

RODRIGO GARLA JORGE

**DISPENSA DE LICITAÇÃO FUNDAMENTADA EM SITUAÇÕES EMERGENCIAIS
OU DE CALAMIDADE PÚBLICA**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Edmir Netto de Araújo

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo - SP

2019

RODRIGO GARLA JORGE

**DISPENSA DE LICITAÇÃO FUNDAMENTADA EM SITUAÇÕES EMERGENCIAIS
OU DE CALAMIDADE PÚBLICA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob orientação do Professor Dr. Edmir Netto de Araújo.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo - SP

2019

Catálogo na Publicação
Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Jorge, Rodrigo Garla.

Dispensa de licitação fundamentada em situações emergenciais ou de calamidade pública / Rodrigo Garla Jorge. -- São Paulo, 2019.

158 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientador: Edmir Netto de Araújo.

Notas de rodapé

Inclui bibliografia

1. Dispensa de licitação fundamentada em situações emergenciais ou de calamidade pública. 2. Artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993. 3. Pressupostos de validade da contratação. 4. Limites contratuais. 5. Flexibilização procedimental. 6. Superações legais. I. Araújo, Edmir Netto de, orient. II. Título.

DEDICATÓRIA

À minha esposa, Giovana, fonte eterna de amor, inspiração e apoio.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Senhor da minha vida, responsável por todas as vitórias obtidas e titular das respectivas glórias.

Ao meu amado pai, Dorival, cuja saudade corta profundamente o meu coração por todos os dias, e à minha querida mãe, Deise, referências eternas da minha vida, por todo amor que sempre me proporcionaram. Sem vocês, nada faria sentido.

Aos meus irmãos, Renata e Renan, pela amizade incondicional que tudo suporta e nada se pretende.

Ao meu orientador e verdadeiro amigo, Prof. Edmir Netto de Araújo, exemplo não só de dedicação à atividade acadêmica e profissional como também de ser humano, pela oportunidade e pelos ensinamentos que me foram conferidos.

RESUMO

JORGE, Rodrigo Garla. **Dispensa de licitação fundamentada em situações emergenciais ou de calamidade pública**. 2019. 158 f. Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

O presente trabalho tem por escopo principal examinar a hipótese de dispensa de licitação fundamentada em situações emergenciais ou de calamidade pública prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, a fim de definir, de modo objetivo e fundamentado com base na doutrina especializada e na jurisprudência técnico-administrativa do Tribunal de Contas da União, os critérios legitimadores de sua interpretação e aplicação, bem como fixar os seus limites e as respectivas superações legais. Para tanto, em um primeiro momento, serão abordados os aspectos gerais e fundamentais do instituto da licitação. Na sequência, a análise dirigirá-se às contratações diretas, sem a realização do procedimento ordinário de licitação. A partir de então, adentrar-se-á ao ponto fulcral da pesquisa, oportunidade em que se investigará especificamente a regra decorrente do dispositivo acima citado. Nesta ocasião, serão examinados os pressupostos de validade da contratação, os seus limites contratuais e a possibilidade da flexibilização de seu procedimento. A parte final do trabalho será destinada a relacionar as superações legais apresentadas no curso da pesquisa com princípios legitimadores de sua interpretação e aplicação, com especial atenção para os princípios da legalidade, finalidade, obrigatoriedade de desempenho da atividade pública, eficiência e razoabilidade.

Palavras-chave: Dispensa de licitação fundamentada em situações emergenciais ou de calamidade pública. Artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993. Pressupostos de validade da contratação. Limites contratuais. Flexibilização procedimental. Superações legais.

ABSTRACT

JORGE, Rodrigo Garla. **Exemption of bidding based on emergency situations or public calamity**. 2019. 158 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, 2019.

The main purpose of this paper is to examine the hypothesis of exemption of bidding based on emergency situations or public calamity, provided for in article 24, subsection IV, of Law nº 8.666/1993, in order to define, objectively and grounded on the specialized doctrine and the technical-administrative jurisprudence of the Federal Court of Auditors, the legitimating criteria to its interpretation and application, as well as to establish its limits and legal overcoming. In order to do that, at first, it will be approached the general and fundamental aspects of the bidding institute. Subsequently, the analysis will be targeted to direct contracting, without the ordinary bidding procedure. After that, it will be introduced the key point of the research, at which time will be specifically investigated the rule resulting from the previous article. On this occasion, will be examined the premises about the validity of the contract, its limits and the possibility of bending the procedure rules. The final part of the essay will be aimed at relating the legal overcomes presented in the course of the research with legitimating principles of its interpretation and application, with special attention regarding the principles of rule of law, purpose, obligation of public activity performance, efficiency and reasonableness.

Keywords: Exemption of bidding based on emergency situations or public calamity. Article 24, subsection IV, of Law nº 8.666/1993. Premises about the validity of the contract. Contractual limits. Bending procedure rules. Legal overcoming.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	09
2 - LICITAÇÃO.....	15
2.1 - Histórico	15
2.2 - Natureza jurídica.....	19
2.3 - Disciplina normativa.....	23
2.4 - Finalidades, fundamentos e pressupostos.....	29
2.5 - A Licitação como um Princípio Constitucional	32
2.6 - Conceito.....	35
3 - CONTRATAÇÕES DIRETAS	39
3.1 - Noções Gerais.....	39
3.2 - Inexigibilidade de Licitação	42
3.3 - Dispensa de Licitação.....	47
3.3.1 - <i>Licitação Dispensada</i>	49
3.3.2 - <i>Licitação Dispensável</i>	53
3.4 - Formalização contratual	59
4 - DISPENSA DE LICITAÇÃO FUNDAMENTADA EM SITUAÇÕES EMERGENCIAIS OU DE CALAMIDADE PÚBLICA.....	65
4.1 - Noções Gerais.....	65
4.2 - Pressupostos de validade da contratação.....	68
4.2.1 - <i>Conceito de "Calamidade Pública"</i>	72
4.2.2 - <i>Conceito de "Emergência"</i>	76
4.2.2.1 - "Emergência Fabricada" e suas consequências.....	80
4.2.2.2 - Emergência e a situação causada por obstrução judicial.....	85
4.2.2.3 - Emergência e a situação causada pelo contingenciamento de repasses de recursos.....	88
4.2.3 - <i>Urgência de atendimento a um risco iminente de dano</i>	91

4.2.4 - <i>Objeto contratual adequado</i>	95
4.3 - Limites contratuais.....	97
4.3.1 - <i>Limites ao objeto contratual</i>	99
4.3.2 - <i>Limites à vigência do contrato</i>	104
4.4 - Flexibilização Procedimental.....	111
4.4.1 - <i>Projeto básico simplificado</i>	115
4.4.2 - <i>Contrato verbal</i>	117
5 - SUPERAÇÕES LEGAIS A PARTIR DE UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA.....	120
5.1 - Aspectos introdutórios.....	120
5.2 - Noções conceituais.....	121
5.3 - Princípio da Legalidade.....	125
5.4 - Princípio da Finalidade.....	129
5.5 - Princípio da Obrigatoriedade do Desempenho da Atividade Pública.....	134
5.6 - Princípio da Eficiência.....	137
5.7 - Princípio da Razoabilidade.....	140
6 - CONCLUSÕES.....	146
7 - BIBLIOGRAFIA.....	151

1 - INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, fato este que impõe, dentre outras situações, a submissão não só dos respectivos cidadãos, mas também do próprio Estado às normas vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

Esta constituição tem como um de seus alicerces o princípio da igualdade, direito fundamental de caráter individual que determina, em síntese, ao Estado, em suas relações, a necessidade de assegurar tratamento igual aos sujeitos que se encontrem nas mesmas condições.

No campo das contratações administrativas, o referido princípio é concretizado por meio da licitação, procedimento administrativo cuja previsão básica está no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 – CF/88, sendo dirigido diretamente ao Poder Público:

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.

Da leitura do dispositivo, pode-se constatar que as obras, serviços, compras e alienações realizadas pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios devem ser contratadas, em regra, mediante “processo de licitação pública” que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, justamente em cumprimento ao princípio destacado alhures. É como expõe Celso Antônio Bandeira de Mello, que, no âmbito da definição do princípio em exame,

destaca também a necessidade de ensejar oportunidade de disputa a quaisquer interessados:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, da CF¹.

No intuito de concretizar a imposição em comento, com supedâneo no artigo 22, inciso XXVII, da CF/88², a União editou a Lei n° 8.666/1993, norma que estabelece, para além de comandos normativos específicos, regras gerais sobre licitação aplicáveis a todos os entes estatais que compõem a federação brasileira.

Devem os entes públicos, deste modo, contratar mediante procedimento licitatório, de forma a possibilitar que todos os interessados ofereçam, em condições iguais, propostas tendentes a satisfazer a pretensão administrativa lançada em edital, a obter a proposta mais vantajosa e a promover o desenvolvimento nacional.

Esta é a regra que vigora no âmbito do sistema normativo pátrio, cujo fundamento advém diretamente da Constituição Federal.

Referida regra, contudo, possui exceções. Com fundamento no mesmo artigo 37, inciso XXI, da CF/88, a Lei n° 8.666/1993 consagra em seu texto hipóteses em que a Administração Pública pode contratar diretamente com terceiros, sem a realização de prévio procedimento licitatório.

Dentre estes casos, encontram-se as situações nas quais a licitação é dispensável (também denominados como casos de “dispensabilidade de licitação”), ocasião em que a realização do procedimento licitatório é possível, mas a sua efetivação constitui, a princípio,

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 546-547.

² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

faculdade do Administrador a ser norteadada pela promoção do interesse público.

Tais hipóteses estão elencadas no artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, em um rol taxativo que apresenta atualmente trinta e cinco hipóteses.

Em meio a estas situações, o inciso IV do dispositivo acima mencionado prevê a possibilidade de contratação direta nos casos de emergência ou de calamidade pública, desde que 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:

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;

Esta excepcionalidade fundamenta-se na incompatibilidade do procedimento licitatório ordinário frente a situações urgentes, que demandam uma atuação célere por parte do agente administrativo para tutelar o interesse público envolvido na questão.

Ocorre que, em diversos momentos, a citada hipótese serve ao descompasso da atuação administrativa, em flagrante violação do interesse público e afronta às normas legais e constitucionais que versam sobre o tema.

É notório, ressalta-se, a existência de casos de contratação direta com fundamento em situações emergenciais ou de calamidade pública que não só suportariam, mas deveriam ter sido realizados através de procedimento licitatório prévio, seja em razão da incoerência fática de tais situações, seja decorrente da inércia da própria administração pública no exercício de suas atribuições.

Para além desta questão, da leitura do dispositivo anteriormente citado, depreende-se a existência de diversos limites importantes para determinar a aplicação da regra, a exemplo da definição do objeto da contratação, do prazo para conclusão das obras e da vedação de prorrogação contratual.

Tais disposições, por vezes, também são desrespeitadas pela Administração Pública, incrementando o imbróglio pendente sobre a aplicação do texto normativo em comento.

De outra banda, deve-se salientar que existem situações que não se enquadram perfeitamente na regra sob análise, mas que demandam a dispensa da licitação para tutelar com a maior efetividade possível o interesse público envolvido no caso concreto, finalidade primordial da Administração Pública.

Obviamente que tais hipóteses necessitam de tratamento específico e são capazes de, até mesmo, a depender do caso, superar os limites contidos expressamente no dispositivo em questão.

Daí as razões que tornam relevante a análise da regra contida no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.

Sob este cenário, o presente trabalho terá por escopo central o exame do dispositivo acima mencionado, a fim de definir, de modo objetivo e fundamentado, os critérios legitimadores de sua interpretação e aplicação, bem como fixar os seus limites e as respectivas superações legais.

Para tanto, em um primeiro momento, serão abordados os aspectos gerais e fundamentais do instituto da licitação, ocasião em que se apresentará o seu histórico, natureza jurídica, disciplina normativa, finalidades, fundamentos e pressupostos, bem como a ideia relativa ao seu caráter principiológico de índole constitucional e respectivo conceito.

Na sequência, a análise dirigir-se-á às contratações diretas, sem a realização do procedimento ordinário de licitação. Neste momento, após a demonstração das noções gerais que permeiam a contratação em si, o exame recairá sobre a definição de suas espécies e a correspondente formalização dos ajustes. Tudo com o objetivo de delimitar o tema em suas razões fundamentais e conferir supedâneo para a investigação do objeto central do trabalho.

A partir do quarto capítulo, adentrar-se-á ao ponto fulcral da pesquisa, oportunidade em que se analisará especificamente a regra contida no inciso IV, do artigo 24, da Lei nº 8.666/1993.

De início, tecer-se-á considerações gerais sobre o instituto, necessárias à sua compreensão.

Ato seguinte, a investigação incidirá sobre os pressupostos de validade para se efetivar a contratação direta com base na regra acima disposta, ocasião em que serão examinados, de forma específica, o conceito de "calamidade pública" e "emergência", inclusive com a análise de seus desdobramentos diante de situações peculiares, como o caso da "emergência fabricada" e da emergência causada por obstrução judicial e também pelo contingenciamento de repasses de recursos, bem como a urgência de atendimento ao risco iminente de dano e a correspondente adequação do objeto contratual.

Superado este tópico, serão abordados os limites contratuais decorrentes da regra em comento, com exame das restrições que recaem sobre o objeto e sobre a vigência da contratação, inclusive com a averiguação de suas respectivas superações.

Ao final do capítulo, o estudo se debruçará sobre a flexibilização do procedimento referente à formalização destas contratações, com exame exclusivo sobre a possibilidade de se realizar um projeto básico simplificado e de se efetuar um ajuste verbal.

O quinto capítulo do trabalho, por último, será destinado a relacionar as superações legais apresentadas no curso da pesquisa com princípios legitimadores de sua interpretação e

aplicação.

Deste modo, após delimitar a correlação que será realizada e apresentar noções conceituais básicas sobre tema, o exame terá como objeto a análise dos princípios da legalidade, finalidade, obrigatoriedade de desempenho da atividade pública, eficiência e razoabilidade, sempre com foco na interpretação e aplicação das superações legais suscitadas no âmbito do presente estudo.

Cumprido esclarecer que o trabalho se efetivará com base na doutrina especializada no tema e com fundamento no exame jurisprudencial das questões aventadas no estudo, com foco principal nos julgados proferidos pelo Tribunal de Contas da União, órgão técnico-administrativo que avalia a matéria no âmbito federal e possui, além de uma estrutura capaz de viabilizar a pesquisa em questão, representatividade nacional, porquanto aprecia as contratações realizadas com recursos federais pelos diversos entes federativos, em todas as regiões do país.

Vale ressaltar, por derradeiro, que o presente trabalho não servirá à apreciação da semelhante regra contida no artigo 29, inciso XV, da Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista e suas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, uma vez que se trata de norma específica, que merece ser analisada em estudo próprio, não condizente com o escopo desta pesquisa.

2 – LICITAÇÃO

2.1 - Histórico

As necessidades públicas sempre existiram, independentemente de como fosse a forma de organização da sociedade. Obviamente, eram finitas e se concretizavam nos limites das possibilidades fáticas da época. Como anverso desta situação, existiam, no outro lado da relação, os interessados em satisfazer tais pretensões.

Em decorrência lógica deste contexto, somado à espontânea busca pelo melhor ajuste, pode-se dizer que, naturalmente, travavam-se disputas entre os pretendentes quando às situações permeavam-se de mais de um interessado. A realização de algum tipo de certame, portanto, surgia como consequência deste cenário universalmente corriqueiro.

Edmir Netto de Araújo, lembra que, apesar do instituto da licitação ter sido melhor regulado no curso do século XX, desde a antiguidade romana já havia "notícias da existência de regras para disciplinar a alienação de despojos de guerra (vem daí o nome *hasta* pública) e realização de obras públicas"³.

Hely Lopes Meirelles anota que nos Estados Medievais da Europa utilizavam-se o sistema conhecido por "vela e pregão", que "consistia em apregoar-se a obra desejada e, enquanto ardia uma vela, os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando se extinguia a chama, adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço"⁴.

No Brasil, durante a vigência das Ordenações Filipinas, em vigor no país até o século XIX, já havia previsão do tema no item 39, do Título LXVI, do 1º Volume, cuja redação previa o seguinte:

³ ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 549-550.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264.

