúdos referenciados disponibilizados pela *internet*, pretende-se expor que a contratação emergencial sem o processo licitatório regular é perfeitamente válida, desde que observadas às determinações impostas pela lei. A inobservância gera consequências jurídicas ao agente público, que deve pautar-se na boa-fé e probidade administrativa, sem afrontar princípios balizadores da Administração Pública.

Palavras-chave: Licitação. Interesse público. Dispensa. Emergência. Coletividade.

1. Graduanda no curso de Direito da Escola de Direito e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, endereço eletrônico: kelynmariana_er@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem por missão prover as necessidades de ordem coletiva. Em razão de um dos princípios basilares do direito administrativo, a supremacia do interesse público, é imprescindível que o interesse coletivo se prepondere ao interesse do particular.

A coletividade, por sua vez, necessita diretamente dos serviços prestados pelo Estado. Todavia, nem sempre a Administração disporá de meios próprios para satisfazer o interesse público primário e, por essa razão, estará obrigada a recorrer aos serviços prestados por particulares.

Ocorre que ao revés do particular que dispõe de ampla liberdade para celebrar suas aquisições como planeja, a Administração deverá, em regra, recorrer ao instituto da licitação para a consecução de suas contratações, seja de obras, serviços, compras, alienações e locações, enraizada expressamente a obrigatoriedade de licitar por determinação constitucional.

Para tratar a matéria, em 21 de junho de 1993 foi sancionada a Lei nº 8.666, instituindo normas para licitações e contratos administrativos no âmbito da Administração Pública. Deve-se pontuar que o instituto da licitação desempenha um papel altamente relevante em matéria administrativa.

A licitação corresponde ao procedimento administrativo destinado a selecionar a proposta mais vantajosa possível aos cofres públicos, possibilitando aos interessados, mediante competição, a igualdade de oportunidades para contratar com o poder público. É significativo evidenciar que a licitação se subordina aos princípios constitucionais, bem como aqueles previstos na lei nº 8.666/93, dada a importância individualizada de cada um deles para atingir o objetivo norteador: satisfação do interesse público.

Para a realização de um processo licitatório válido, a Lei 8.666/93 prevê uma série de procedimentos, que considerando o decurso de tempo para sua realização, demandam determinado lapso temporal, tendo em vista que as formalidades devem ser fielmente observadas.

Contudo, há situações de excepcionalidade, ou seja, casos em que as contratações de bens, obras ou serviços não podem esperar o tempo da tramitação das fases de uma licitação. Para tanto, a própria lei tratou de elencar casos em que

a Administração Pública poderá efetuar suas aquisições sem a realização de processo licitatório regular.

Dentre as hipóteses de excepcionalidade da não realização de licitação recepcionadas taxativamente pela Lei de Licitações, destaca-se o artigo 24, inciso IV, da aludida lei: dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública.

No que concerne ao tema, à ferramenta da dispensa do processo licitatório, embora necessária e apta a suprir as necessidades coletivas com maior celeridade, não exime a subordinação aos princípios aplicáveis e das formalidades previstas em lei. Por fim, traz a materialização clara e atual de um cenário que impõe a adoção de medidas como as contratações emergenciais: a pandemia de covid-19.

1. LICITAÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 expendeu em seu artigo 37, *caput*, que a Administração Pública deve atuar de forma uníssona aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Logo adiante, o inciso XXI, estabeleceu a licitação como instituto a ser usado pela Administração Pública, em sentido amplo, para que se proceda às suas aquisições e contratações.

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

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

A previsão contida no artigo refere-se à existência do instituto, mas não a sua forma. Para tanto, no dia 21 de junho de 1993 foi sancionada a Lei Federal nº 8.666, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, regulamentando o supramencionado dispositivo legal.

A Lei de Licitações trouxe todas as regras aplicáveis ao procedimento, que deve obrigatoriamente obedecer à legislação.

1.1. CONCEITO.

Precedentemente ao aprofundamento do tema, a pesquisa deve elucidar o conceito do termo licitação. Doutrinadores do Direito Administrativo consultados para a consecução deste trabalho apresentam suas definições.

Mello (2014, p. 533) disserta acerca do conceito de licitação:

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e pré-estabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação.

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

Nota-se que o Poder Público não dispõe da mesma liberdade que um particular, ao passo que deve obedecer a um procedimento administrativo previsto em lei para realizar suas aquisições.

Justen Filho (2014, p. 15) ao comentar a Lei de Licitações se manifesta:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos.

As licitações constituem regra constitucional e, dentre as vertentes relevantes, são dotadas de objetivos definidos, apresentando vantagens a ambas as faces: para a Administração Pública, que estará em busca da menor oneração possível ao erário; e ao particular, pois permite a mais ampla participação dos interessados em contratar com o poder público.

Nas palavras de Mello (2014, p. 538):

A licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Em síntese, a licitação nada mais é que procedimento administrativo apto a garantir o desenvolvimento nacional sustentável, além de proporcionar a correta adequação dos recursos públicos ao garantir a busca da maior vantajosidade possível em suas aquisições governamentais, cuja finalidade é atender o interesse público.

1.2. PRINCÍPIOS BALIZADORES.

No direito, princípios são diretrizes gerais. São fontes que contribuem para o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, auxiliando na materialização da aplicação da lei ao caso concreto.