E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem a houver de fazer melhor e por menos preço; porém as que não passarem de mil réis, se poderão mandar fazer per jornaes, e humas e outras se lançarão em livro, e que se declare a dorma de cada huma, lugar em que se ha de fazer, preço e condições do contraeto.⁵

Antônio Queiroz Telles noticia que antes da proclamação da república o assunto se encontrava na pauta legislativa, mas era tratado de forma assistemática e com denominação imprecisa.⁶

De acordo com o autor, a partir do artigo 167 da Constituição de 1824⁷, outorgada por Dom Pedro I, que atribuía às Câmaras Municipais o governo econômico das cidades e vilas, editou-se a Lei de 10 de outubro de 1828⁸, conhecida como "Regimento das Câmaras Municipais", que versava sobre a incumbência dos vereadores no trato dos bens e obras dos Conselhos e previa a exigência de que as alienações fossem precedidas de leilão público.

Referida lei também previa que as obras fossem realizadas a partir de pregão, celebrando o respectivo contrato com o interessado que ofertasse o menor preço para a execução, após a realização de vistoria, publicação e avaliação do projeto⁹.

Nota-se que algumas das formalidades dispostas na legislação atual eram tratadas naquela época, como a realização de vistoria, a elaboração de um plano de obras, com a respectiva avaliação e subsequente publicação.

⁵ UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p151.htm>> Acesso em: 29 nov. 2018.

⁶ TELLES, Antonio A. Queiroz. **Introdução ao direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 200.

⁷ Art. 167. Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas.

⁸ Art. 43. Obtida a faculdade, as vendas se farão sempre em leilão publico, e a quem mais der, excluidos os Officiaes que servirem então nas Camaras, e aquelles que tiverem feito a proposta, e exigindo-se fianças idoneas, quando se fizerem a pagamentos, por se não poderem realizar logo a dinheiro, pena de responsabilidade pelo prejuizo d'ahi resultante.

⁹ Art. 47. Poderão ajustar de empreitada as obras que se houverem de fazer, mettendo-as primeiramente em pregão, para preferirem aquelles, que se offerecerem por menor preço, precedendo vistoria legal, publicação do plano, e sua avaliação; e na falta de empreiteiros, as poderão fazer por jornal. E quando as obras forem de grande importancia, e alguns socios, ou emprehendedores se offereerem a fazel-as, percebendo algumas vantagens para sua indemnização, enviarão as propostas aos Conselhos Geraes da Provincia.

Com o advento do Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que se referia às arrematações dos serviços pelo Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, houve a primeira sistematização específica do instituto no âmbito nacional¹⁰.

No período republicano, a primeira etapa das licitações públicas no Brasil, assim denominada por André Rosilho, cujo entendimento secciona a história da licitação no âmbito nacional em quatro fases, ocorreu com a edição do Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536, de 8 de novembro de 1922) e posterior publicação do Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Decreto-lei nº 2.416, de 17 de julho de 1940), que "continha diretrizes para a seleção de fornecedores para a Administração Pública Federal, mas nada dizia quanto aos procedimentos licitatórios a serem seguidos por Estados e Municípios"¹¹, apenas obrigava, de forma geral, que realizassem concorrências para compras governamentais¹².

Destaca-se que havia grande discricionariedade à Administração Pública no que tange a realização do procedimento licitatório, diante da inexistência de regulamentação do procedimento a ser seguido.

Na sequência, o citado autor indica a segunda fase como sendo o período entre o ano de 1967, com edição do Decreto-lei nº 200, e o ano de 1986, com a publicação do Decreto-lei nº 2.300, marcado pela tentativa de unificar, em escala nacional, os procedimentos de compras

¹⁰ TELLES, Antonio A. Queiroz. Op. cit. p. 201.

¹¹ ROSILHO, André. **Licitações no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 35-36.

¹² Art. 46. As compras de material efetuadas pelo Estado ou pelo Município, serão processadas e julgadas, sempre que possível, por órgãos centrais, constituídos de acordo com as conveniências da administração.

[...]

§ 2º Salvo os casos do § 5º, a aquisição de material far-se-á obrigatoriamente por meio de concorrência pública ou administrativa.

§ 3º A concorrência pública efetuar-se-á mediante publicação pela imprensa, ou em boletim comercial, ou pela afixação de edital em lugar de livre acesso ao público.

§ 4º A concorrência administrativa realizar-se-á por meio de correspondência, ou pelo registro de preços.

§ 5º Poderá ser dispensada a concorrência, fazendo-se, nesse caso, apenas o pedido de pregos:

1º, para aquisições em que o interesse público não permitir a publicidade, ou em que, por circunstâncias imprevistas, não for admissível a demora exigida pelos prazos de concorrência, a juízo da autoridade competente;

2º, para a aquisição de materiais ou gêneros que constituam objeto de privilégio ou que só possam ser adquiridos do produtor ou de seus representantes;

3º, para as compras à União, aos Estados ou aos Municípios.

governamentais¹³.

Vale dizer que o primeiro decreto tratou expressamente da matéria em seus artigos 125 a 144, tendo sido estendidos para os Estados e Municípios por meio da publicação da Lei nº 5.456/1968. Com o advento do Decreto-Lei nº 2.300/1986, instituiu-se pela primeira vez um Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos aplicável a todos os componentes da federação, conforme teor de seus artigos 1º e 85¹⁴.

Justamente com a publicação do Decreto-lei nº 2.300/1986 é que se iniciou a terceira fase da licitação pública no cenário nacional, a qual seguiu, transpassando a Constituição Federal de 1988, até a publicação da Lei nº 8.666/1993.

Neste ponto, André Rosilho destaca que as regras que antes se limitavam a traçar procedimentos e requisitos essenciais das licitações, passaram a regular o tema de forma abrangente e minuciosa, visando evitar, com foco central, a corrupção sistêmica que assolava o país¹⁵. Pela interessante síntese, cita-se o seguinte excerto:

Com a criação da Lei 8.666/1993 - lei nitidamente de ocasião, surgida em meio a uma série de escândalos de corrupção envolvendo contratações públicas -, os traços característicos da terceira fase das licitações ficaram ainda mais marcantes. Radicalizou-se a busca pela eliminação da discricionariedade da Administração para selecionar licitantes e reforçou-se a ideia de que as normas, se precisas, detalhistas, objetivas e bem-direcionadas, naturalmente gerariam boas contratações. Foram substancialmente ampliados o dever de licitar e o acesso do setor empresarial ao mercado público. A Administração, com a edição desse diploma normativo, viu-se amarrada a uma complexa teia procedimental - que impactou significativamente a qualidade da gestão pública¹⁶.

Por último, o autor em comento classifica como quarta fase das licitações o período da publicação da Lei nº 8.666/1993 em diante, sem fixar, em razão da contemporaneidade, o

¹³ ROSILHO, André. Op. cit., p. 47-48.

¹⁴ Art. 1º. Este decreto-lei institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica.
Art. 85. Aplicam-se aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste decreto-lei.

¹⁵ ROSILHO, André. Op. cit., p. 64-65.

¹⁶ Ibidem, p. 147.

fim desta etapa.

Deve-se ressaltar que, neste momento, prevalece a ideia de fuga da incidência da Lei Geral de Licitações e Contratos, seja mediante propostas legislativas visando à sua alteração, por meio da inclusão de dispositivos ligados à dispensa de licitação, seja através da criação de regimes próprios, a exemplo da publicação da Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) aplicável exclusivamente a situações específicas, como nas ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)¹⁷.

Percebe-se, assim, uma tendência de flexibilização do procedimento licitatório no cenário nacional, em sentido contrário das concepções que permeavam o contexto em que foi editada e publicada a Lei nº 8.666/1993, muito embora a corrupção continue como um dos principais problemas do país.

2.2 – Natureza jurídica

Classicamente, no Brasil, a discussão a respeito da natureza jurídica da licitação se enveredou por dois principais caminhos. Um primeiro que entendia ser a matéria ligada ao campo do direito financeiro e outro que a tratava como tema de direito administrativo.

A definição era de grande importância, uma vez que, até a Constituição Federal de 1988, não havia menção expressa quanto à competência para legislar sobre licitação. Fato este que tornava a discussão relevante justamente para expor qual ou quais entes deveriam editar normas sobre o tema, bem como para definir qual o conteúdo normativo que poderia ser tratado em tais instrumentos jurídicos.

Havia, ademais, profunda divergência entre grandes juristas do cenário nacional, conforme observava Toshio Mukai:

¹⁷ Ibidem, p. 144-145.

Observamos que lavra na doutrina profundo dissídio sobre a natureza jurídica das licitações. Vários autores (Celso Antônio Bandeira de Mello, Oswaldo A. Bandeira de Melo, Adilson Abreu Dallari, Antonio Carlos Cintra do Amaral, Sérgio de Andréa Ferreira, Sérgio Ferraz, Geraldo Ataliba, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Seabra Fagundes) entendem, com argumentos respeitáveis, que licitação é matéria inerente ao direito administrativo e não ao direito financeiro. Entretanto, outros tantos (Hely Lopes Meirelles, Américo Servídio, Antonio Marcello da Silva, José Afonso da Silva, Lúcia Valle Figueiredo, Antonio Celso di Munno Correa, J. Nascimento/Nisskie Gondo, Ruy Barbosa Nogueira, José Carlos Moreira Alves e Carlos S. de Barros Júnior) são de opinião que as licitações, embora para alguns se situem no campo de incidência do direito administrativo, ainda assim, sofrem inegável aproximação do direito financeiro¹⁸.

A corrente que alocava a matéria de licitação no campo do direito financeiro assim o fazia por entender que o tema se enquadrava em leis de caráter financeiro ou orçamentário, como as “leis de meios” (orçamentos) anuais da União ou mesmo o Código de Contabilidade Pública da União e suas normas complementares¹⁹.

As licitações, deste modo, estariam contidas na esfera da gestão patrimonial e financeira da coisa pública²⁰.

Este era o entendimento que sustentava a normativa federal vigente no país até a promulgação da Carta de 1988, conforme a legislação apresentada no tópico precedente, especificamente na segunda fase das licitações públicas. Isto se dava porque competia à União editar normas gerais sobre direito financeiro, em termos com o disposto no artigo 8º, inciso XVII, alínea "c", da Constituição de 1967, cabendo aos demais entes a edição de normas específicas²¹.

¹⁸ MUKAI, Toshio. **Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 5.

¹⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 552.

²⁰ MUKAI, Toshio. Op. cit., p. 6.

²¹ Art. 8º - Compete à União:

[...]

XVII - Legislar sobre:

[...]

c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário.

Sob esta competência, inclusive, em um passado mais recente, a União estendeu, por meio da edição da Lei nº 5.456/1968, artigo 1º, a aplicação das normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações previstas nos artigos 125 a 144 do Decreto-Lei nº 200/1967 aos Estados e Municípios.

Com o mesmo fundamento, publicou o Decreto-Lei nº 2.300/1986, que tratava sobre licitações e contratos da Administração Federal e previa, em seu artigo 85, a aplicação de suas normas gerais aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, proibindo-lhes, expressamente, a ampliação dos limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades de licitação e dos casos de dispensa, inexigibilidade e vedação de licitação, bem como a redução dos prazos de publicidade do edital, do convite e da interposição e decisão de recursos.

Aliás, cumpre destacar que na própria exposição de motivos do decreto-lei acima mencionado constava a indicação da natureza financeira do tema referente às licitações públicas:

Salienta-se, por necessário, Sr. Presidente, que o caráter financeiro das normas licitatórias justifica, plenamente, a edição do proposto decreto-lei, com fundamento no art. 55, n. II, da Carta Federal.
A licitação e a celebração dos contratos pela administração pública participam, na lição autorizada do ilustre tributarista brasileiro, Prof. Rui Barbosa Nogueira, "dos meios de realização da despesa e receita pública, integrando-se, necessariamente, na execução orçamentária, objeto por excelência do direito financeiro"²².

De outra banda, havia a corrente que enquadrava o tema referente a licitações no campo do direito administrativo. Para esta linha, a licitação possuía natureza de procedimento administrativo, o que tornava as normas gerais sobre licitação editadas pela União inválidas, sob o argumento de que adentravam à esfera de competência das outras unidades federadas, violando a respectiva autonomia.²³

²² RAMOS, Saulo. **Licitação - Decreto-lei nº 2.300 - Exposição de motivos**. Revista de Direito Administrativo - RDA, v. 166, 1986, p. 174. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45345/43832>>. Acesso em: 06 de dez. de 2018.

²³ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 553.

A licitação pública, para esta linha, não gerava, por si só, dispêndio de recurso público, razão pela qual não deveria ser enquadrada no campo do direito financeiro. Possuía, em verdade, caráter instrumental, ligado à atuação burocrática da Administração Pública que não se confundia com a efetiva celebração do contrato²⁴.

À época, Toshio Mukai afirmava que a primeira corrente era encampada pela jurisprudência brasileira e também tinha maior aceitação na prática administrativa, inclusive perante os Tribunais de Contas dos Estados²⁵.

Com o passar do tempo, a segunda corrente ganhou força entre os administrativistas e assumiu majoritariamente a posição. Vale dizer que grande parte dos conceitos abstraídos da doutrina nacional, como se verá adiante, alinham-se à definição de que a licitação é um procedimento administrativo²⁶.

Esta orientação, insta salientar, apresentava-se mais adequada ao objetivo geral e próprio da licitação. Isto é, por ser meio pelo qual se buscava, dentre outros, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sem, a princípio, dispêndio de recurso público, o seu caráter procedimental mais se alinhava com a ideia que a alocava no campo do direito administrativo.

De todo modo, a partir da Constituição Federal de 1988 a questão referente à natureza jurídica da licitação deixou de ser relevante para fins de fixar a competência para o trato da matéria, porquanto houve menção expressa de que à União compete editar normas gerais sobre licitação e contratação administrativa.

Importa mencionar, por fim, interessante nota realizada por Edmir Netto de Araújo, que aborda a aplicação do contraditório durante o procedimento de licitação, conferindo bilateralidade à relação jurídica que permeia a licitação e constituindo, sob esta ótica, a ideia

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 67.

²⁵ MUKAI, Toshio. Op. cit., p. 06.

²⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 553-554.

de que tal instituto se configura, também, processo administrativo. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de impugnação de edital por qualquer cidadão (artigo 41, §1º, da Lei nº 8.666/1993), de rescisão contratual (artigo 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993) e de aplicação de sanção em razão da inexecução total ou parcial do contrato (artigo 87, §2º, da Lei nº 8.666/1993)²⁷.

2.3 – Disciplina normativa

Com o advento da CF/88, sem pôr fim à celeuma referente à classificação da licitação como matéria de cunho financeiro ou administrativo, mas a tornando prescindível, fixou-se competência privativa à União, por meio de seu artigo 22, inciso XXVII, para legislar normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A partir de tal competência, estabeleceu-se, sem obstáculo, uma ordem legislativa que possibilita a atuação normativa de todos os entes políticos. Isto é, até por consequência lógica, uma vez que a expressão “norma geral” indica a existência de uma “norma especial”, infere-se que à União quedou-se competência para editar normas gerais sobre a matéria em comento, enquanto aos Estados, Distrito Federal e Municípios, normas específicas destinadas as suas esferas de atuação.

É o que ocorre, por exemplo, com as matérias previstas no artigo 24 da Constituição Cidadã, de competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, extensível aos Municípios através da disposição contida em seu artigo 30, incisos I e II, na qual à primeira compete estabelecer normas gerais e aos demais, normas suplementares destinadas a atender suas peculiaridades²⁸.

²⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 555.

²⁸ Da leitura dos mencionados dispositivos, verifica-se que a Constituição estabelece, por completo, o modo pelo qual se efetivará a atividade legislativa. Em síntese, pode-se dizer que à União limitar-se-á a estabelecer as normas gerais; aos Estados caberá suplementação da legislação federal; e aos Municípios, a suplementação da legislação federal e estadual no que relacionado ao interesse local. Inexistindo norma geral editada pela União, os

Trata-se, pois, de característica inerente ao federalismo cooperativo em vigor na República Federativa do Brasil²⁹.

Na visão de Marçal Justen Filho, se assim não fosse, ocorreria uma inviabilidade à ampla competição e ao livre acesso às contratações administrativas, além de afetar negativamente o controle realizado sobre as licitações públicas pelos órgãos que possuem tal competência:

Há, por um lado, a necessidade de assegurar a padronização mínima na atuação administrativa de todos os entes federativos, inclusive daqueles integrantes da Administração indireta. Essa padronização mínima é indispensável como instrumento de realização do valor segurança. Se cada ente estatal consagrasse institutos e soluções distintas para as suas licitações e contratações administrativas, o resultado seria a inviabilidade da ampla competição e o surgimento de obstáculos ao livre acesso às contratações administrativas.

Por outro lado, existe a necessidade de padronização para assegurar a efetividade do controle por órgãos externos e pela própria comunidade. A proliferação de regimes licitatórios distintos impediria a adoção de soluções gerais aplicáveis em todas as licitações, o que exigiria o desenvolvimento de instrumentos de controle próprios e específicos³⁰.

Além da competência normativa geral, à União restou conferida competência legislativa plena para tratar sobre as normas aplicáveis especificamente no seu âmbito de atuação. Em outras palavras, a União deve editar tanto normas gerais, aplicáveis a todos os entes federativos, como normas específicas, destinadas a sua própria atuação, momento em que exercerá competência legislativa plena.

Neste contexto, a grande celeuma passou a se referir ao conceito de normas gerais, a

Estados terão competência legislativa plena para tratar dos assuntos. Eventual norma estatal editada neste contexto, terá os seus dispositivos suspensos por ocasião da superveniência de norma geral federal, naquilo que lhe contrariar.

²⁹ A ideia do Federalismo Cooperativo merece ser apresentada da forma tratada por SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 824. Referido autor expõe que a noção de um “federalismo cooperativo”, tem por finalidade “a atuação conjunta tanto das unidades federadas entre si (União e Estados-membros, no Brasil também o DF e os Municípios) quanto dos Estados entre si, com o intuito de permitir um planejamento e atuação conjunto e integrado em prol da consecução de objetivos comuns, do desenvolvimento e do bem-estar no plano mais amplo do Estado Federal sem afetar os níveis de autonomia de cada unidade da Federação.”.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 21.

fim delimitar o que caberia à União legislar para todos os entes.

Com fundamento no direito tributário, Edmir Netto de Araújo dispõe que as normas em comento seriam aquelas chamadas de “leis nacionais”, cuja aplicação transcende o âmbito das pessoas políticas, não se circunscrevendo a uma delas apenas, como acontece com as “leis federais”, que possuem campo específico de aplicação e disciplina de modo direto e imediato as suas situações concretas³¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, afirma que normas gerais são normas que veiculam apenas preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores das leis que necessariamente terão de ser editadas para completar a regência da matéria, que podem ser aplicadas uniformemente em todo o território nacional e que estabelecem padrões mínimos de defesa do interesse público que devem ser assegurados em todo o país³².

Lúcia Valle Figueiredo sintetiza a questão expondo que as normas gerais, no ordenamento jurídico brasileiro, possuem características distintas das que revestem as demais normas, porquanto inibem o legislador ordinário estadual ou municipal de dispor de modo contrário a elas, tratam de forma homogênea determinadas situações, visando à garantia da segurança e certeza jurídicas, e estabelecem diretrizes para o cumprimento dos princípios constitucionais, sem afetar as competências específicas dos outros entes que compõe a federação³³.

Com esta linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta percuciente trabalho no qual aborda o problema da conceituação das normas gerais. Referido autor, a partir de uma minuciosa análise sobre o tema, elenca as características prevalecentes em sede doutrinária para definir o conceito de tais normas:

Sintetizando-as, a partir dessas características, as normas gerais seriam institutos que:

³¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 557.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 544-545.

³³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 453.

- a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais (BULHER, MAUNZ, BURDEAU, PONTES PINTO FALCÃO, CLÁUDIO PACHECO, SHAID MALUF, JOSÉ AFONSO DA SILVA, PAULO DE BARROS CARVALHO, MARCO AURÉLIO GRECCO);
- b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado (MATZ, BUHLER, MAUNZ, PONTES, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO DE BARROS CARVALHO e MARCO AURÉLIO GRECCO);
- c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos (PINTO FALCÃO, SOUTO MAIOR BORGES, PAULO DE BARROS CARVALHO, CARVALHO PINTO e ADILSON ABREU DALLARI);
- d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas (PINTO FALCÃO, CARVALHO PINTO e ADILSON ABREU DALLARI);
- e) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito (PAULO DE BARROS CARVALHO e GERALDO ATALIBA);
- f) devem referir-se a questões fundamentais (PONTES e ADILSON ABREU DALLARI)
- g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados (PONTES, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, PAULO DE BARROS CARVALHO e ADILSON ABREU DALLARI);
- h) não são normas de aplicação direta (BURDEAU e CLÁUDIO PACHECO)³⁴.

Com efeito, do exame do excerto, pode-se dizer que são normas gerais aquelas que se destinam a estabelecer diretrizes fundamentais sobre o tema, sem detalhes minuciosos, capazes de serem aplicadas de modo uniforme e direto em todo território nacional sem violar a autonomia dos demais entes federativos.

Especificamente sobre licitações, Marçal Justen Filho apresenta uma natureza complexa da disciplina relativa a normas gerais, não sendo possível definir critérios abstratos e gerais suficientes para diferenciá-las; "a distinção deve ser feita em vista das características da matéria disciplinada"³⁵.

Para o autor, em razão da expressão "normas gerais" consistir em conceito jurídico indeterminado, pode-se dizer que há preceitos de certeza positiva, caso em que não pende dúvida sobre a configuração de uma norma geral, de certeza negativa, quando se verifica que

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada – o problema da conceituação das normas gerais**. Revista de Informação Legislativa n. 100, out./dez, 1988, p. 149-150.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 20.

um determinado dispositivo não se trata de norma geral, e de dúvida, revelado por situações que se encontram em uma “zona cinzenta”, em que não é evidente a sua configuração como norma geral³⁶.

Diante deste cenário, o doutrinador expõe que as normas gerais referentes a licitações e contratos têm como núcleo de certeza positiva as matérias relativas à uniformização do regime em todas as órbitas federativas, como os requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa, às hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação, aos requisitos de participação em licitação, às modalidades de licitação, aos tipos de licitação e ao regime jurídico da contratação administrativa³⁷.

Como núcleo de certeza negativa, o administrativista enquadra as normas que tratam da organização, do funcionamento e das competências dos organismos administrativos, como a regra que dispõe sobre a necessidade de que os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões sejam publicados no Diário Oficial da União quando a licitação se realizar por órgão ou entidade da Administração Pública Federal³⁸.

A partir desta competência e à luz do conteúdo do artigo 37, inciso XXI, da CF/88, cuja redação prevê os casos que serão objetos de contratação mediante processo de licitação pública no qual assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, a União editou, de interesse para o presente trabalho, a Lei nº 8.666/1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Referida norma, na visão de José dos Santos Carvalho Filho, configura-se verdadeiro Estatuto dos Contratos e Licitações, fonte legislativa primária que consagra princípios gerais, diretrizes e vedações aos entes federativos, valendo citar, dentre elas, as que proíbem a

³⁶ Idem.

³⁷ Ibidem, p. 22.

³⁸ Ibidem, p. 23.

ampliação dos casos de dispensa, impõem limite de valor para cada modalidade de licitação e reduzem os prazos de publicidade e de recurso³⁹.

Ocorre que o texto da lei em comento tratou também de forma específica a respeito de alguns temas, o que levou o Poder Judiciário conferir interpretação conforme à Constituição a alguns dispositivos para adequá-los à ideia incutida na Carta Magna sobre a competência legislativa da União para editar normas gerais, aplicáveis a todos os entes, e normas específicas, dirigidas apenas à União⁴⁰.

Tal análise foi realizada, de forma marcante, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-MC, momento em que o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar para suspender, até a data da decisão final da ação, quanto aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a eficácia da expressão “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo” contida na alínea b, dos incisos I e II, do artigo 17, da Lei Federal nº 8.666/1993⁴¹.

Na ocasião, entendeu-se que uma disciplina por demais minuciosa não poderia atingir os outros entes da federação, sob pena de afronta a respectiva autonomia federativa e violação ao arquétipo constitucional instituído sobre a competência para legislar nas matérias de licitações e contratos.

Nota-se, em verdade, que essas situações ocorrem porque não há uma distinção formal explícita no texto da Lei nº 8.666/1993 entre as normas que seriam gerais e as que se

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 242.

⁴⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 325, segundo o qual a interpretação conforme a Constituição destina-se “à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade [...]. Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na leitura mais óbvia, seria inconstitucional. [...] Em suma, a interpretação conforme a Constituição pode envolver a mera interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, ou a declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis de uma norma, ou, ainda, a declaração de não incidência da norma a determinada situação de fato, por importar em violação da Constituição.”.

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927 - Medida Cautelar**. Tribunal Pleno, Ministro Relator Carlos Velloso, julgado em 03 de nov. 1993.

dirigem especificamente à União. A distinção ocorre devido à matéria tratada e a interpretação fixada para determinado dispositivo, o que denota a importância da doutrina no trato da questão.

Vale mencionar, por último, como exemplo de atuação específica relativamente ao tema em comento, que o Município de São Paulo, no uso de suas atribuições constitucionais, editou a Lei Municipal nº 13.278/2002, que dispõe sobre normas específicas em matéria de licitações e contratos administrativos.

Destaca-se que logo no artigo 1º da citada norma local, com redação dada pela Lei Municipal nº 16.445/2016, há menção expressa no sentido de que as licitações e os contratos administrativos, no âmbito do Município de São Paulo, sujeitar-se-ão às normas específicas da lei em comento, bem como à legislação federal, justamente o modo pelo qual a doutrina e o legislador idealizaram a operacionalização do tema “licitações e contratos” no âmbito nacional, de acordo com os ditames constitucionais atualmente vigentes⁴².

Esta é a noção que disciplina a normatividade do assunto no âmbito do cenário nacional. Em síntese, a Lei nº 8.666/1993 dirige-se tanto à União como aos demais entes federativos, cumprindo seu papel de norma geral quanto aos dispositivos que possuem tais características. Paralelamente, existem normas locais que esmiúçam a matéria de acordo com as especificidades de cada ente, sem, contudo, contrariar o regramento geral.

2.4 – Finalidades, fundamentos e pressupostos

A primeira finalidade ligada ao procedimento licitatório encontra-se prevista na

⁴² Art. 1º. As licitações e os contratos administrativos, no âmbito do Município de São Paulo, sujeitar-se-ão às normas específicas desta lei, bem como à legislação federal, devendo observar o princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento sustentável, bem como 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.

Constituição Federal de 1988, precisamente em seu artigo 37, inciso XXI. Referido dispositivo anota a necessidade de que, em regra, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados pela Administração Pública mediante processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

À luz deste comando, o legislador consignou na redação contida no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993, que o procedimento licitatório, além de dever ser processado e julgado conforme determinados princípios, tem como finalidade garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A partir da redação dos mencionados dispositivos, alguns doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, apresentam a ideia de que a licitação possui triplo objetivo, porquanto proporciona às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso, assegura aos administrados a oportunidade de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorre para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável⁴³.

Outros, como Edmir Netto de Araújo⁴⁴ e Marçal Justen Filho⁴⁵, entendem que há, em verdade, um duplo objetivo, devendo o aspecto ambiental ser analisado juntamente com a avaliação da proposta mais vantajosa.

Independentemente da posição, nota-se que a licitação constitui instrumento muito mais amplo do que apenas a efetivação de uma contratação por parte do Poder Público.

Como indica o último autor mencionado, do ponto de vista macroeconômico, é inquestionável que a contratação pública, no exame de sua vantajosidade, apresenta relevância socioeconômica, uma vez que os recursos desembolsados pelos entes estatais devem buscar o desenvolvimento nacional sustentável, fomentando e assegurando o emprego da mão de obra

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 538.

⁴⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 558.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 20.

brasileira e o progresso da indústria nacional, bem como preservando o equilíbrio do meio ambiente.⁴⁶

Ressalta-se, outrossim, que dentre as finalidades da licitação não há hierarquia prévia a ser relevada no certame. Em outras palavras, deve o Poder Público compor harmonicamente as finalidades relativas à isonomia, à economicidade e ao desenvolvimento nacional sustentável por ocasião da realização do procedimento licitatório e na respectiva contratação. Nesta linha, Marçal Justen Filho expõe:

A pluralidade de finalidades buscadas pela licitação impõe uma composição harmônica, inclusive no tocante às diversas facetas da vantajosidade. Seguindo o princípio da proporcionalidade, de que se tratará mais adiante, caberá escolher a solução apta a produzir o resultado mais satisfatório possível tomando em vista os diversos valores em conflito. Logo, não será válida a licitação que ignorar, de modo absoluto, os efeitos negativos da execução da proposta sobre o meio ambiente. Mas também será defeituosa a licitação quando, invocando a defesa do meio ambiente, produzir elevação insuportável dos custos para a execução da prestação⁴⁷.

É necessário, portanto, que a licitação sirva à realização da contratação mais vantajosa para Administração Pública, sem que a relação custo-benefício seja avaliada em desconsideração do cumprimento da igualdade de oportunidade a todos os pretendentes ou da promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

No que toca aos fundamentos do procedimento licitatório, José dos Santos Carvalho Filho, com base na abstração dos princípios e das finalidades expressamente consignados na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.666/1993, aponta como disposição inspiradora do legislador na imposição da licitação às contratações efetuadas pelo Poder Público a moralidade administrativa e a igualdade de oportunidades⁴⁸.

Ambos se complementam na medida em que impedem a opção arbitrária pela contratação de um determinado particular e conferem a possibilidade de que todos os interessados participem das contratações administrativas, afastando situações ímprobas e

⁴⁶ Ibidem, p. 76.

⁴⁷ Ibidem, p. 77.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 246-247.

incompatíveis com os ditames de um Estado republicano.

A respeito dos pressupostos da licitação, por fim, importa salientar a visão que Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta sobre o tema, isto é, sobre as circunstâncias que antecedem necessariamente a realização do procedimento licitatório. Segundo o mencionado autor, para que o certame licitatório ocorra e cumpra com as suas finalidades, devem estar presentes três pressupostos, quais sejam, lógico, jurídico e fático⁴⁹.

O pressuposto lógico diz respeito à imprescindibilidade de existir uma pluralidade de objetos e de ofertantes para a realização da licitação. Não há falar em procedimento licitatório quando a competição for inviável.

O pressuposto jurídico, por sua vez, refere-se à necessidade de que a licitação possa, ao menos em tese, satisfazer a pretensão administrativa quanto à efetivação de determinado interesse. Deve a licitação servir ao interesse público, configurando meio apto a tutelá-lo.

Em relação ao pressuposto fático, por último, revela-se indispensável que a licitação tenha interessados em disputá-la. Em outras palavras, de nada adiante lançar um certame para o qual não acudam sujeitos empenhados na adjudicação de seu objeto.

A falta de qualquer desses pressupostos, como informado, importa na inviabilidade de efetivação do procedimento licitatório. Daí a necessidade de observá-los na realização do certame, a fim de que cumpra com as suas finalidades e sirva à concretização da demanda pretendida pela Administração Pública.

2.5 – A Licitação como um Princípio Constitucional

Com o advento da Constituição Federal de 1988, especificamente com fundamento

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 556.

no seu artigo 37, inciso XXI, o procedimento licitatório galgou um novo patamar dentro do ordenamento jurídico. Sua realização tornou-se, por ordem constitucional, impositiva à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

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.

Neste contexto, importantes doutrinadores passaram a considerar a própria licitação como um princípio constitucional, podendo ser afastada apenas nas situações previstas em lei. A regra constitucional, portanto, passou a ser a efetiva elaboração do procedimento licitatório previamente à contratação de obras, serviços, compras e alienação.

Esta é a orientação adotada, como exemplo, por Edmir Netto de Araújo⁵⁰, Marçal Justen Filho⁵¹ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública, decorrente do princípio da indisponibilidade do interesse público, e que se configura como uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante⁵².

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que o princípio da licitação, de caráter constitucional, articula a efetivação da igualdade jurídica dos administrados e do interesse público na obtenção das melhores condições contratuais, impedindo que o administrador estabeleça um vínculo contratual com um sujeito específico, de seu interesse pessoal⁵³.

Sob o argumento de que a imposição da realização da licitação decorre do

⁵⁰ ARAÚJO, Edmir Netto. Op. cit., p. 555-556.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 27.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 412.