A Constituição Federal trouxe no artigo 37, *caput*, o rol de princípios aplicáveis a toda Administração Pública. Não obstante, o artigo 3º, da Lei 8.666/93, traz princípios específicos acerca do tema:

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

A licitação, por ser um procedimento administrativo aplicável aos entes da Administração Pública Direta e Indireta, está subordinada aos princípios constitucionais, além daqueles próprios estabelecidos da legislação regente, que merecem breve exame individualizado.

1.2.1. Legalidade.

O princípio da legalidade é um dos principais sustentáculos do Estado de Direito e também a base de todo o regime jurídico da Administração Pública.

Carvalho Filho (2008, p. 224) ensina que “significa dizer que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe.”.

Nos dizeres de Di Pietro (2017, p. 361) “o princípio da legalidade é de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei.”.

Em afirmação concisa, cumpre dizer que o princípio da legalidade determina que a Administração Pública somente deva atuar conforme os ditames da lei, por corolário, poderá fazer apenas aquilo que a lei autoriza.

1.2.2. Impessoalidade.

A Administração Pública deve ater-se à vontade da lei, agir de forma neutra, imparcial, não impondo benefícios, tampouco desvantagens aos licitantes.

Pondera-se os ensinamentos de Justen Filho (2014, p. 86):

A impessoalidade consiste na vedação a preferências ou aversões da autoridade julgadora relativamente à identidade ou aos atributos pessoais dos participantes no certame licitatório. O resultado do certame não pode fundar-se em características pessoais dos licitantes [...].

No processo licitatório, em respeito ao princípio da impessoalidade, os licitantes devem ser tratados com absoluta neutralidade e imparcialidade.

1.2.3. Moralidade.

O princípio da moralidade deve ser compreendido através da expressão “*non omne quod licet honestum est*” (nem tudo que é legal é honesto).

Mello (2014, p. 552) faz essa aproximação:

O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte.

Portanto, deve o administrador público pautar-se na ética, moral, e probidade administrativa. Além do mais, que o legal concatene-se ao ético.

Diga-se de passagem, a moralidade administrativa se destaca como princípio relevantíssimo para a prática de atos administrativos, devendo ser preservada por parte do administrador onde lhe couber, leia-se, em todos os atos inerentes ao processo licitatório, bem como em suas exceções.

1.2.4. Igualdade.

Carvalho Filho (2008, p. 225) assevera que o princípio da igualdade tem origem na Constituição Federal:

O princípio da igualdade, ou isonomia, tem sua origem no art. 5º da CF, como direito fundamental e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica. Ao tratar da obrigatoriedade de licitação, a Constituição, de forma expressa, assegurou no art. 37, XXI, que o procedimento deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”. [...]

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração Pública devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.

No processo licitatório, em função do princípio da igualdade, vigora a vedação a quaisquer preferências ou benefícios de um licitante em detrimento dos demais, estabelecendo a todos iguais oportunidades de competição. Vale ressaltar que tais definições se estendem a toda atuação da Administração.

1.2.5. Publicidade.

Este princípio, explicitamente consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, visa garantir transparência aos atos públicos. Di Pietro (2017, p. 362) vai além:

Outro princípio previsto no artigo 3o da Lei no 8.666/93 é o da publicidade, que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.

Vale salientar que a publicidade é exigida em vários artigos da Lei 8.666/93, e, de fato, é indispensável para o desenrolamento dos atos administrativos diante do processo licitatório. Além disso, permite aos cidadãos o acesso de todo o desenvolvimento da licitação e até impugnar atos relacionados.

1.2.6. Probidade administrativa.

Intimamente ligado ao princípio da moralidade, a probidade tem sentido de honestidade, integridade, boa-fé. Tal é a definição:

Especificamente para a Administração, tal princípio está reiterado na referência ao princípio da probidade administrativa. Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes. (Mello, 2014, p. 552).

Outros escritores do Direito Administrativo também fazem a aproximação entre os princípios da moralidade e da probidade.

1.2.7. Vinculação ao instrumento convocatório.

O processo licitatório se submete a um instrumento convocatório, denominado edital ou carta-convite. Há afirmativas contundentes que o edital é a “lei interna da licitação” e, como tal, vincula os licitantes aos seus termos, bem como a Administração, que o expede. As normas lá estabelecidas devem ser fielmente obedecida pelas partes.

Di Pietro (2017, 363) considera este um dos princípios mais importantes das licitações, *in verbis*:

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3o da Lei no 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual “a Administração

não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados (art. 48, inciso I).

Dessa forma, o ato convocatório é soberano entre as partes, que devem atender na íntegra todas as exigências ali especificadas.

1.2.8. Julgamento objetivo.

O julgamento do certame licitatório deve ser objetivo e claro, sobretudo, elencado previamente no edital e na legislação.

O princípio do julgamento objetivo consiste em que os critérios e fatores seletivos previstos no edital, devem ser adotados inafastavelmente para o julgamento, evitando-se, assim qualquer surpresa entre os participantes da competição. Carvalho Filho (2008, p. 226).

Portanto, a Administração deverá observar os critérios objetivos definidos no instrumento convocatório, bem como os denominados tipos de licitação, quais sejam: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, e, maior lance ou oferta.