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 197.

cumprimento dos princípios constitucionais da igualdade e da moralidade, Lucia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz assim dispõem sobre o tema:

A Constituição aponta princípios fundamentais, que fazem da licitação a regra, e a contratação direta, a exceção: os princípios da igualdade e da moralidade. É imprescindível licitar por que não se pode fazer uma discriminação entre iguais: todos aqueles que se apresentam no mundo de uma eventual contratação, com iguais aptidões, não devem sofrer privilegiamentos ou detrimientos, sem uma razão lógico-jurídica, solidamente detectável e palpável. E o princípio da moralidade impõe não ser razoável que os recursos captados da população sejam canalizados, sem competição, para esse ou para aquele, segundo as conveniências ou as preferências do administrador⁵⁴.

Nesta linha, vale citar excerto do Acórdão nº 34/2011, do Tribunal de Contas da União, que trata sobre a obrigatoriedade de licitar em decorrência dos princípios constitucionais da igualdade, impessoalidade e eficiência:

12. A obrigação de licitar não é mera formalidade burocrática, decorrente apenas de preceitos legais. Ela se funda em dois princípios maiores: os da isonomia e da impessoalidade, que asseguram a todos que desejam contratar com a administração a possibilidade de competir com outros interessados em fazê-lo, e da eficiência, que exige a busca da proposta mais vantajosa para a administração⁵⁵.

O juízo que prevalece diante de tais assertivas é o de que a licitação prévia configura meio de atuação satisfatória da máquina administrativa no desenvolvimento de suas funções, em total respeito, por última análise, do interesse público que permeia as contratações realizadas pelo Estado e dos princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Conforme dispõe Marçal Justen Filho, aliás, é possível afirmar que a Constituição Cidadã acolheu a “presunção de que a prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública”⁵⁶.

⁵⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 40-41.

⁵⁵ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Processo nº 006.567/2005-5. Ministro Relator Aroldo Cedraz. Acórdão nº 34/2011 - Plenário. Data da Sessão: 19/01/2011.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 390.

A partir destas considerações, bem como diante da linha principiológica seguida pela doutrina tradicional de direito administrativo, pode-se dizer que o princípio da licitação constitui verdadeiro cânone da boa atuação da Administração Pública, o que leva à conclusão de que a contratação precedida de regular procedimento licitatório é medida de ordem constitucional que se impõe ao poder público como um todo, ressalvados apenas os casos previstos na legislação que eventualmente trate sobre a matéria.

2.6 - Conceito

Diante do que foi exposto até o momento, pode-se partir de algumas premissas para conceituar o instituto da licitação.

Em primeiro, é possível dizer que se trata de procedimento administrativo, mediante o qual se viabiliza a contratação por parte da Administração Pública de acordo com as normas do ordenamento jurídico vigente. Tem, portanto, caráter instrumental, já que não se configura um fim em si mesmo, mas uma série de atos jurídicos necessários, em regra, e preordenados à consecução da melhor contratação administrativa.

Como anota Hely Lopes Meirelles, "a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo"⁵⁷. Esta é a regra constitucional, ao menos.

Em segundo, deve-se ter em mente as finalidades constitucionais e legais do procedimento licitatório. Assim, é importante que haja referência à necessidade de que se assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, se selecione a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e se promova o desenvolvimento nacional sustentável.

No campo doutrinário, procura-se, em geral, referir-se a tais premissas.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito**. Op. cit., p. 263.

Segundo o Administrativista acima mencionado, "a licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse"⁵⁸.

Lúcia Valle Figueiredo dispõe que a licitação "é o procedimento administrativo formal, nominado, cuja finalidade é selecionar o melhor contratante para a Administração, contratante, este, que lhe deverá prestar serviços, construir-lhe obras, fornecer-lhe ou adquirir-lhe bens".⁵⁹

Diogenes Gasparini, por sua vez, conceitua a licitação como o "procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, dentre interessados que tenham atendidos à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse"⁶⁰.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro defini a licitação como o "procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato"⁶¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello trata a licitação como "o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados"⁶².

Marçal Justen Filho, por fim, expõe que a licitação é um "procedimento

⁵⁸ Ibidem, p. 264.

⁵⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 448.

⁶⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 533.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 408.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 538.

administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica"⁶³.

Nota-se a unanimidade em tratar o instituto, em síntese, como um procedimento administrativo que visa formalizar a melhor contratação pública, com respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais do sistema jurídico pátrio.

Aliás, neste sentido, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, comentando os conceitos dispostos pela doutrina, expõem que a estrutura procedimental da licitação tem como função aparelhar a Administração Pública para que melhor selecione o interessado, além de conferir a possibilidade de controle da função administrativa por parte do administrado, porquanto cria verdadeiro espaço democrático no contexto da atividade administrativa:

Do confronto de todo o material examinado, resultam características uniformes: a licitação sempre surge como um instrumento jurídico, estruturado sob a forma de procedimento administrativo, ditado por imperativos princípios balizadores da função administrativa e vocacionado à seleção de um eventual contratista. A estrutura procedimental é de basilar relevo: em primeiro lugar, porque, através da sequência de atos e etapas, aparelha-se a Administração para melhor e lisamente escolher; em segundo lugar, porque ser arma o administrado da faculdade de fiscalizar e impugnar o desdobramento das diversas fases, fazendo-o verdadeiro co-partícipe da atuação administrativa. [...] a licitação constitui um dos mais excelsos canais ensejadores da plena atuação do cidadão, no controle da função administrativa, e no asseguramento de que ele se faça em patamares de eficiência mínima⁶⁴.

Em conclusão, os autores anotam que "a licitação é um pulmão através do qual o ar das vontades do administrado penetra na monolítica estrutura estatal", justamente em razão de possibilitar que seja efetuado um controle social no procedimento prévio às contratações públicas⁶⁵.

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso**. Op. cit., p. 495.

⁶⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. Op. cit., p. 14.

⁶⁵ Idem.

Esse procedimento, no entanto, não possui caráter absoluto e estanque, admitindo ressalvas legais e flexibilizações imprescindíveis à atuação administrativa na busca da tutela do interesse geral, dentre as quais se destaca, para o presente trabalho, a dispensa de licitação fundamentada em casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situações que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.

3 – CONTRATAÇÕES DIRETAS

3.1 – Noções gerais

Como visto anteriormente, o artigo 37, inciso XXI, da CF/88, que trata sobre o tema em questão, prevê como regra a contratação, pela Administração Pública, de obras, serviços, compras e alienações mediante “processo de licitação pública”. O referido dispositivo constitucional, no entanto, prenuncia a possibilidade de que a lei especifique exceções.

No âmbito da Lei nº 8.666/1993, justamente com base na autorização de ordem constitucional existente, o legislador houve por bem consagrar em seu texto hipóteses em que a Administração Pública pode contratar diretamente com terceiros, sem a realização de prévio procedimento licitatório.

Tais hipóteses ocorrem devido ao sujeito, ao objeto ou às circunstâncias em que se contrata. Neste sentido, Edmir Netto de Araújo expressa o seguinte:

O ordenamento constitucional vigente (art. 37, XXI), no entanto, tornou a liberdade de contratar exceção para a Administração, e regra a licitação [...] Mas há certos casos em que certa liberdade não pode ser afastada mesmo para a Administração, em função do objeto, pessoas e circunstâncias do que se pretende contratar, estabelecendo o ordenamento exceções ao princípio geral constitucional da obrigatoriedade de licitar⁶⁶.

A partir do excerto citado, logo se constata que os casos passíveis de contratação direta possuem como pano de fundo situações em que a realização do procedimento licitatório não seria pertinente, seja porque não haveria qualquer competição a se promover, visto não persistir pluralidade de objeto ou de fornecedores, seja em razão da inadequação fática da situação em relação à formalização da licitação, tornando-a inconveniente e inoportuna.

⁶⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 583.

Sob este contexto, alguns autores, como Edmir Netto de Araújo⁶⁷, José dos Santos Carvalho Filho⁶⁸ e Sidney Bittencourt⁶⁹, a partir do teor da lei acima mencionada, classificam as hipóteses de contratação direta por parte da Administração Pública em casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, podendo esta última referir-se a situações de licitação dispensável ou licitação dispensada, a depender da existência de discricionariedade para o administrador contratar ou não sem a realização de procedimento licitatório.

Nesta mesma linha, posicionam-se Lucia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, com a peculiaridade de que a "licitação dispensada" recebe a denominação de "licitação em senso estrito".⁷⁰

De forma clara, Maria Sylvia Zanella Di Pietro também compartilha do entendimento:

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. Existem, contudo, casos de dispensa que escapam à discricionariedade administrativa, por estarem já determinados por lei [...]⁷¹

Na mesma toada, vale citar Joel de Menezes Niebuhr, cuja redação do excerto expõe objetivamente a questão:

É solar a diferença de sentido entre algo que se declara dispensado e outro que se declara dispensável. Dispensada significa que a licitação pública já foi efetivamente afastada pelo legislador, em virtude do que a competência do agente administrativo é vinculada, cabendo-lhe, diante de uma das figuras contratuais enunciadas, apenas reconhecer a dispensa. [...] Já o dispensável denota que a dispensa ainda não foi ultimada, depende da avaliação do agente administrativo, que, diante de uma das hipóteses prescritas nos incisos do artigo 24, deve analisar se a licitação pública realmente produz ou não

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 256.

⁶⁹ BITTENCOURT, Sidney. **Contratando sem licitação**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 61.

⁷⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. Op. cit., p. 36.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 429-430.

gravame ao interesse público, retratando competência discricionária⁷².

Em sentido contrário, posiciona-se Marçal Justen Filho, para quem não há duas espécies de dispensa de licitação, sendo meramente terminológica a diferença existente entre “licitação dispensável” e “licitação dispensada”, uma vez que ambas comportam tratamento jurídico similar:

Não parece de maior utilidade a distinção entre licitação dispensada e licitação dispensável [...]. Em ambos os casos, o legislador autoriza contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. [...] Aliás e se não fosse assim, o art. 17 conteria hipóteses de vedação de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar licitação nas hipóteses do art. 17, desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto⁷³.

Apesar de similar em alguns casos, os termos indicam diferenças que necessitam ser relevadas pelo aplicador do direito.

Não há como negar que a imposição de plano, pelo legislador, da não realização do procedimento licitatório em determinados casos, diferencia-se substancialmente das situações em que se deixou a análise para o administrador, a ser realizada conforme os elementos do fato, as disposições legais e principiológicas aplicáveis ao caso e os interesses que permeiam a questão.

Em razão disto, parece mais adequada a posição que efetivamente considera, na classificação referente à contratação direta, a existência de duas espécies de dispensa de licitação, até porque os termos foram diferenciados pelo legislador.

De todo modo, independentemente da classificação utilizada, o que se deve ter em mente é o fato de que as contratações diretas servem a ocasiões em que a realização da licitação vai de encontro ao interesse público pretendido por determinado ajuste.

⁷² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 215.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 396-397.

Com essa razão, importa colacionar, por fim, conclusão apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que alude aos pressupostos da licitação, apresentados no segundo capítulo deste trabalho, e indica que a falta de pressuposto jurídico - revelado através do conflito eventualmente existente entre a realização do procedimento licitatório e a tutela do interesse público específico - impõe que se contrate diretamente, de acordo com a normativa aplicável ao caso concreto:

Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para o bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput⁷⁴.

Em clara redação, destarte, constata-se, sem peias, que o norte a ser buscado por meio de uma contratação direta é o interesse público que envolve a situação. Quando o procedimento licitatório ordinário atentar contra a sua tutela e a sua concretização, não haverá pressuposto jurídico apto a fundamentar a realização do certame.

Para além de critérios de classificação, este deve ser o foco, portanto, da operacionalização da atuação administrativa realizada pelo agente público.

3.2 – Inexigibilidade de Licitação

A inexigibilidade de licitação tem como base legal o artigo 25 da Lei nº 8.666/1993⁷⁵, cuja redação de seu *caput* prevê como inexigível a licitação quando houver

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 567.

⁷⁵ 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;

inviabilidade de competição, isto é, situações em que, por diversos motivos, o procedimento licitatório não se apresenta como instrumento apto a obter a seleção da proposta mais vantajosa e adequada à Administração Pública, além de não ser capaz de atender à necessidade coletiva. Esta é a ideia central da espécie de contratação direta em análise.

Sob este fundamento, o mesmo artigo arrola em seus incisos casos em que não há a possibilidade de competição. Trata-se de medida exemplificativa fixada desde logo pelo legislador que demonstra situações em que não há como realizar o procedimento de licitação.

Tem caráter exemplificativo, aliás, justamente pelo motivo de que não há como encartar previamente na legislação todas as situações em que a licitação é inviável. Isto porque, conforme Marçal Justen Filho, a inexigibilidade deriva da própria natureza das coisas e das circunstâncias que as envolvem, impondo-se tal característica independentemente da atuação legislativa:

A inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade indicadas em lei são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas. É que somente a dispensa de licitação é criada por lei - logo, a ausência de previsão legislativa impede o reconhecimento de dispensa de licitação. As hipóteses de inexigibilidade dependem das circunstâncias, impondo-se sua adoção independentemente da vontade do legislado⁷⁶.

Em outras palavras, referido autor anota que a inviabilidade de competição decorre da "realidade extranormativa" a qual faz com que o procedimento licitatório se apresente, em

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

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

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

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

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso**. Op. cit., 2014, p. 528.

determinado caso, de modo inútil ou contraproducente.⁷⁷

Do ponto de vista técnico, vale dizer, como bem observa Edmir Netto de Araújo, que o legislador consagrou esta concepção por meio da expressão utilizada para designar as situações contidas nos incisos do dispositivo legal sob análise, qual seja, “em especial”, o que denota a possibilidade de existirem outros casos que se enquadrem na ideia central de “inviabilidade de competição”:

[...] a diferença básica desta modalidade de contratação direta para com a anterior é que, além de dar maior destaque à inviabilidade de competição (art. 25 da Lei n. 8.666/93), a norma legal não utilizou a técnica da relação taxativa de casos, o que significa que pode haver uma hipótese não prevista expressamente pelo diploma legal, mas que, no plano fático e até jurídico, se revele como de competição inviável, legitimando eventual contratação direta. É que a lei diz ser a licitação inexigível (art. 25) quando houver inviabilidade de competição, e, “em especial”, os casos descritos nos incisos I, II e III [...] ⁷⁸.

Sob este contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello, na tentativa de atingir um plano geral a respeito do modo pelo qual se define que determinado caso não suporta a realização do procedimento licitatório por ser inviável a competição, faz uso dos pressupostos da licitação, já abordados em tópico precedente deste trabalho.

Para o mencionado autor, a inexigibilidade de licitação recai especialmente sobre os seus pressupostos lógicos ou jurídicos, ou seja, sobre a pluralidade de objetos e fornecedores necessária à realização do certame ou sobre a própria aptidão do procedimento licitatório em servir ao interesse público:

Outras hipóteses de exclusão de certame licitatório existirão, ainda que não arroladas nos incisos I a III, quando se proponham situações nas quais estejam ausentes os pressupostos jurídicos ou fáticos condicionadores dos certames licitatórios. Vale dizer: naquelas hipóteses em que ou (a) o uso da licitação significaria simplesmente inviabilizar o cumprimento de um interesse jurídico prestigiado no sistema normativo e ao qual a Administração deva dar provimento ou (b) os prestadores do serviço almejado simplesmente não se engajariam na disputa dele em certame

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 485.

⁷⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 605.

licitatório, inexistindo, pois, quem, com as aptidões necessária, se dispusesse a disputar o objeto de certame que se armasse a tal propósito⁷⁹.

No mesmo sentido posiciona-se Marçal Justen Filho, para quem as causas de inviabilidade podem ser reunidas em dois grandes grupos, quais sejam, os que derivam do sujeito a ser contratado e os que se relacionam com a natureza do objeto pretendido pela Administração Pública⁸⁰.

Este entendimento é o que se extrai da análise dos incisos do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993.

Enquanto o inciso primeiro e terceiro dispõem sobre a falta de pluralidade de fornecedor, referindo-se à aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, e à contratação de profissional de qualquer setor artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, o inciso segundo trata a respeito da exclusividade do objeto, relacionando-se com a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

Vale dizer que o parágrafo primeiro do artigo citado acima apresenta como conceito de “notória especialização” a existência de atuação anterior do sujeito que permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Veja-se, pois, que o legislador trouxe diversas balizas para a definição de que um determinado objeto é incapaz de sujeitar-se à competição. Por ser impossível fixar em abstrato uma fórmula concreta que abranja todas as situações anômalas de contratação nas quais se constata a inviabilidade de competição, definiu-se critérios a partir de exemplos, devendo ser observados pelo Poder Público no momento de sua atuação.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 566.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 483.

De acordo Marçal Justen Filho, a análise dos incisos do artigo 25 permite identificar o conceito de inviabilidade de competição consagrado no *caput* do dispositivo⁸¹.

É importante destacar, por fim, que, em diversas situações, as características que servem à contratação direta por inviabilidade de competição dizem respeito tanto ao sujeito como ao objeto da pretensão da Administração Pública.

Como exemplo, cita-se o caso de contratação de serviço técnico especializado de natureza singular ligado à atividade advocatícia, ocasião em que provavelmente será levado em consideração para a contratação, além da notória especialização, a confiança que o administrador público deposita na atuação profissional do sujeito que desenvolverá a atividade.

Neste sentido, ressalta-se julgado do Supremo Tribunal Federal - STF que abordou a relação de confiança por ocasião da contratação direta no caso acima exemplificado:

EMENTA: AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. "Serviços técnicos profissionais especializados" são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da

⁸¹ Ibidem, p. 487.

Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança [...] ⁸².

Na mesma linha, situa-se o Tribunal de Contas da União - TCU, cujo entendimento restou consolidado na súmula nº 264:

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

A divisão relativa às causas de inviabilidade de competição, portanto, não é estanque e deverá ser analisada a partir da situação em concreto e dos fundamentos exteriorizados para efetivar a contratação, que devem ter como referências as disposições normativas que tratam sobre o tema e o atendimento ao interesse público que se pretende tutelar.

3.3 – Dispensa de Licitação

A dispensa de licitação diz respeito a situações em que, a uma primeira vista, suportariam o ordinário procedimento licitatório, mas que, por diversos fundamentos, o legislador optou por afastá-la ou possibilitar a retirada de sua submissão ao mencionado procedimento. Celso Antônio Bandeira de Mello, seguindo esta linha, expõe que o abandono da licitação em tais casos ocorre devido à necessidade de acolher outros interesses públicos ⁸³.

Em verdade, a regra é que a licitação nestas situações seria contraproducente à atuação estatal, conforme anotado no tópico relativo às noções gerais referentes às contratações diretas.

⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 348/SC**. Tribunal Pleno. Ministro Relator Eros Grau, julgado em 03 de ago. de 2007.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 559.

Em razão deste fato e da excepcional ressalva que fundamenta a existência destas situações é que se tem a interpretação restritiva sobre as hipóteses de dispensa de licitação constarem de modo taxativo na legislação (*numerus clausus*); para o presente trabalho, na Lei nº 8.666/1993.

Em outras palavras, de modo objetivo, ressalvada a hipótese de alteração legislativa federal, não há como ampliar - seja por interpretação, seja por normativa específica de outros entes federativos - o rol das situações de dispensa de licitação.

Neste sentido, posicionam-se José dos Santos Carvalho Filho⁸⁴, Odete Medauar⁸⁵ e Maria Sylvia Z. Di Pietro, cujo entendimento sobre o tema pode ser sintetizado pelo seguinte excerto:

Os casos de dispensa de licitação não podem ser ampliados, porque constituem uma exceção à regra geral que exige licitação, quando haja possibilidade de competição. Precisamente por constituírem exceção, sua interpretação deve ser feita em sentido estrito⁸⁶.

Além deste ponto, vale destacar, ademais, útil observação realizada por Marçal Justen Filho, que relaciona as hipóteses de dispensa de licitação com os custos e benefícios decorrentes da realização do certame⁸⁷.

Para o referido autor, toda a licitação envolve custos econômicos derivados do cumprimento dos atos materiais do procedimento (como exemplo, publicação do edital pela imprensa) e da alocação de pessoal. Por outro lado, também produz benefícios, visto que, ao menos em tese, a Administração efetuará contratação mais vantajosa do que realizaria se a licitação não tivesse ocorrido.

Nas hipóteses de dispensa, contudo, o legislador antevê que os custos inerentes a uma

⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 255-256.

⁸⁵ MEDAUAR, Odete. Dispensa e inexigibilidade de licitação. In: MEDAUAR, Odete (organizador). **Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 1998, p. 33-59, p. 37.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 432.

⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 397-398.

licitação superam os seus benefícios, razão pela qual, com o fim de evitar sacrifício de interesses coletivos e supraindividuais, libera, desde logo, o administrador da incumbência de realizar o procedimento licitatório.

Justamente por estes motivos, optou-se por afastar ou possibilitar que seja afastado o procedimento ordinário de licitação em algumas determinadas situações.

3.3.1 – Licitação Dispensada

Os casos de licitação dispensada decorrem diretamente da lei e configuram situações em que o legislador, desde logo, impôs ao Poder Público a não realização do ordinário procedimento licitatório. Com previsão no artigo 17, incisos I e II, da Lei nº 8.666/1993, referem-se à “alienação de bens” da Administração Pública⁸⁸.

⁸⁸ Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

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

- a) doação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição;
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e

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

- a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

Quanto aos bens imóveis, o dispositivo expressamente prevê como dispensada a licitação no caso de dação em pagamento; doação permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; permuta por outro imóvel; investidura; venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social, ou de imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m², inseridos em programas de regularização fundiária; procedimentos de legitimação de posse no caso de o ocupante de terras públicas tê-las tornado produtiva com o seu trabalho e o de sua família, e, por fim, alienação e concessão de direito real de uso, gratuito ou oneroso, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal ou em ocupações até o limite de quinze módulos fiscais e não superiores mil e quinhentos hectares.

Relativamente aos bens móveis, as situações de licitação dispensada referem-se à doação para fins e uso de interesse social; permuta entre órgão ou entidades da Administração Pública; venda de ações e títulos; venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou

-
- b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
 - c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
 - d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
 - e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
 - f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

[...]

§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei:

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

II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.

[...]

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

§ 7º (VETADO).

entidades da Administração Pública em virtude de sua finalidade, e, por derradeiro, venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, desde que sem utilização previsível por quem deles dispõem.

Como primeiro ponto, salienta-se que tais situações são excepcionais, uma vez que, em regra, deve-se utilizar a licitação na modalidade concorrência, quando se referir à alienação de bens imóveis (podendo ser o leilão no caso de imóvel derivado de processo judicial ou dação em pagamento)⁸⁹, ou, então, concorrência ou leilão, quando não superado o valor de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais)⁹⁰, na ocasião de bens móveis, de modo que qualquer interessado possa formular proposta, em respeito ao princípio da isonomia.

Ademais, verifica-se, da análise das situações acima descritas, que por “alienação de bens” deve-se ter em mente o sentido amplo da expressão, abrangendo diversos institutos que possibilitam a outro sujeito o uso e a fruição parcial ou temporária de bens e direitos de titularidade do Poder Público⁹¹.

Vale ressaltar, outrossim, a existência de diversos casos que possuem como base uma relação com outros órgãos ou entidades da Administração Pública ou têm como pano de fundo a consecução de interesses sociais, o que, a uma primeira vista, justificou, para o legislador, a não incidência do princípio da licitação.

Aliás, justamente devido ao interesse da Administração Pública por detrás da alienação em sua na acepção ampla é que Marçal Justen Filho dispõe sobre a possibilidade de

⁸⁹Art. 22. São modalidades de licitação:

[...]

§ 5º 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.

⁹⁰O artigo 17, §6º, da Lei 8.666/1993 faz referência, no caso da venda de bens móveis, ao valor de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) contido no artigo 23, inciso II, alínea "b", da já mencionada norma. Tal montante, no entanto, com o advento do Decreto Federal nº 9.412/2018, restou atualizado para o valor de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

⁹¹JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 308.

existir uma dupla função quando da utilização do instrumento jurídico em comento⁹².

Para o administrativista, a alienação de bens pode ser realizada tanto para angariar recursos financeiros aos cofres públicos, quanto para promover determinado interesse social e redistribuir riquezas, o que ocorre com grande parte das hipóteses ora analisadas.

Relativamente à promoção de interesse social ou à redistribuição de riquezas, o mencionado autor informa que não há qualquer impedimento para que o Poder Público se valha de critérios que garantam a isonomia entre os interessados, podendo citar a outorga de benefícios segundo a ordem de precedência de inscrição formal perante a Administração Pública.

Além desta observação, em algumas situações é visível o fato de que a realização do procedimento licitatório não atenderia ao seu objetivo de viabilizar a contratação mais vantajosa ao Poder Público, seja porque não acudiriam interessados no certame, seja em razão da natureza do objeto que seria licitado, como no caso da investidura, caracterizada legalmente, em uma de suas conceituações, como a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública tida como inaproveitável isoladamente.

Daí, talvez, o porquê do legislador optar por impor, desde logo, a não realização de licitação em tais hipóteses.

Por derradeiro, insta salientar que, conforme tratado no tópico relativo à disciplina normativa, algumas das disposições contidas no artigo 17 da Lei Federal nº 8.666/93 não têm natureza de norma geral, aplicando-se somente às licitações realizadas pela União.

Esta foi a linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927 – Medida Cautelar, momento em que, a partir de uma interpretação conforme, decidiu suspender, até a decisão final da ação, quanto aos

⁹² Ibidem, p. 310.

Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a eficácia da expressão “permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo”, contida na alínea b, do inciso I e do inciso II, do artigo 17, da Lei Federal nº 8.666/93⁹³.

3.3.2 – Licitação Dispensável

As situações de licitação dispensável encontram-se arroladas, de interesse para o presente trabalho, nos incisos do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993⁹⁴. Trata-se de casos

⁹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta**. Op. cit.: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte.

⁹⁴ Art. 24. É dispensável a licitação:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-
- X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;
- XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;
- XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;
- XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;
- XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;
- XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.
- XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;
- XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;
- XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei;
- XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;
- XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.
- XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do **caput** do art. 23;
- XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;
- XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.
- XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.
- XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.
- XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.
- XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

excepcionais que, em regra, apesar de ser possível a realização do certame, o legislador deixou ao administrador público a discricionariedade para realizar o juízo de conveniência e oportunidade da efetivação da contratação direta ou da efetuação do ordinário procedimento licitatório.

Sobre essa discricionariedade, aliás, cumpre informar que ela não se revela como uma folha em branco posta ao administrador para que efetue a contratação direta de acordo com seu próprio e exclusivo juízo subjetivo.

Em verdade, refere-se a um juízo de oportunidade e conveniência a ser realizado estritamente à luz das hipóteses legais e dos princípios aplicáveis à espécie, sempre com o fim último de obter a contratação mais vantajosa para o Estado, em respeito à isonomia e ao interesse público em questão.

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

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

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

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

XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica.

XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.

XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.

[...]

Quando possível a deliberação sobre a realização do procedimento licitatório, deve-se considerar a finalidade pública específica que permeia o dispositivo o qual concede tal discricionariedade, adotando-se, obrigatoriamente, a posição que a cumpre com maior rigor, além de relevar, na decisão de escolha do procedimento a ser adotado, a efetiva tutela do interesse público. Neste sentido, expõe Odete Medauar por ocasião do exame do tema relativo à dispensa de licitação:

Trata-se de situações em que há viabilidade de realizar a licitação, mas o legislador considerou ser mais conveniente e vantajosa a contratação direta. Fatores diversos justificam, nesses casos, a não-realização do certame.

[...]

Por outro lado, nada impede que a Administração realize licitação, mesmo ocorrendo a realidade fática que possibilite a contratação direta, se for considerado que inexistente prejuízo ao interesse público. A dispensa, portanto, não é obrigatória⁹⁵.

Nota-se que o fato que se deve ter em mente é o de que as contratações diretas servem a ocasiões em que a realização do procedimento licitatório vai de encontro ao interesse público que envolve determinado caso concreto.

Isto é, dizem respeito às situações em que, por algum motivo relevante, não suportam os trâmites ordinários da licitação para salvaguardá-las, seja por falta de competição entre interessados, seja por falta de tempo hábil à consecução das etapas procedimentais ou, até mesmo, pelo fato da situação possuir pequena relevância, sendo antieconômico movimentar toda a máquina administrativa para efetivar a realização do certame.

De acordo com Marco Tullio Bottino e Ivan Barbosa Rigolin, "licitar, nestes casos, é atitude que não encerra qualquer absurdo ou incongruência - senão o trabalho e o tempo despendidos, o que só em si já constitui importante argumento contra a licitação"⁹⁶.

Se assim não for, nada obsta que o administrador público realize um procedimento licitatório comum para efetivar o contrato necessário a uma determinada situação que possui autorização legislativa para ser objeto de contratação direta.

⁹⁵ MEDAUAR, Odete. **Dispensa**. Op. cit., p. 35-36.

⁹⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático das licitações**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 324.

Em clara exposição sobre esta questão, vale citar Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz:

Há dispensabilidade quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, previstas em lei, que facultam a não realização da licitação, que era em princípio imprescindível. É dizer, incoerentes que fossem tais circunstâncias especiais, inafastável seria a obrigação de licitar. Mas, mesmo na existência delas, poderá a Administração proceder à licitação, desde que dessa forma mais aptamente se dê resposta ao interesse público⁹⁷.

Com relação ao dispositivo legal, verifica-se que, atualmente, existem trinta e cinco hipóteses de licitação dispensável, podendo ser subdividas, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo quatro critérios: em razão do pequeno valor (artigo 24, incisos I e II), em razão de situações excepcionais (artigo 24, incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV, XVIII, XXVII, XXVIII e XXXV), em razão do objeto do contrato (art. 24, incisos X, XII, XV, XVII, XIX, XXI, XXV, XXIX, XXX, XXXI, XXXII e XXXIII) e em razão das pessoas do contratante e do contratado (artigo 24, incisos VIII, XIII, XVI, XX, XXII, XXIII, XXIV, XXVI e XXXIV)⁹⁸.

Marçal Justen Filho, por seu turno, classifica as hipóteses de licitação dispensável de acordo com o ângulo de manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício da realização do procedimento licitatório, tendo como referência os seguintes critérios:

- a) custo econômico da licitação: quando o custo econômico da licitação for superior ao benefício dela extraível (incs. I e II);
- b) custo temporal da licitação: quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação (incs. III, IV, XII e XVIII);
- c) ausência de potencialidade de benefício: quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação (incs. V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI, XXVIII e XXIX);
- d) função extraeconômica da contratação: quando a contratação não for norteadada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins (incs. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV, XXVII, XXX, XXXI, XXXII e XXXIII)⁹⁹.

⁹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. Op. cit., p. 34.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 432.

⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 398.

O autor ainda expõe a existência de situação que não se enquadra em nenhuma das espécies (inciso XXII), bem como aponta que, rigorosamente, os fatos contidos nos incisos X, XV, XIX, XXII, XXV, XXVI e XXVIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 não configuram hipóteses de licitação dispensável, mas sim de inexigibilidade de licitação.

Ainda sobre o ato de classificar as hipóteses de licitação dispensável, importa anotar entendimento de Edmir Netto de Araújo, que não o considera de grande utilidade prática, uma vez que, embora taxativa, a enumeração é realizada casuisticamente, não dependendo de se encaixar em quaisquer critérios¹⁰⁰.

Em verdade, o que se depreende da análise dos casos submetidos a esta espécie de contratação direta é que se trata de situações com especificidades que, aos olhos do legislador, justificam a possibilidade do administrador público contratar sem a realização de procedimento licitatório prévio, independentemente da existência de qualquer preocupação com critérios ou agrupamento de hipóteses.

Indo mais além, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes aponta que este casuismo é muitas vezes criado para regularizar contratações diretas consideradas ilegais pelo Tribunais de Contas da União:

O que mais se evidencia no estudo da dispensa de licitação é a falta de sistematização, o casuismo, com que tem procedido o legislador. Incisos com má redação foram inseridos no art. 24 muitas vezes para regularizar a contratação considerada irregular pelo TCU¹⁰¹.

No mais, vale consignar interessante ponto levantado por Marçal Justen Filho. De acordo com o autor, é possível a existência de situação que se enquadre em mais de uma hipótese legal, ocasião em que a Administração Pública poderá optar tanto pela invocação de todas as hipóteses em conjunto, como também poderá eleger especificamente uma delas¹⁰².

¹⁰⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 589.

¹⁰¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 10ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 242.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit.p. 397.