1.2.9. Os princípios que lhe são correlatos.

Como demonstrado, a Lei nº 8666/93 explanou os princípios que foram dissertados neste capítulo. Contudo, preconizou que há outros princípios correlatos aplicáveis à matéria, amplamente sobrepostos ao direito brasileiro, tais como os princípios da economicidade, competitividade, razoabilidade, indisponibilidade do interesse público, princípio da licitação sustentável, entre outros.

1.3. MODALIDADES DE LICITAÇÃO.

O artigo 22 da Lei nº 8.666/93 arrola cinco modalidades de licitação, ou seja, procedimentos específicos a serem seguidos, a depender do objeto ou do valor do que se está a licitar, que serão sucintamente expostas.

Nos termos do artigo 22, §1º da referida lei: “concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.” Geralmente, a concorrência é usada para contratações de maior vulto econômico. Em alguns casos, a Lei a exige em razão da natureza do futuro contrato, independente de valor, como é o caso das licitações internacionais, contratos de concessão, entre outros.

A segunda modalidade de licitação relacionada é a tomada de preços, que exige o cadastramento prévio de todos os interessados, e aqueles que ainda não possuem poderão efetuar-lo até o terceiro dia anterior à data de recebimento das propostas. É uma modalidade de licitação de objeto de médio vulto econômico. Para o convite, única modalidade de licitação que não exige publicação de edital, mas iniciada por meio de um instrumento chamado carta-convite, conforme Mello (2014, p. 576-577):

O convite (art. 22, § 3Q) é a modalidade licitatória cabível perante relações que envolverão os valores mais baixos, na qual a Administração convoca para a disputa pelo menos três pessoas que operam no ramo pertinente ao objeto, cadastradas ou não, e afixa em local próprio cópia do instrumento convocatório, estendendo o mesmo convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto que hajam manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas.

Concurso é a modalidade de licitação elencada no artigo 22, §4º, da lei em comento. Diferente dos demais procedimentos aborda um objeto específico, como veementiza Spitzcovsky (2019, p. 544): “modalidade de licitação aberta a quaisquer interessados voltada para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores.” Urge frisar que o legislador não previu expressamente limite de valores para o convite.

Leilão é a modalidade de licitação que está disciplinada no artigo 22, §5º, da Lei de Licitações:

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Ainda no que concerne ao leilão, Justen Filho (2014, p. 360) acrescenta:

A regra do leilão é a inexistência de sigilo quanto ao conteúdo das propostas. Muito pelo contrário, é da essência do leilão que tais propostas sejam públicas e de amplo conhecimento. Os proponentes ficam vinculados por sua proposta até que outra, mais elevada, seja formulada.

Além das modalidades de licitação recepcionadas pela Lei Federal nº 8666/93, existem outras regulamentadas por outras leis esparsas, como é o caso da consulta, prevista no artigo 37, *caput*, da Lei 9.986/2000, usada nas contratações e aquisições feitas pelas Agências Reguladoras.

Por fim, o pregão, modalidade de licitação regimentada pela Lei Federal nº 10.520/2002 que instituiu normas gerais no âmbito da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, tendo por objeto a aquisição de bens e serviços comuns, em qualquer que seja o valor para contratação. Outrossim, convém ponderar que existem dois tipos de pregão: presencial e eletrônico.

O pregão foi uma tentativa assertiva da busca de eficiência pela Administração Pública, uma vez que se trata de procedimento mais célere, desburocratizado e eficaz.

2. A REGRA DA OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO PARA AS COMPRAS PÚBLICAS E SUAS RESSALVAS.

A supremacia do interesse público sobre o privado norteia a Administração Pública a sempre satisfazer o interesse da coletividade. Para tanto, surge à necessidade de contratar serviços prestados por particulares para fomentar sua demanda. A Constituição Federal de 1988 estatuiu a regra da obrigatoriedade de licitação para a contratação de obras, serviços, compras e alienações.

Acerca do tema, Carvalho Filho (2008, p. 228) afirma que “o princípio da obrigatoriedade de licitação impõe que todos os destinatários do Estatuto façam realizar o procedimento antes de contratarem obras e serviços.”

Di Pietro (2017, p. 368) salienta:

A Constituição Federal exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI), bem como para a concessão e a permissão de serviços públicos (art. 175). [...] Estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único).

No mesmo viés, Amorim (2017, p. 27):

Ademais, estão obrigadas a realizar licitação pública as entidades integrantes das Administrações indiretas dos entes federativos, ou seja,

autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com efeito, o processo licitatório é indispensável à Administração por permitir a melhor contratação possível aos cofres públicos, viabilizando a justa competição, tendo em vista que ele abarca a possibilidade das pessoas ofertarem os seus preços, e só após as devidas etapas, efetivar a contratação.

Além disso, a licitação tem por finalidade assegurar interesses relevantes, tais como a escolha de proposta mais vantajosa, subordinação aos princípios constitucionais e administrativos pertinentes, já demonstrados, e, indubitavelmente, evitar a prática de arbitrariedades por parte do administrador.

2.1. EXCEÇÕES À OBRIGATORIEDADE DE LICITAR.

Embora a regra imposta determine a realização de licitação prévia às contratações públicas, decorrente de preceitos legais, o próprio dispositivo constitucional (Artigo 37, XXI, CF) traz a expressão “ressalvados os casos especificados na legislação”, indicando a possibilidade de relativização da regra.

O artigo 2º, da Lei de Licitações valida a mesma perspectiva da Carta Magna:

Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, **serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.**

Seguindo esta ordem, os entendimentos consolidados do Superior Tribunal de Justiça demonstram que “nas contratações da Administração Pública, a regra é a realização de prévia licitação. Os casos de dispensa e inexigibilidade são exceções e exigem justificativa fundamentada do gestor público”.

Justen Filho (2014, p. 390) ressalta:

A Constituição acolheu a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação - entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção, facultando contratação direta nos casos previstos por lei.

Carvalho Filho (2019, p. 394) enuncia:

O princípio da obrigatoriedade da licitação impõe que todos os destinatários do Estatuto façam realizar o procedimento antes de contratarem obras e serviços. Mas a lei não poderia deixar de ressaltar algumas hipóteses que, pela sua particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do processo licitatório.

Deve-se dizer que existem exceções à obrigatoriedade de licitar, eis que a Administração Pública poderá efetuar contratações diretas em casos específicos ressaltados pela legislação.

Destarte, não há que confundir a contratação direta com ausência de procedimento administrativo, porquanto o administrador público está adstrito às possibilidades previstas em lei, devendo observar todos os princípios pertinentes e as formalidades determinadas.

2.2. CONTRATAÇÃO DIRETA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Sobreleva-se ressaltar a definição de contratação direta para o Tribunal de Contas da União – TCU (2010, p. 579): “Contratação direta é aquela realizada sem licitação, em situações excepcionais, expressamente previstas em lei”.

As contratações diretas devem ser justificadas e fundamentadas pelo administrador, e podem se concretizar na forma de dispensa (licitação dispensada ou dispensável) ou inexigibilidade (licitação inexigível).

Nesta seara, afirma Oliveira (2018, p. 457):

Os casos de contratação direta não dispensam, em regra, a observância de um procedimento formal prévio, como a apuração e comprovação das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, por meio da motivação da decisão administrativa (art. 26 da Lei 8.666/1993).

As hipóteses de contratação direta são:

- a) licitação dispensada (art. 17 da Lei 8.666/1993);
- b) dispensa de licitação ou licitação dispensável (art. 24 da Lei 8.666/1993);
- c) inexigibilidade de licitação ou licitação inexigível (art. 25 da Lei 8.666/1993).

Amorim (2018, p. 169) conceitua:

a) Licitação dispensada: é aquela cuja realização é afastada pela própria lei, relacionada com a alienação de imóveis e de móveis públicos (art. 17 da Lei nº 8.666).

b) Licitação dispensável: é aquela em que existe uma desobrigação de instauração de procedimento licitatório, caso seja conveniente ao interesse público (art. 24 da Lei nº 8.666).

c) Licitação inexigível: é aquela em que há inviabilidade de competição (art. 25 da Lei nº 8.666).

Dentre as hipóteses de contratação direta, reafirma-se que essas devem figurar em caráter excepcional, ou seja, apenas nos casos em que a licitação for inconveniente, inoportuna ou inviável.

Contudo, prevalece o escopo de a Administração estar em busca da obtenção de melhor proposta possível, não podendo ser associada a eventuais contratações que lhe venham a ser desvantajosas.

2.3. DISPENSA DE LICITAÇÃO.

O regular processo licitatório comporta várias etapas para a sua realização, tais quais possuem rito específico previsto em lei, dotados de formalidades, tornando-o moroso. Por essa razão, surge a dispensa de licitação, tendo em vista que em certas ocasiões de excepcionalidade, as aquisições públicas carecem de maior celeridade.

Justen Filho (2014, p. 397) afirma que “a dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa.”

No mesmo sentido, Spitzcovsky (2019, p.554) explica:

Em outras palavras, em se tratando de dispensa de licitação, fica a critério do administrador a escolha pela abertura ou não do certame competitivo, porque, como visto, a possibilidade de contratação direta também se apresenta, desde que o caso concreto esteja inserido em uma das hipóteses abstratamente previstas no art. 24 dessa lei.

Ou seja, embora haja a possibilidade de competição, a Administração Pública não poderá esperar o trâmite legítimo de uma licitação para proceder à suas compras. A dispensa de licitação configura-se como forma de contratação direta apta a suprir situações em que apresentam tais circunstâncias discorridas.

Insta destacar que todas as causas de dispensa de licitação previstas na Lei 8.666/93 constituem rol taxativo, portanto, jamais poderá o agente público alargar ou criar causas além daquelas previstas.

Sob essa óptica, Carvalho Filho (2008, p. 228) comenta:

Há, porém, dois aspectos preliminares que merecem ser considerados. O primeiro diz respeito à excepcionalidade, no sentido de que as hipóteses previstas no art. 24 traduzem situações que fogem à regra geral, e só por essa razão se abriu a fenda do princípio da obrigatoriedade. O outro diz respeito à **taxatividade** das hipóteses. Daí a justa advertência de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador. Os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação legislador considerou mais conveniente ao interesse público.

O Tribunal de Contas da União – TCU (2010, p. 589), ao deliberar sobre a temática, firmou entendimento:

É indiscutível que licitação é a regra e dispensa é a exceção. A dispensa, que pressupõe viabilidade de competição, pode se dar por licitação dispensada - art. 17, incisos I e II, da Lei de Licitações, ato vinculado - e por licitação dispensável - art. 24 da referida lei.