Dentre as hipóteses de licitação dispensável encontra-se a contratação direta fundamentada em situações emergenciais ou de calamidade, prevista no inciso IV do dispositivo em comento e foco do presente trabalho que será pormenorizadamente examinada no capítulo subsequente.

3.4 – Formalização contratual

As contratações diretas, como parte da atuação administrativa em geral, submetem-se a procedimentos formais para a sua concretização. Trata-se, pois, de atenção ao requisito formal necessário a que se sujeitam os atos administrativos como um todo. Nesta linha, Marçal Justen Filho dispõe:

A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes¹⁰³.

A possibilidade de se contratar diretamente devido a situação em concreto consubstanciar uma hipótese de dispensa de licitação ou de inexigibilidade não autoriza atuação arbitrária da Administração¹⁰⁴.

Não há falar, deste modo, em liberdade desmedida ou imotivada de atuação administrativa. Da análise do excerto citado, ao contrário, depreende-se que tais contratações subordinam-se a procedimento formal prévio capaz de indicar que se selecionou a proposta mais vantajosa possível para a Administração Pública, com total atenção ao princípio constitucional da isonomia.

¹⁰³ Ibidem, p. 390.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 393.

Em outras palavras, livra-se, por diversas razões, sempre com foco no respeito ao interesse público tutelado no caso específico, da escolha da modalidade de licitação e da sua etapa externa, mas não se afasta a obrigação de cumprir com os objetivos previstos na Lei nº 8.666/1993 através de um procedimento formal mínimo, consubstanciado na etapa interna relativa à verificação da existência de uma necessidade a ser atendida, definição do objeto a ser contratado, seu custo e apuração de compatibilidade orçamentária¹⁰⁵.

Justamente por isso é que o artigo 26, parágrafo único, da lei acima mencionada, dispõe que os processos de dispensa ou inexigibilidade de licitação serão instruídos com a razão da escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço, além da caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso¹⁰⁶.

Além de tais condutas, importa mencionar que, no caso de inexigibilidade de licitação e em algumas hipóteses de dispensa, incluindo a realizada em razão de situação emergencial ou calamitosa, o *caput* do dispositivo supramencionado ainda indica a necessidade de se comunicar, dentro do prazo de três dias, à autoridade superior para ratificação e publicação da contratação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, configurando tal encargo condição para eficácia dos atos.

Destaca-se que, conforme lembra Sônia Yuriko Tanaka, a publicação do contrato na imprensa oficial é condição de eficácia do ato para terceiros, uma vez que, com a assinatura do mesmo, já há eficácia entre as partes que celebraram o ajuste. Em razão dessa eficácia imediata, aliás, é que não haverá nulidade caso seja necessário executar algum ato decorrente

¹⁰⁵ Ibidem, p. 391.

¹⁰⁶ 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.

do objeto contratual antes de sua publicação na imprensa oficial¹⁰⁷.

Odete Medauar anota que, caso a autoridade superior competente constate algum vício ou verifique que a contratação não atende ao interesse público, deverá anular ou poderá revogar, respectivamente, o procedimento até então adotado, conforme teor do artigo 49, *caput* e seu § 4º, da Lei 8.666/93¹⁰⁸. A administrativista entende, também, que o descumprimento dos prazos fixados para comunicação e respectiva ratificação à autoridade superior não gera, por si só, o reinício do procedimento, podendo tais providências serem adotadas a destempo:

No tocante aos prazos acima indicados, sua inobservância não carretará o reinício do procedimento, visto que provavelmente se repetirão os mesmos trâmites e as mesmas justificativas, com prejuízos ao interesse público. A autoridade superior poderá ratificar e efetuar a publicação mesmo esgotados os prazos¹⁰⁹.

Nota-se, portanto, que o próprio legislador, cautelosamente, estabeleceu um procedimento para as contratações diretas. Aliás, por esse motivo, é que Marçal Justen Filho expõe que a contratação direta configura, em verdade, modalidade anômala de licitação.¹¹⁰

Neste sentido, vale mencionar interessante julgado do Tribunal de Contas da União, cujo voto do Min. Relator, Marcos Bemquerer Costa, consignou que o processo administrativo pelo qual a Administração Pública, sem escolher uma das modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei nº 8.666/1993, realiza pesquisa de preços no mercado é também um procedimento licitatório, uma vez que objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta.¹¹¹

¹⁰⁷ TANAKA, Sônia Yuriko. Dispensa e inexigibilidade de licitação. *In: Estudos sobre licitações e contratos*. GARCIA, Maria (coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 17-61, p. 61.

¹⁰⁸ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

[...]

§ 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

¹⁰⁹ MEDAUAR, Odete. **Dispensa**. Op. cit., p. 36.

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit. p. 390.

¹¹¹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 016.224/2001-2**. Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa. Acórdão nº 100/2003 - Plenário. Data da Sessão: 12/02/2003.

Esta ideia resta evidente quando se verifica expressa disposição legal no sentido de que, nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, caso comprovado superfaturamento, conforme se constata do exame do artigo 25, §2º, da Lei Federal nº 8.666/1993.

Ou seja, de rigor apresentar a justificativa do preço, com base, quando possível, em pesquisa de mercado, o que revela a necessidade de cumprir com certo procedimento e vai ao encontro do entendimento referente à modalidade anômala de licitação, já que possui os mesmos objetivos buscados pelo procedimento licitatório típico.

Ressalta-se, outrossim, que o referido dispositivo aplica-se tanto à dispensa como à inexigibilidade de licitação, ainda que situado no artigo que trata apenas sobre esta última espécie de contratação direta. Melhor seria, como bem exposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que o legislador tivesse encartado a prescrição em um preceito à parte, sem se referir a uma específica hipótese¹¹².

Para além destas formalidades, cumpre expor que o artigo 7º, §2º e § 9º, da Lei 8.666/1993, prevê que também se aplica aos casos de dispensa e de inexigibilidade relativos à contratação de obras e serviços a necessidade de se realizar prévia elaboração de projeto básico e da planilha de custos, além da adequação orçamentária.¹¹³

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 444.

¹¹³ Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

[...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

Vale salientar, ainda, que o artigo 89 da Lei 8.666/1993 tipifica como crime o fato de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade¹¹⁴.

Certo, deste modo, que as contratações diretas sujeitam-se a procedimento prévio simplificado, mas apto a apurar e comprovar o preenchimento dos requisitos para as referidas contratações, bem como suficientemente capaz de cumprir com o mesmo objetivo da licitação, qual seja, selecionar a proposta mais vantajosa possível para a Administração Pública, com total atenção ao princípio constitucional da isonomia, sem qualquer atuação subjetiva arbitrária.

Interessante questão, por fim, refere-se à hipótese em que uma determinada situação se enquadre tanto como inexigibilidade, quanto dispensa de licitação.

Nestes casos, Carvalho Filho aponta que o primeiro aspecto a ser examinado é se a licitação é viável ou não; se não for, o caso é logo de inexigibilidade. Somente após esta análise é que se busca, no caso de viabilidade de competição, a possibilidade de enquadrar a situação em um algum dispositivo legal referente à dispensa de licitação¹¹⁵.

Nesta mesma toada, encontra-se Marçal Justen Filho, para quem, sob o ponto de vista lógico, a lei deveria ter tratado da inexigibilidade antes da dispensa, uma vez que o conceito desta é posterior ao daquela. O autor também destaca que não há obstáculo para que o agente público enquadre a contratação em mais de uma hipótese normativa, podendo optar, inclusive, pela fundamentação com base em todos os dispositivos¹¹⁶.

[...]

§ 9º O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

¹¹⁴Art. 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.

¹¹⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 277.

¹¹⁶JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 397.

Sob este entendimento, cita-se o Acórdão 1.336/2006 do Tribunal de Contas da União:

As aquisições caracterizadas por dispensa ou inexigibilidade de licitação, previstas nos arts. 24, III e ss., e 25, da Lei 8.666/1993, podem ser fundamentadas em dispensa de licitação, alicerçadas no art. 24, I e II, da referida Lei, quando os valores se enquadrarem nos limites estabelecidos neste dispositivo¹¹⁷.

Não há, assim, possibilidade de escolha arbitrária por parte do administrador. O procedimento de contratação direta deve ser definido conforme a relação entre suas espécies e o objeto pretendido pelo Poder Público, sempre voltado a tutelar o interesse público envolvido e a obter a proposta mais vantajosa possível para a Administração, com total atenção ao princípio constitucional da isonomia.

¹¹⁷ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 019.967/2005-4**. Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Acórdão nº 1.336/2006 - Plenário. Data da Sessão: 02/08/2006.

4 - DISPENSA DE LICITAÇÃO FUNDAMENTADA EM SITUAÇÕES EMERGENCIAIS OU DE CALAMIDADE PÚBLICA

4.1 - Noções gerais

A hipótese de licitação dispensável objeto central do presente trabalho diz respeito à possibilidade de se contratar diretamente nos casos de emergência ou de calamidade pública, desde que caracterizada urgência no atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Cuida-se, em verdade, como anota Marçal Justen Filho, de "modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal"¹¹⁸.

Sua previsão legal encontra-se disposta no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, e possui a seguinte redação:

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 preceito normativo, infere-se, logo de saída, como observa José Cretella Júnior, que o legislador estabeleceu a referida hipótese para absorver os casos em que a demora na realização do regular procedimento licitatório fosse incompatível com urgência da

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 404.

execução do contrato necessário ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa.¹¹⁹

Vera Lúcia Machado D'Avila dispõe que esta é a própria razão de existir da norma, porquanto não pode o agente público deixar de atuar enquanto se processam todas etapas do procedimento licitatório em detrimento do interesse coletivo que deveria ser tutelado pela Administração Pública:

A regra em comento tem sua razão de ser, pois é sabido que a Administração Pública, para realizar todos os atos de um procedimento licitatório, e especialmente em respeito ao princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos, sujeita-se ao decurso de um determinado tempo, variável de órgão a órgão, para produzir os efeitos legis desejáveis a uma contratação. Por certo, o decurso desse prazo pode inviabilizar o atendimento do interesse público, qual seja o de sanar uma determinada situação, que se apresenta como ensejadora de prejuízos de difícil reparação a bens e pessoas. Não pode, diante de tal situação, quedar-se inerte o administrador, aguardando esgotar-se o decurso de tempo para a concretização final do instrumento que lhe garantirá a consecução daquela obra, serviço ou compra, sob pena, inclusive, de ser posteriormente responsabilizado por desídia, e pelos prejuízos que causar às pessoas e bens materiais, por falta de imediata adoção de providências que serviriam para rebater e conter a situação emergencial¹²⁰.

Nesta linha, Jesse Torres Pereira Jr. anota que a caracterização da situação emergencial ou calamitosa, para fins da norma em questão, vincula-se à existência de urgência no atendimento do caso concreto a fim de evitar maiores prejuízos¹²¹. Em outras palavras, não se cogita a incidência da norma prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, se não houver urgência por parte da Administração Pública em adotar as providências imprescindíveis à tutela do interesse coletivo.

Com o mesmo sentido, Adilson Abreu Dallari, ao examinar a redação do dispositivo, no bojo de um parecer proferido sobre a aplicabilidade da norma objeto do presente, publicado no Informativo de Licitações e Contratos - ILC de novembro de 1999, destacou claramente a essencialidade da constatação da urgência que envolve o caso concreto para fins de se

¹¹⁹ CRETELLA JR., José. **Das licitações Públicas**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 232.

¹²⁰ D'AVILA, Vera Lúcia Machado. **Dispensa de licitação. Urgência ou emergência. Conceito**. In: *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 110-113, p. 111.

¹²¹ PEREIRA JR., Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 297.

contratar diretamente:

O legislador procurou restringir o uso dessa faculdade, estabelecendo uma série de condicionamentos ou especificações, mas mantendo o que é realmente essencial: a existência de uma situação de urgência, exigindo uma atuação imediata da Administração Pública, incompatível com as delongas inevitavelmente inerentes ao procedimento licitatório¹²².

A análise a respeito do tempo existente para agir nestas situações, portanto, é a pedra angular da aplicação da hipótese de licitação dispensável ora em exame, já que foi justamente por isso que o legislador previu a possibilidade de se contratar de forma imediata com o fim de afastar o risco de dano irreparável as pessoas e bens existentes¹²³.

Tais avaliações, conforme expõe Odete Medauar, devem ter como base inarredável a demonstração da real situação de emergência ou de calamidade pública, cotejando-se a aplicação da hipótese de licitação dispensável e consequente supressão do procedimento licitatório ordinário com as especificidades da situação excepcional¹²⁴.

Para além deste ponto, mas ainda tendo como base o aspecto temporal, importa mencionar o posicionamento de Carlos Ari Sunfeld, para quem a hipótese em questão é, em verdade, caso de inexigibilidade de licitação, uma vez que a exiguidade de tempo destinada à atuação do Poder Público diante da situação anormal inviabiliza qualquer possibilidade de realização do procedimento licitatório ordinário, de modo que, em tais casos, o agente administrativo apenas teria a oportunidade de contratar diretamente:

Ao contrário do que normalmente se imagina, não se trata de hipótese de dispensa, pois, nos termos da regulamentação do assunto, a contratação direta só é possível se a exiguidade de tempo inviabilizar o certame. Logo, ou se tem a inexigibilidade ou a contratação demandará licitação¹²⁵.

Com esta mesma ideia, Antônio Carlos Cintra do Amaral dispõe que, "a rigor, esse

¹²² DALLARI, Adilson Abreu. **Dispensa de licitação por urgência**. In: Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), nº 69/ 852-857. Curitiba, nov/1999, p. 853.

¹²³ D'AVILA, Vera Lúcia Machado. Op. cit., p. 111-112.

¹²⁴ MEDAUAR, Odete. **Dispensa**. Op. cit., p. 39.

¹²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 49.

não é o caso de dispensabilidade de licitação, mas sim de dever jurídico de contratar sem licitação", justamente porque o fato capaz de servir como fundamento para a contratação direta com base no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, automaticamente afasta, por completo, a possibilidade de se realizar o procedimento ordinário de licitação¹²⁶.

Muito embora o legislador tenha qualificado a hipótese em comento como licitação dispensável, parece, de fato, não existir opção à Administração Pública. Diante de uma situação emergencial ou calamitosa, marcada por uma urgência real, não há outra opção que não seja a contratação direta.

Em razão dos princípios da indisponibilidade do interesse público, da finalidade pública e da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa impõe-se, ao agente público, que, diante de tais situações, contrate diretamente e adote imediatamente as providências necessárias à tutela do interesse geral envolvido no caso concreto.

Deste modo, havendo um quadro emergencial ou calamitoso que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de bens ou pessoas, somado à necessidade de atuação imediata por parte da Administração Pública para afastar o risco iminente, deverá o agente contratar sem a realização de prévio procedimento ordinário de licitação, a fim de que se efetive, de modo eficiente, a tutela do interesse público.

Este é o panorama geral da norma em estudo que será esmiuçada nos tópicos subsequentes.

4.2 - Pressupostos de validade da contratação

Conforme demonstrado no item anterior, a contratação direta nos casos de emergência ou de calamidade pública ocorre a partir da constatação de tais circunstâncias

¹²⁶ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Dispensa de licitação por emergência**. In: Revista Trimestral de Direito Público - RTDP, nº 1/186-191. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 189.

somadas a outros elementos. O simples fato de estar diante de um cenário excepcional não justifica e nem torna regular, por si só, a dispensa de licitação disposta no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993.

Para além da própria condição anormal, mostra-se necessário que a situação exija pronto atendimento por parte da Administração Pública capaz de ilidir o risco iminente, sob pena de ocorrer, na hipótese de atuação tardia, prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Especificamente sobre às circunstâncias extraordinárias, Joel de Menezes Niebuhr observa que a situação emergencial não se confunde com o caso de calamidade pública, já que o legislador se valeu da conjunção "ou" para redigir o dispositivo legal, bastando a constatação de apenas uma destas situações anormais para prosseguir com a análise do cabimento da contratação direta em questão¹²⁷.

Marçal Justen Filho, indo mais além, indica que a demonstração da presença concreta e efetiva da potencialidade do dano, assim como a comprovação de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco existente no caso concreto, constituem verdadeiros pressupostos para efetivar a contratação direta sob exame¹²⁸.

A urgência, de acordo com autor, afigura-se na própria definição da potencialidade do dano em causar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

No âmbito da jurisprudência administrativa especializada, definiu-se enfaticamente os pressupostos para a contratação direta com fundamento nas situações de emergência ou de calamidade pública.

O Tribunal de Contas da União, de longa data, firmou, em tese e de modo didático, no bojo de uma consulta formulada pelo Ministério dos Transportes, após a declaração do

¹²⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit., p. 261.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 405.

estado de calamidade pública realizada pelo Presidente da República, a seguinte concepção sobre o tema¹²⁹:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1. Conhecer do expediente formulado pelo ilustre Ministro de Estado dos Transportes para informar a Sua Excelência que, de acordo com as normas que disciplinam a matéria, o Tribunal não responde a consultas consubstanciadas em caso concreto;
2. Responder ao ilustre Consulente, quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese: a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei:
 - a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;
 - a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando a afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;
 - a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;
 - a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado; [...]¹³⁰.

Este entendimento, com uma adaptação no requisito contido no item "a.1", conforme se abordará nos tópicos seguintes, encontra-se em vigor. Não por outro motivo é que se constata a expressa menção da Decisão nº 347/1994 nos recentes julgados do TCU, a exemplo

¹²⁹ Vale lembrar, conforme o disposto no artigo 1º, §2º, da Lei 8.443/1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, que a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese: "Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:[...]§ 2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto." No presente caso, ademais, por se tratar de tema relativo à aplicação de norma geral de licitação, sobre a qual compete privativamente à União legislar, a decisão deve ser acatada pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme teor do enunciado 222 da Súmula do Tribunal de Contas da União: "As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

¹³⁰ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 009.248/1994-3**. Ministro Relator Carlos Átila Álvares da Silva. Decisão nº 347/1994 - Plenário. Data da Sessão: 21/06/1994.

do Acórdão nº 1.681/2015¹³¹.

A partir da análise da decisão com o cotejo da prescrição legal, verifica-se ser imprescindível a presença de quatro requisitos mínimos para efetuar a contratação direta ora em exame: a) situação emergencial ou de calamidade pública; b) urgência na atuação por parte da Administração Pública; c) risco iminente de danos a pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou privados; e, d) efetividade da atuação no sentido de ilidir os riscos existentes (objeto contratual adequado).

De modo objetivo, Lucas Rocha Furtado¹³² e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes posicionam-se nesta linha, valendo citar o último autor em razão da supressão da necessidade de se demonstrar que a falta de planejamento, a desídia administrativa ou a má gestão dos recursos disponíveis configuram requisitos de qualificação necessários à situação emergencial ou de calamidade pública:

Objetivamente, constituem requisitos para a validade da contratação direta autorizada por esse inciso:

- a) situação emergencial ou calamitosa;
- b) urgência de atendimento;
- c) risco;
- d) contratação direta como meio adequado para afastar o risco¹³³.

Tais preceitos, portanto, constituem os pressupostos de validade das contratações diretas fundamentadas no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, razão pela qual merecem uma análise pormenorizada a fim de se definir com exatidão o correspondente conteúdo de cada

¹³¹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 032.583/2011-7**. Ministro Relator José Múcio Monteiro. Acórdão nº 1681/2015 - Primeira Câmara. Data da Sessão de 24/03/2015, *in verbis*: Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso II; 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 1º, inciso I; 17, inciso I; 143, inciso I; e 208 do Regimento Interno/TCU, ACORDAM em julgar regulares com ressalva as contas dos responsáveis, dando-lhes quitação, e dar ciência à entidade da impropriedade apontada nos pareceres emitidos nos autos. [...]1.7. Dar ciência ao BNDES de que a contratação realizada mediante dispensa de licitação, sob a alegação de emergência (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93), conforme verificado nas Dispensas 1/2010, 25/2010, 50/2010 e 54/2010, decorrente de longo interregno entre a abertura e a conclusão de certame que tenha por objeto a contratação de novo fornecedor ou prestador de serviços para substituição da empresa anteriormente contratada, afronta o art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal e o art. 49 da Lei 9.784/99, bem como o entendimento do TCU exarado na Decisão 347/1994-Plenário.

¹³² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.153.

¹³³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Op. cit.*, p. 274-275.

elemento.

Em razão da intrínseca conexão existente entre eles e da proximidade conceitual, no entanto, o exame será realizado sob outra ordenação.

Em primeiro, haverá a secção da situação calamitosa em relação ao caso de emergência, com o intuito de delimitar cada uma das excepcionalidades e suas consequências específicas.

Após, serão aglutinados o pressuposto referente à urgência de atendimento e o correspondente ao risco de dano, já que o primeiro tem em seu conceito, conforme se demonstrará, a possibilidade iminente de prejuízo.

Por último, será abordado a necessidade de que o objeto da contratação direta afaste efetivamente o risco existente.

4.2.1 - Conceito de "Calamidade Pública"

A definição de calamidade pública, em princípio, deflui do próprio senso comum. Ou seja, intuitivamente, é possível dizer que a situação calamitosa decorre de algo inevitável que atinge de forma abrupta e negativa determinado espaço, causando prejuízos de diversas ordens.

José Cretella Júnior trata a calamidade pública como o infortúnio que "atinge, de repente, grande número de pessoas, como inundações, peste, fome, guerra, incêndio, terremoto, vendaval e devastação ciclônica"¹³⁴.

Hely Lopes Meirelles, em clássico conceito, define calamidade pública como a

¹³⁴ CRETELLA JR., José. **Das licitações**. Op. cit., p. 233.

situação excepcional decorrente de fatos da natureza, capaz de atingir desfavoravelmente pessoas, serviços e bens:

Calamidade pública é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas avassaladoras e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde pública, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral¹³⁵.

Nota-se que o autor vincula a situação calamitosa a eventos da natureza, bem como expressamente alarga o conceito dos suportes que podem ser atingidos por tais anormalidades, de modo a abranger não só pessoas, mas também serviços, como segurança e saúde, e bens particulares, como habitação e trabalho.

Do ponto de vista normativo, o artigo 2º, inciso IV, do Decreto Federal nº 7.257/2010, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, bem como sobre o reconhecimento de situação de emergência e do estado de calamidade pública, apresenta a seguinte definição:

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

[...]

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

Da leitura do dispositivo, verifica-se que não há especificamente uma origem da situação calamitosa. Advém de "desastres" que comprometam substancialmente a capacidade de agir da Administração Pública, causando danos e prejuízos de ordem geral.

A ideia que parece ser a do legislador, deste modo, resume-se à ocorrência de qualquer tragédia de grandes proporções que afete consideravelmente a possibilidade de agir por parte do Poder Público no sentido de normalizar a situação excepcional, geradora de dano e prejuízo.

¹³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 146.

Destaca-se, também, que o preceito legal mencionado não dispõe sobre a previsibilidade da tragédia. Como aponta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a "calamidade é circundada pelo aspecto da imprevisibilidade, mas admite-se que, se previsível e inevitável, justifique a contratação direta"¹³⁶.

Como exemplo, pode-se mencionar a chegada de uma tempestade devastadora que, por vezes, encontra-se prevista pelos próprios órgãos públicos. Certamente serão adotadas medidas preventivas, mas sendo inevitável o seu impacto na comunidade, causando prejuízos dos mais variados, poderá o Poder Público contratar diretamente, caso devidamente preenchidos os pressupostos necessários à aplicação da regra prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.

O cerne da questão, portanto, restringe-se à inevitabilidade do desastre, muito embora possa ser, em alguns casos, anunciado previamente. Nesta situação, o Poder Público atua de forma preventiva para minorar o impacto negativo que provavelmente será causado pela situação anormal, o que não prejudica eventual contratação direta para tratar sobre o tema, caso seja necessário e não haja tempo para se realizar o procedimento licitatório ordinário.

Sob este contexto, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz lançam proveitoso conceito livre de maiores limitações, porém não perde o foco da necessidade de existir uma situação anormal capaz de afetar negativamente determinada comunidade:

Espanque-se, a propósito, qualquer dúvida: calamidade pública, na dicção da lei, é o infortúnio de proporções, que atinge considerável extensão territorial ou considerável número de pessoas, suplantando os habituais níveis enfrentáveis de problemas sociais¹³⁷.

Importa ressaltar, ademais, que a doutrina majoritariamente posiciona-se pela necessidade de que o estado de calamidade pública seja declarado por decreto do chefe do Poder Executivo¹³⁸. Esta é a posição, a título exemplificativo, de Joel de Menezes Niebuhr¹³⁹,

¹³⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 264.

¹³⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. Op. cit., p. 49.

¹³⁸ Em posição divergente, no sentido de que a declaração de calamidade, por decreto do Chefe do Executivo, não é condição para aplicar a dispensa de licitação em questão, encontra-se José do Santos Carvalho Filho, sob o

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁴⁰, Edmir Netto de Araújo¹⁴¹, Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino:

O estado de calamidade pública passou a integrar este inciso, diferentemente do direito anterior. Significa um estado assim declarado por decreto do chefe do Executivo respectivo (Prefeito, Governador de Estado ou Presidente da República), daí também se dizer "decretação de calamidade pública", e ocorre quando fatos suficientemente graves, a critério de alguma das mesmas autoridades, exijam a declaração. Nestas excepcionais hipóteses (inundações, epidemias, greve prolongada nos serviços essenciais, queda de barreiras, terremotos, maremotos, incêndios alastrados) caracteriza-se a urgência de atendimento a diversos setores da cidade ou da região [...]¹⁴².

Os autores citados também dispõem que, justamente por depender de decreto do Poder Executivo, entidades autárquicas ou fundacionais não decretam calamidade pública, ainda que o serviço lhes atribuído tenha sido afetado por uma situação excepcional¹⁴³.

Segundo Hely Lopes Meirelles, que escreveu no mesmo sentido, o decreto declaratório da calamidade deve "delimitar a área flagelada e indicar as medidas a serem adotadas, bem como as autoridades incumbidas das diversas providências que a situação impuser, para que fiquem habilitadas a realizar as obras, serviços e compras com dispensa de licitação"¹⁴⁴.

Para o administrativista, tais especificidades funcionam como cautelas para evitar a denominada "indústria de calamidade pública", isto é, busca-se afastar a ocorrência de abusos e desregramentos administrativos durante a situação anormal, afugentando sujeitos com interesses escusos que objetivam aproveitar da liberalidade dos contratos realizados sem licitação para, em benefício próprio, iludir os agentes públicos e prejudicar o erário.

Insta salientar, por fim, como bem expõem Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz,

fundamento de que não consta na lei este requisito, além do fato da situação calamitosa não depender, para a sua ocorrência, de qualquer constatação administrativa. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 258.

¹³⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit., p. 262.

¹⁴⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 264.

¹⁴¹ ARAÚJO, Edmir Netto. Op. cit., p. 591.

¹⁴² RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. Op. cit., p. 328-329.

¹⁴³ Ibidem, p. 329.

¹⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação**. Op. cit., p. 147.

que a decretação de calamidade pública em caráter permanente constitui abuso que merece ser refutado pelas autoridades competentes. Aduzem os autores que a prática infelizmente é adotada por alguns Municípios durante o mandato de um determinado dirigente interessado, visando afastar o procedimento licitatório das contratações ocorridas em sua gestão¹⁴⁵.

Em verdade, cessado objetivamente o estado calamitoso, deve, de modo imediato, a vida da coletividade regressar a "parâmetros de razoável suportabilidade das agruras (não há que se aguardar, pois, a restauração edênica) precedentes", retornando a aplicação do princípio da licitação no âmbito da atividade administrativa¹⁴⁶.

A atuação administrativa excepcional, destarte, não deve durar mais do que o estritamente necessário para salvaguardar os interesses possivelmente afetados pelo fato calamitoso. Qualquer dispensa de licitação realizada sem que tenha como pressuposto real um caso de calamidade pública será irregular e deverá sofrer as consequências jurídicas aplicáveis à espécie.

4.2.2 - Conceito de "Emergência"

O conceito de emergência encontra-se intrinsecamente relacionado com o fenômeno do tempo. Pensar em uma situação emergencial leva automaticamente à reflexão de uma circunstância concreta e imediata, que necessita da adoção de providências ao menos breves, quando não no mesmo instante da ocorrência fática.

Esta aparenta ser a linha da doutrina especializada no que se refere ao tema sob análise

Marçal Justen Filho dispõe que, para o caso específico das contratações diretas, "emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses", de modo que

¹⁴⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. Op. cit., p. 49.

¹⁴⁶ Idem.

a delonga no suporte da situação "produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico"¹⁴⁷.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, situação de emergência é a que pode prejudicar sobremaneira interesses da coletividade, exigindo imediata resposta por parte da Administração Pública:

Situação de emergência é, pois, toda aquela que põe em perigo ou caso dano à segurança, à saúde ou à incolumidade de pessoas ou bens de uma coletividade, exigindo rápidas providências do Poder Público para debelar ou minorar suas consequências lesivas (art. 24, IV)¹⁴⁸.

A título exemplificativo, o administrativista elenca o rompimento do conduto de água que abastece a cidade ou a queda de uma ponte essencial para o transporte coletivo como casos capazes de afligir a vida de determinada comunidade, exigindo rápida atuação do Poder Público no sentido de solucionar a questão.

Nesta toada, Sidney Bittencourt acrescenta que a emergência é "uma situação que ultrapassa o âmbito de qualquer rotina administrativa", porquanto necessita de atendimento imediato, fora dos padrões normais de atuação do Administração Pública¹⁴⁹.

De forma objetiva, Joel de Menezes Niebuhr dispõe que a palavra emergência, para fins do dispositivo do artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, refere-se à necessidade de contratação que não pode ser realizada por meio do regramento ordinário do procedimento licitatório:

Para fins de dispensa, o vocábulo emergência que significa necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites ordinários de licitação pública, sob pena de perecimento do interesse público, consubstanciado pelo não atendimento ou prejuízo ao atendimento de alguma demanda social, pela solução de continuidade ou prejuízos à execução de atividade administrativa¹⁵⁰.

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 404-405.

¹⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação**. Op. cit., p. 145.

¹⁴⁹ BITTENCOURT, Sidney. Op. cit., p. 175.

¹⁵⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit., p. 261.

Do exame dos excertos, é possível verificar que o conceito de situação emergencial relaciona-se com a ocorrência efetiva de uma situação anormal, além do padrão tido pelo Poder Público de um determinado local, que deve receber imediato tratamento, o que lhe afasta do procedimento ordinário relativo à licitação, sob pena de afetar negativamente os interesses coletivos envolvidos no caso.

No âmbito normativo, o artigo 2º, inciso III, do Decreto Federal nº 7.257/2010, mencionado alhures, conceitua a "situação de emergência" da seguinte forma:

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

[...]

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

Nota-se que o conceito apresentado é muito similar ao disposto para o "estado de calamidade pública", divergindo apenas na fração de comprometimento da capacidade de resposta do "poder público do ente atingido". Enquanto para os casos de calamidade afeta-se totalmente, na emergência, abala-se apenas parcialmente.

Neste contexto, Joel de Menezes Niebuhr dispõe que "muito embora a calamidade pública pressuponha situação de emergência, nem toda emergência pressupõe a calamidade pública", já que esta situação é mais abrangente e mais grave do que aquela, de dimensões menores. Desta forma, é possível que haja situação de emergência isolada, que atinge apenas um segmento da sociedade civil e não enseja calamidade pública¹⁵¹.

Justamente por isso o administrativista menciona que a "situação emergencial não precisa ser radical ou absoluta", variando em graus conforme as peculiaridades do caso concreto e de cada órgão administrativo¹⁵².

Na seara jurisprudencial de caráter administrativo, vale mencionar interessante

¹⁵¹ Ibidem, p. 261-262.

¹⁵² Ibidem, p. 261.

decisão proferida no bojo do Processo nº 005.457/20003-2, que abordou a necessidade de que a emergência, para fins de aplicação da dispensa do procedimento licitatório, seja, além de concreta, imediata e não tomada apenas em potencial, de forma genérica ou teórica, sob pena de torná-la regra diante dos infortúnios que atingem cotidianamente a sociedade brasileira:

Saliente-se que a emergência preconizada no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, não pode ser interpretada de forma genérica, uma vez que a maioria das áreas de atuação da Administração Pública busca evitar algum dano em potencial, a exemplo dos setores de saúde, segurança e educação. Se considerarmos todas as situações de precariedade na Administração como requisito para a contratação direta por emergência, certamente a dispensa de licitação se tornaria regra geral.