Acórdão 2378/2006 Plenário (Voto do Ministro Relator)

Além disso, a doutrina faz uma considerável subdivisão nas hipóteses de dispensa de licitação, dividindo-as em licitação dispensada e licitação dispensável. Mas, ambos os casos são formas de contratação direta.

2.3.1. Licitação dispensada.

Os casos de licitação dispensada estão incluídos no artigo 17, incisos I e II, da Lei 8.666/93. Eles restringem-se a alienação de bens móveis e imóveis da Administração Pública.

A Lei foi cautelosa ao trazer todas as hipóteses pertinentes, tais como dação em pagamento, doação, alienação gratuita ou onerosa de bens imóveis, entre outros.

Sobre o tema, Oliveira (2018, p. 69) grifa:

Costuma-se afirmar que a licitação dispensada consagra a hipótese de “dispensa legal”, pois a decisão pela não realização da licitação já foi tomada previamente pelo legislador, não subsistindo qualquer discricionariedade para o administrador.

Nas palavras de Di Pietro (2017, p. 369): “Existem, contudo, casos de dispensa que escapam à discricionariedade administrativa, por estarem já determinados por lei; é o que decorre do artigo 17, incisos I e II, da Lei no 8.666/93.”.

Observa-se que a lei impôs que o procedimento para contratação será feito diretamente, sem exigência de prévia licitação. Isso significa que se trata de ato administrativo vinculado, ou seja, não há margem de liberdade conferida ao administrador para optar pela realização ou não do processo licitatório.

2.3.2. Licitação dispensável.

Por vezes, a imprescindível finalidade de atender o interesse público carece de maior celeridade. Pensando nisso, o legislador delimitou causas em que entendeu ser mais eficiente a contratação através da dispensa de licitação (licitação dispensável), facultando essa possibilidade.

O artigo 24 da Lei de Licitações enumera todas as causas em que é possível dispensar a licitação, sendo um rol manifestamente exaustivo.

Amorim (2018, p. 172-173) afirma:

As hipóteses previstas para que o administrador deixe de realizar licitação como condição para a contratação estão taxativamente previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/1993. Portanto, em tais casos, será discricionária a decisão de fazer ou não a licitação, conforme critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

Nesse contexto, em tema de licitação dispensável, resta claro que é ato discricionário. Em tais parâmetros, a licitação pode ou não ser dispensada, devendo a Administração atuar estribando-se em critérios de conveniência e oportunidade, vulgo mérito administrativo.

A doutrina manifesta certa classificação concernente às hipóteses de dispensa de licitação, como menciona Di Pietro (2017, p. 371):

As hipóteses de dispensa podem ser divididas em quatro categorias:

- a) em razão do pequeno valor;
- b) em razão de situações excepcionais;
- c) em razão do objeto;
- d) em razão da pessoa (cf. Lúcia Valle Figueiredo, 1980:32).

Sobre a dispensa em hipótese de valor, importa frisar que recentemente o Decreto nº 9.412/2018 alterou os valores autorizados para a dispensa de licitação:

Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);
- b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e
- c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:

- a) na modalidade convite - até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);
- b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e
- c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Os incisos III e IV, entre outros, do artigo 24, da Lei 8.666/93 (casos de guerra ou grave perturbação da ordem; casos de emergência ou calamidade pública) integram a dispensa em razão de situação excepcional. As demais situações previstas no artigo 24 da Lei de Licitações constituem dispensa em razão do objeto e da pessoa, devidamente classificadas pela doutrina.

Por ser um rol extenso (trinta e cinco incisos), não se vislumbra necessário explicitar todas as causas de dispensa de licitação, uma vez que o presente trabalho irá focar a dispensa em situação emergencial.

2.4. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.

O termo “inexigibilidade” em âmbito de licitações remete a ideia que em determinadas ocasiões, a licitação pode ser suprimida em razão de ser inexigível.

Entretanto, é o caso da inviabilidade de competição, nos termos da Lei de Licitações, artigo 25, *caput*. O dispositivo legal traz incisos que também merecem destaque:

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

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

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

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

O dispositivo legal traz situações em que não há possibilidade de competição entre licitantes, sendo, portanto, a licitação inexigível.

Mello, (2014, p. 557) comenta:

São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes.

Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus "pressupostos lógicos", em duas hipóteses:

a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito. Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá oferecê-lo;

b) quando só há um ofertante, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito. [...]

Em rigor, nos dois casos cogitados não haveria como falar em "dispensa" de licitação, pois só se pode dispensar alguém de um dever possível. Ora, em ambas as situações descritas a licitação seria inconcebível. Por isso a legislação optou por denominá-las como casos de "inexigibilidade de licitação".

Entretanto, o rol apresentado no artigo 25 é exemplificativo, como informa Carvalho Filho (2019, p. 417):

O legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, acrescenta a locução “em especial”. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico.

Seguindo esta análise, Amorim (2018, p. 170):

A inexigibilidade de licitação justifica-se nas hipóteses em que se verifica a inviabilidade prática de competição. O elenco instituído pelo art. 25 da LGL não é exaustivo, mas exemplificativo, admitindo-se outras hipóteses em que se verifica a inexigibilidade de realização do procedimento licitatório.

Extrai-se que um dos pressupostos para a realização da licitação é a pluralidade de licitantes, justamente para possibilitar a ampla competição. Todavia, em situações excepcionais, tais como objeto ou fornecedor exclusivo, a licitação não só deixará de ser exigida, como sua realização tornar-se-á impraticável.

Di Pietro (2017, p. 369) explica:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Repara-se que há diferença notória entre dispensa e inexigibilidade de licitação, ao passo que na dispensa ainda há viabilidade para o processo licitatório regular, enquanto na inexigibilidade torna-se impossível a sua realização.

3. DISPENSA DE LICITAÇÃO EM SITUAÇÕES DE CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL.

A Lei 8.666/93 consagrou em seu artigo 24, inciso IV, a faculdade de dispensar o processo licitatório em situações de emergência ou calamidade pública:

Art. 24. É dispensável a licitação:

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

da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

Da leitura do dispositivo legal, é conspícuo que um cenário emergente ou calamitoso impõe a adoção de medidas rápidas e eficazes para suprir as necessidades coletivas.

Nesse diapasão, Di Pietro (2017, p. 372):

Em razão de situações excepcionais, a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, em vez de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato. Nessa categoria incluem-se as seguintes hipóteses: [...]

2. Os 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 ou outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa.

Justen Filho (2014, p. 404-405) disserta a respeito do conceito de situação emergencial:

No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores.

Carvalho Filho (2019, p. 397) explica:

A lei previu, também, a dispensa nos casos de emergência. Em ambos os casos, as situações devem caracterizar-se pela urgência no atendimento, de modo que não causem prejuízo ou comprometam a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares.

Considerando a morosidade dos trâmites regulares de um processo licitatório, o legislador entendeu que ao aplicá-lo, o interesse público poderia ser lesado ou prejudicado, ao passo que emergência pressupõe maior agilidade nas aquisições públicas.

3.1. A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL FEITA PELO PODER PÚBLICO.

A Administração Pública **sempre** deverá atuar obedecendo aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressos no texto constitucional (artigo 37, *caput*, Constituição Federal). A expressão grifada “sempre” revela que a Administração, em nenhuma circunstância, poderá operar como um

particular para materializar as suas compras e necessidades. Portanto, ainda que autorizada a dispensar o processo licitatório em decorrência de eventual situação emergencial, não poderá procedê-las livremente. Pelo contrário, deve obedecer a todas as formalidades impostas pela lei.

A Lei de Licitações determina:

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

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

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

O processo administrativo de dispensa de licitação deve ser instruído com provas que o justifique, como pondera Carvalho Filho (2019, p. 755): “O processo relativo à dispensa e à inexigibilidade deverá ser corretamente instruído, acostando-se os dados de eventual situação emergencial.”

Amorim (2018, p. 179-180) acrescenta:

Instruído o procedimento com tais elementos e havendo manifestação favorável à contratação direta pelo órgão ou pela unidade responsável, os autos devem ser submetidos à autoridade hierarquicamente superior no prazo máximo de três dias, devendo esta se pronunciar no prazo de cinco dias a contar do recebimento do processo. Havendo a ratificação da manifestação pelo afastamento da licitação, o processo deve seguir para a publicação na imprensa oficial, como condição de eficácia dos atos.

Além disso, ao tecer os comentários pertinentes, Justen Filho (2014, p. 405 e 407) ressalta:

Para dispensa da licitação em situação emergencial ou de calamidade pública, incumbe à Administração avaliar a presença de dois requisitos:

a) Demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano: a urgência deve ser concreta e efetiva. Não se trata de urgência simplesmente teórica. Deve ser evidenciada a situação concreta existente, indicando-se os dados que evidenciam a urgência. [...]

b) Demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco: a contratação imediata apenas será admissível se restar evidenciado que será instrumento adequado e eficiente de eliminar o risco. Se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexistirá cabimento da dispensa de licitação.

A dispensa de licitação é um processo administrativo e, por essa razão, não pode ser interpretada como livre atuação administrativa, pois prevalece à sua submissão aos princípios constitucionais e administrativos. Ainda, a demonstração de requisitos necessários para subsidiar o processo, tais como urgência no atendimento, a contratação como via adequada, estudo de viabilidade econômica, previsão orçamentária, entre outros.

Deve ser bem explanado: o que de fato existe é uma substituição de formalidades. Suprimem-se algumas por outras, tendo em vista que a Administração está dispensada de realizar as fases de um processo licitatório válido, mas não se exime de observar as disposições aplicáveis a um processo de dispensa de licitação.

3.2. A IMPREVISIBILIDADE DA EMERGÊNCIA E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.

Para efetivar a contratação direta nos casos de emergência, é evidente que a situação emergencial ou calamitosa não pode ser instaurada pela inércia da Administração Pública, que tem o dever de controlar suas demandas.

Partindo dessa premissa, ensina a doutrina de Spitzcovsky (2019, p. 556):

[...] Está claro que a imprevisibilidade da situação emergencial é aspecto fundamental para que se possa cogitar uma contratação direta, não sendo, como consequência, possível a caracterização de uma situação dessa natureza por incúria da Administração Pública.

É preciso que a situação seja imprevisível, pois, se é possível prever, a Administração Pública tem o poder-dever de agir. Se não o faz, remete-se a invocação da chamada “emergência fabricada”. Justen Filho (2014, p. 408) conceitua: “A Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível.”.

No que se discute ao assunto, Oliveira (2018, p. 73) enuncia:

A contratação emergencial é possível mesmo na hipótese em que a situação de emergência seja atribuída ao agente público (emergência “fabricada” ou “provocada”), sob pena de não se atender o interesse da coletividade. Nesse caso, todavia, a Administração, após a contratação, deverá apurar a responsabilidade do agente.

Identifica-se que, nesses casos, a responsabilização do agente é de rigor, conforme a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU (2010, p. 598):

Por sua vez, o art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações e Contratos, prevê a dispensa de certame licitatório nos casos de emergência ou de calamidade

pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Com efeito, esta Corte de Contas firmou entendimento, por meio da Decisão nº 347/1994 - Plenário, proferida em sede de Consulta, de que as dispensas de licitação, por motivo de emergência ou de calamidade pública, somente são admissíveis quando, cumpridas outras exigências, não se tenham originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis ou, em outras palavras, desde que não possam, em alguma medida, ser atribuídas à culpa ou dolo do gestor público, que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação.

Acórdão 798/2008 Primeira Câmara (Voto do Ministro Relator)

O entendimento é pacificado (TCU, 2010, p. 599): “Deve ser responsabilizado o gestor pela contratação emergencial indevida quando a situação adversa decorreu de sua omissão ou falta do planejamento. Acórdão 627/2009 Segunda Câmara (Sumário)”

Além desse fator, a Lei de Licitações, tipificou como crime algumas condutas atinentes ao assunto, atribuindo sanções penais ao agente público quando:

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.

Incontestavelmente, deve ocorrer a responsabilização do agente administrativo diante de condutas ilícitas, imorais e oportunistas. Vislumbra-se cabível e, perfeitamente proporcional a imposição de consequências administrativas, civis e penais.

3.3. EXEMPLO ATUAL E RELEVANTE DAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS: PANDEMIA DE COVID-19.

O mundo enfrenta uma pandemia inesperada de efeitos catastróficos, que vem trazendo danos a mais ampla gama dos segmentos, sobretudo, à saúde pública.

Reconhecida a situação de emergência, o Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 6/2020, decretou a ocorrência de estado de calamidade pública no Brasil, enquanto a maioria dos estados-membros adotou a mesma postura. É significativo ponderar que essa situação se amolda ao previsto no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93 por ser hipótese de contratação emergencial.

Obviamente que as ações para enfrentamento da pandemia de Covid-19 gerarão a necessidade de providências imediatas nas contratações de bens, serviços e insumos. Nessa esteira, foram adotadas medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do surto do coronavírus, entre elas, a dispensa de licitação, nos termos do artigo 4º, da Lei Federal nº 13.979/2020:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.

§1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

A autorização para contratação direta através da dispensa de licitação mostra-se uma medida necessária para lidar com os impactos trazidos pelo vírus, e, vigorará enquanto perdurarem os efeitos da crise, sendo, portanto, específica e temporária e simplificada, haja vista a flexibilização do procedimento administrativo.

Justen Filho (2020, p. 2) explora:

A pandemia pode gerar situações de atendimento imediato, insuscetível de aguardar dias ou horas. Basta considerar hipóteses em que instalações ou serviços de terceiros sejam indispensáveis para tentar evitar o óbito de um sujeito ou para impedir a disseminação do vírus. É evidente que as regras constitucionais, que privilegiam o atendimento às necessidades coletivas e a realização do interesse público, impõem a adoção de medidas práticas e efetivas por parte da Administração Pública, independentemente, de formalização num procedimento administrativo burocrático.

Como exemplo: pacientes internados necessitam de determinada medicação para tratar a Covid-19. A Administração deve agir rapidamente para que o indivíduo seja medicado e, para isso, precisa comprar o medicamento. Não obstante, a regra de instaurar processo licitatório dificilmente seria adequada, dado o tempo razoável para sua realização.

No entanto, os órgãos públicos devem recorrer à modalidade de dispensa de licitação autorizada apenas para suprir o que, de fato, for imprescindível ao enfrentamento da pandemia. Ainda na emergência, prevalece o dever de planejamento, adotar medidas adequadas, fazer cotação de preços para garantir a maior preservação do erário, quantidades certas, proporcionalidade nas aquisições.

Justen Filho (2020, p. 8) consigna:

Observe-se que não é adequada a dispensa de licitação para contratações que, embora úteis, não sejam fundamentais ao combate à pandemia. Cabe identificar se a ausência de execução da prestação comprometerá o combate à pandemia.

Isso não significa vedação à contratação de prestações úteis ao combate da pandemia. Apenas implica que tais contratações subordinar-se-ão ao regime licitatório comum.

Variados são os noticiários que versam acerca de administradores se apropriarem dessa ferramenta para facilitar a corrupção, superfaturar produtos, praticar irregularidades e desvios diante da imperícia ou má gestão dos recursos públicos. Nesses casos, diga-se Justen Filho (2020, p.4): “eventuais desvios, se vierem a ocorrer, precisam ser sancionados com rigor exemplar.”.

A pandemia trouxe inúmeras investigações, apurações, e denúncias acerca da prática de irregularidades no que tange à inobservância da real finalidade de contratação através da dispensa de licitação em função da situação excepcional.

Práticas ilícitas, infelizmente, se tornaram corriqueiras. Mas, o adequado é que o agente estatal deve gerir suas decisões com o discernimento necessário, de modo a não permitir a prática de condutas que atentem aos princípios que regem a Administração Pública. É preciso fixar o entendimento que a situação, embora urgente, não caracteriza uma livre atuação administrativa.

CONCLUSÃO.

A Administração Pública, em obediência ao princípio da legalidade, é impulsionada por meios legais que a delimitam, sendo-lhe permitido fazer apenas o que a lei autoriza.

Em que pese a Constituição Federal abordar expressamente o que se pode chamar de princípio da obrigatoriedade de licitar, a Lei específica autoriza a Administração Pública a efetuar contratações diretas diante de situações emergenciais. Infere-se, portanto, que a Administração está devidamente possibilitada de atuar quando presentes os pressupostos para tanto, não visando o seu interesse próprio, mas sim o interesse coletivo.

Contudo, a lei impõe limites à discricionariedade do administrador, uma vez que a dispensa de licitação em razão de emergência ou calamidade pública não o confere ampla liberdade para atuar ou contratar com quem quer, quando quiser, ainda que presentes situações excepcionais como a pandemia de covid-19.

Pelo contrário, consoante entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, e obedecer aos princípios constitucionais e específicos aplicáveis à matéria, bem como às formalidades impostas, sob pena de responsabilização em âmbito administrativo, civil e criminal.

Em verdade, a contratação emergencial na gestão dos serviços públicos é uma “medida cautelar” balizada no princípio da supremacia do interesse público, com escopo de evitar maiores danos, riscos ou prejuízos à coletividade, e assim cumprir com a missão da Administração Pública: satisfazer o interesse coletivo; buscar o bem comum e preservar o patrimônio público.

ABSTRACT.

LEGAL ASPECTS OF THE RELATIVIZATION OF THE BIDDING PROCESS IN EMERGENCY CONTRACTS.

The present work aims to analyze the bidding process and its dismissal in order to face emergency situations, since they impose the embracement of urgent measures to satisfy the public interest. It is a mission of the Public Administration to manage the services that represent the community. The importance of bidding was emphasized, since it has extremely relevance in some aspects as they expose modalities and principles. Therefore, it dealt with the mandatory bidding as a constitutional principle and its reservations. In particular, article 24, item IV, of Law 8.666 / 93 stood out, the subject in which takes care of the waiver of the bidding in situations of emergency or public calamity. The covid-19 pandemic as materialization of emergency contracts. By resorting to research based on laws, doctrines, jurisprudence, academic works and referenced content has made available on the internet, led us to conclude that emergency contracting without the regular bidding process is perfectly valid, provided that it is observed the determinations imposed by law. Compliance failure generate legal consequences for the public agent, who must be guided by honesty and administrative prohibition, without facing the guiding principles of Public Administration.

Keywords: Bidding. Public interest. Dismissal. Emergency. Collectivity.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União*. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: teoria e prática*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.

SPITZCOVSKY, Celso *Direito administrativo esquematizado® / Celso Spitzcovsky*. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Ari Eduardo de; ALMEIDA, Damiana Machado de; LOPES, Luis Felipe Dias. Exceções ao princípio da obrigatoriedade das licitações. *Pensamento & Realidade*, v. 1, n. 29, p. 79-97, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018*. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Decreto/D9412.htm#art1. Acesso em 12 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8666cons.htm. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em 27 mar. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em 14 set. 2020.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.205.605/SP 2010/0142113-5*, Relatora: Ministra Eliana Calmon. 15. ago. 2013. T2 – Segunda Turma. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24047603/recurso-especial-resp-1205605-sp-2010-0142113-5-stj/inteiro-teor-24047604?ref=serp>. Acesso em 27 ago. 2020.

BRENTANO, Alexandre. *A utilização da contratação emergencial – dispensada – pela Administração Pública*. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37432/a-utilizacao-da-contratacao-emergencial-dispensada-pela-administracao-publica>. Acesso em 09 set. 2020.

Contratação direta na administração pública. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/contratacao-direta-na-administracao-publica/>. Acesso em 01 set. 2020.

CASTROVIEJO, Gabriela Gomes Acioli. *Coronavírus (covid-19) e Dispensa de licitação: análise sob a ótica da Lei 13.979/2020*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/coronavirus-covid-19-e-dispensa-de-licitacao-analise-sob-a-otica-da-lei-13-979-2020/>. Acesso em 01 set. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Efeitos Jurídicos da Crise sobre as Contratações Administrativas*, 2020. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf> Acesso em 10 set. 2020.

OLIVEIRA, Thaís Tarquinio. *Dispensa de licitação e a “Lei do Coronavírus”*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/thais-oliveira-dispensade-licitacao-lei-coronavirus>. Acesso em 09 set. 2020.

SERPA, Julio César Lopes. *Dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56663/dispensa-de-licitacao-por-emergencia-ou-calamidade-publica>. Acesso em 09 set. 2020.

CELLA, Nayara Zanella. *A dispensa de licitação: consequências jurídicas da emergência “fabricada”*. 2012. Curso de pós-graduação *lato sensu* em direito administrativo – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.