[...]percebe-se que as reportagens jornalísticas carregadas aos autos refletem tão-somente o cotidiano das metrópoles brasileiras, não podendo ser tomadas em potencial, de forma genérica e teórica, como supedâneo para as contratações diretas, com fulcro no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93¹⁵³.

Em outra ocasião, a Primeira Câmara da Corte Administrativa, nos autos do Processo nº 006.131/2006-9, assentou que os transtornos normais da Administração Pública não podem servir como fundamento para caracterizar uma situação emergencial e afastar, por consequência, o procedimento ordinário relativo à licitação:

É óbvio que a licitação é uma regra que se sobrepõe a dificuldades como a alegada, que figuram dentro da rotina administrativa, sem importar em risco para pessoas ou bens. Não é à toa que a lei, quando supõe a possibilidade de dispensa de licitação em caso emergencial, coloca-o em paralelo com a ocorrência de uma calamidade. Então, não serão transtornos normais ao desafio de administrar que poderão impedir o processo licitatório.¹⁵⁴

Como bem observou o Ministro Relator, do contrário a dispensa de licitação seria a regra, diante do fato de que se vive em um país com tantas carências e poucas disponibilidades financeiras, sempre em dívida com o bem-estar da população.

Com relação ao reconhecimento de tais situações, Hely Lopes Meirelles dispõe que a constatação da emergência, que deve ocorrer em cada caso, é de valoração subjetiva, devendo,

¹⁵³ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 005.457/20003-2**. Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Decisão nº 300/2004 - Plenário. Data da Sessão: 24/03/2004.

¹⁵⁴ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 005.236/2005-8**. Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça. Decisão nº 1.020/2008 - Primeira Câmara. Data da Sessão: 28/04/2008.

contudo, restringir-se aos "fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a dispensa da licitação"¹⁵⁵.

Na mesma linha, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que o caso de emergência restrito a um determinado local da comunidade, cuja responsabilidade se atribui a um específico órgão ou entidade da Administração Pública, independe de qualquer ato formal de reconhecimento, bastando que a autoridade competente pela atuação expresse e justifique a condição no ato da contratação direta¹⁵⁶.

Niebuhr, com a mesma compreensão, dispõe que a constatação da situação emergencial não requer maiores formalidades, não sendo condicionada à decreto do chefe do executivo para o seu reconhecimento¹⁵⁷.

Revela-se, deste modo, como situação que prescinde qualquer formalidade para o seu reconhecimento, bastando que a autoridade responsável pela atuação necessária à normalização do caso concreto declare fundamentadamente as suas razões por ocasião da dispensa de licitação e consequente contratação direta.

4.2.2.1 - "Emergência Fabricada" e suas consequências

Conforme traçado no tópico anterior, a situação emergencial relaciona-se com uma situação concreta e anormal, além do padrão tido pelo Poder Público de um determinado local, que deve receber imediato tratamento, incompatível com o procedimento ordinário da licitação, sob pena de afetar negativamente os interesses coletivos envolvidos no caso.

A partir deste conceito padrão, vale dizer que a doutrina passou a subdividir a situação excepcional imprevisível e inevitavelmente ocorrida, daquela criada pela própria

¹⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação**. Op. cit., p. 145.

¹⁵⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 263.

¹⁵⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit., p. 262.

Administração Pública, em razão da sua inércia ou falha e conseqüente incúria no trato dos interesses públicos. A primeira, restou denominada como "emergência real"; a segunda, como "emergência ficta" ou "emergência fabricada".

Ambos os cenários, contudo, tiveram igual tratamento pela maior parte dos autores jurídicos que dissertam sobre a matéria no que tange à possibilidade de aplicação da dispensa de licitação prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93. Em quaisquer situações, será viável a contratação direta para afastar o risco iminente aos interesses coletivos, desde que presentes todos os demais pressupostos aplicáveis à hipótese¹⁵⁸.

Com este entendimento, Roberto Bazilli e Sandra Julien Miranda ilustram a questão de modo esclarecedor:

Exemplifique-se com a seguinte situação: os órgãos de saúde realizam planejamento para aquisição de vacinas contra determinada doença epidêmica e, com base nesses dados, realizam licitação e adquirem as quantidades previstas. Porém, percebe-se que a quantidade foi insuficiente, os estoques estão zerados e não se providenciou com a antecedência devida a competente licitação para reposição dos estoques necessários. O que deve fazer a Administração? Esperar a realização de nova licitação, independentemente do risco de óbitos acontecerem? Ou, à vista da situação emergencial caracterizada por falha da própria Administração, adquirir as vacinas necessárias por contratação direta, com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, IV, da lei licitatória, suficientes para cobrir o prazo para realização de novo procedimento licitatório? A nosso ver, este é caso típico de emergência decorrente de falha da própria Administração, mas que existe e que serve de fundamento para dispensa licitatória¹⁵⁹.

A peculiaridade de tratamento reside no fato de que, na "emergência fabricada", deverá ser apurada a responsabilidade do agente público causador da situação, punindo-o exemplarmente a fim de evitar a ocorrência de outros casos similares.

¹⁵⁸ Em sentido contrário, menciona-se Lucas Rocha Furtado, cujo entendimento afasta a possibilidade de adoção de contratos emergenciais diante de situações causadas por inércia da própria Administração Pública: "É preciso que a situação de urgência ou de emergência seja imprevisível. Seria absolutamente descabido que o administrador, sabendo que determinada situação iria ocorrer, e que sua ocorrência obrigaria a celebração do devido contrato, não adotasse as medidas necessárias à realização do procedimento licitatório. Jamais a inércia do administrador poderá justificar a adoção de contratos emergenciais [...]". Cf. FURTADO, Lucas Rocha. Op. cit., p. 154-155.

¹⁵⁹ BAZILLI, Roberto Ribeiro; MIRANDA, Sandra Julien. **Licitação à luz do direito positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 153.

Neste sentido, comentando o preceito legal referente à contratação direta fundamentada em situações emergenciais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode prejudicar o interesse público objeto de tutela por parte do Estado:

Complementando comentário, nesta questão cabe assinalar que, se estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo, cabe a dispensa de licitação, independentemente da culpa do servidor pela não realização do procedimento na época oportuna. Se a demora do procedimento puder ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, a dispensa tem que ser feita, porque o interesse público em jogo - a segurança - leva necessariamente a essa conclusão.

Por outras palavras, a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração.

Isto, no entanto, não afasta a responsabilidade do servidor. Se ele, por desídia ou por má-fé, deixou de tomar as medidas necessárias à realização do procedimento da licitação no momento em que deveria fazê-lo, estará sujeito à punição na esfera administrativa, mediante o procedimento disciplinar adequado, e também na esfera criminal, por incidir em improbidade administrativa, com as consequências previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, disciplinado pela Lei n. 8.429, de 2.6.92. Poderá incidir, conforme o caso, nas infrações definidas no art. 9º da lei, em especial os incs. IV, V, VIII, e no art. 11, incs. I e II¹⁶⁰.

Lucia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, com fundamento no princípio da moralidade, dispõem que, em ambos os casos, o tratamento deve ser idêntico quanto à possibilidade de contratação direta, devendo apenas se responsabilizar o agente público pela falha administrativa com as sanções disciplinares cabíveis no caso da "emergência fabricada".¹⁶¹

Na mesma toada, posicionam-se Sônia Yuriko Tanaka¹⁶², Joel de Menezes Niebuhr¹⁶³, Sidney Bittencourt¹⁶⁴ e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, para quem não importa que a situação emergencial decorra da inércia do agente da administração, de modo que, caracterizada a emergência, com todos os seus pressupostos, não pode a sociedade ser

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Dispensa de licitação. Urgência da contratação. Inércia do Servidor.** In: Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

¹⁶¹ Figueiredo, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. Op. cit., p. 48.

¹⁶² TANAKA, Sônia Yuriko. Op. cit., p. 33.

¹⁶³ NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit., p. 263-264.

¹⁶⁴ BITTENCOURT, Sidney. Op. cit., p. 179.

duplamente penalizada pela incompetência de servidores públicos ou agentes políticos, devendo-se realizar a contratação direta e punir o responsável pela desídia:

Como foi exposto, vedar a contratação direta quando presentes todos os requisitos ou declará-la nula, com os consectários incidentes sobre o contrato, não parece ser o meio adequado de resguardar o interesse público. Ao contrário, implicará penalizar duas vezes a sociedade, já vítima de um gestor negligente, que agora não poderá ter suas necessidades atendidas pela contratação direta. Caracterizados os pressupostos do artigo, deve a contratação ser efetivada, apurando-se com rigor a responsabilidade pela desídia que ficar provada¹⁶⁵.

No âmbito da jurisprudência administrativa, o Tribunal de Contas da União, debruçando-se sobre o problema, inicialmente entendeu pela impossibilidade de se contratar diretamente com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, nos casos em que a situação excepcional tivesse sido criada pela falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis.

Este posicionamento consolidou-se no bojo do Processo nº 009.248/1994-3, que tratou sobre a consulta realizada pelo Ministério dos Transportes, conforme citado alhures, valendo novamente transcrever o excerto interessante à questão:

a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação¹⁶⁶;

A concepção fixada em 1994 irradiou-se por longo período¹⁶⁷, até que, nos autos do Processo nº 007.585/1999-7, a Corte de Contas da União sinalizou uma alteração de entendimento, porquanto deixou de considerar irregular a contratação direta realizada com

¹⁶⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 267.

¹⁶⁶ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 009.248/1994-3**. Op. cit.

¹⁶⁷ Dentre os julgados emblemáticos que analisaram a questão e afastaram a possibilidade de se realizar a contratação direta diante de uma situação previsível, que possibilitava a abertura de regular procedimento licitatório, importa citar o caso em que a Casa da Moeda contratou os serviços para os festejos de seus 300 anos com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93. Cf. BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 007.826/1994-0**. Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi. Acórdão nº 300/1995 - Segunda Câmara. Data da Sessão: 28/09/1995.

fundamento em situação emergencial criada pela própria Administração Pública¹⁶⁸.

No caso referido, o TCU, sem considerar irregular a contratação, pois - de fato - havia emergência, aplicou penalidade pecuniária ao Presidente e ao Diretor de Planejamento e Coordenação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) por não terem adotado tempestivamente os procedimentos licitatórios para a prestação de serviços de publicidade relacionados à Campanha de Lançamento e Sustentação para o Censo Agropecuário e o Censo Populacional de 1996, omissão que culminou na criação de situação emergencial que serviu de pretexto para se realizar a dispensa de licitação com base no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

Na sequência, por ocasião da apreciação do Processo nº 008.403/1999-6, o egrégio Tribunal Administrativo, por decisão plenária, fixou clara e objetivamente a tese de que não há distinção entre emergência real e emergência fabricada para fins de aplicação da dispensa de licitação em análise, restando o julgado ementado da seguinte forma:

RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. QUESTÕES RELACIONADAS A LICITAÇÕES E CONTRATOS. DISPENSAS FUNDAMENTADAS EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO APRESENTADO PELO ADMINISTRADOR. NÃO-PROVIMENTO DO RECURSO APRESENTADO PELA EMPRESA. 1. A situação prevista no art. 24, VI, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. 2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas¹⁶⁹.

Vale destacar que, no voto condutor, consignou-se que a ausência de planejamento e a contratação direta fundamentada em situação de emergência caracterizam situações distintas,

¹⁶⁸ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 007.585/1999-7**. Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues. Decisão nº 46/2002 - Plenário. Data da Sessão: 27/02/2002.

¹⁶⁹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 008.403/1999-6**, Ministro Relator Aroldo Cedraz. Decisão nº 1876/2007 - Plenário. Data da Sessão: 12/09/2007.

não necessariamente excludentes, de modo que, caso o administrador deixe de adotar as providências emergenciais recomendáveis diante de uma situação de iminente perigo, ainda que causada por incúria administrativa, estará incorrendo em duplo erro.

No campo legislativo, deve-se ressaltar que a Lei 8.666/1993 não faz diferença quanto à origem da emergência, o que respalda o posicionamento atual alcançado pela doutrina especializada e também pelo Tribunal de Contas da União¹⁷⁰.

A "emergência fabricada", deste modo, também é apta a fundamentar a contratação direta em comento, principalmente porque os eventuais prejuízos aos interesses coletivos serão concretos, muito embora a origem tenha sido previsível e pudesse ter sido evitada pela Administração Pública.

Dever-se-á, portanto, proceder à contratação direta e instaurar o processo administrativo tendente a averiguar e punir os sujeitos responsáveis pela formação da situação emergencial.

4.2.2.2 - Emergência e a situação causada por obstrução judicial

O tópico precedente marcou a ideia de que a situação emergencial para fins de

¹⁷⁰ Em que pese não seja diretamente o tema deste trabalho, vale mencionar que a Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consigna em seu artigo 29, inciso XV, hipótese semelhante à contida no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, com a peculiaridade de constar expressamente no seu §2º que a contratação emergencial não dispensará a responsabilização, inclusive por improbidade administrativa, de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa à emergência, o que leva ao entendimento de que o legislador compreende a situação da mesma forma que se encontra a doutrina e a jurisprudência administrativa dominante: "Art. 29. É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: [...]XV - em situações de emergência, 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 e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos, observado o disposto no § 2º; [...]§ 2º A contratação direta com base no inciso XV do caput não dispensará a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa ao motivo ali descrito, inclusive no tocante ao disposto na Lei nº 8.429, de 2 junho de 1992".

contratação direta não possui uma origem necessária.

Tratando-se de situação anormal, que atente contra o interesse público através da possibilidade concreta e iminente de causar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, deve-se contratar diretamente a fim de afastar os eventuais efeitos negativos.

Diante deste quadro, questão interessante a ser analisada refere-se ao caso em que o procedimento licitatório, devidamente iniciado pela agente público, sofre paralização independentemente de qualquer atitude por parte da Administração Pública, como no caso de uma ordem judicial.

A título ilustrativo, pode-se mencionar o serviço de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos residenciais, cujo caráter contínuo e imprescindível impossibilita que haja a sua suspensão no âmbito de determinado Município.

Em regra, o Poder Público inicia o procedimento licitatório a tempo de finalizá-lo antes do término do contrato então vigente, justamente para que o novo contratante inicie a prestação dos serviços no dia subsequente ao prazo final do ajuste, sem solução de continuidade. No entanto, não raras são as oportunidades em que o Poder Judiciário é instado a analisar a questão, principalmente por outros interessados no certame, o que leva, por vezes, à suspensão cautelar - sem reversão imediata - do procedimento licitatório, impedindo a sua conclusão.

Neste ponto, inicia-se o dilema da Administração Pública, porquanto se aproxima o prazo final do ajuste sem que se possa finalizar o procedimento licitatório necessário à nova contratação de serviços imprescindíveis à coletividade.

Diante da emergência, a solução imediata, por sua vez, recai na contratação direta dos serviços com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, até que se ultime o procedimento licitatório. Com este posicionamento, situa-se Jorge Ulisses Jacoby Fernandes,

com referência expressa ao fato de que tais contratos funcionam como "contratos provisórios", já que deverão vigorar apenas até a conclusão do procedimento licitatório¹⁷¹.

Na mesma toada, Marçal Justen Filho detalha a questão de forma clara e objetiva, nos seguintes termos:

A Administração instaurara a licitação tempestivamente, mas, no curso do certame, recorreu-se ao Poder Judiciário e se obteve decisão vedando a contratação ou impondo observância de certas providências impeditivas da conclusão do certame. Logo, surge necessidade imperiosa a ser atendida e não há licitação respaldando a contratação. É o caso de contratação direta, fundada no inc. IV¹⁷².

Também nesta linha, Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino, exemplificando situações emergenciais, dispõem ser possível a contratação direta no caso de paralização judicial de procedimento licitatório de serviços essenciais e impostergáveis, desde que devidamente demonstrados os pressupostos da emergência¹⁷³.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça - STJ já teve oportunidade de se manifestar, conduzindo a questão no mesmo sentido acima exposto por ocasião do julgamento do Agravo Regimental apresentado no Pedido de Suspensão de Medida Liminar em Mandado de Segurança nº 2.476/SE:

SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA PARA SUSPENDER A CONTRATAÇÃO. LESÃO AO INTERESSE PÚBLICO NÃO CARACTERIZADA. A necessidade de prestar o serviço público deve ser compatibilizada com o respeito às regras da licitação; suspensão por ordem judicial a realização desta, a lesão ao interesse público pode ser evitada por meio de contratação emergencial. Agravo regimental não provido¹⁷⁴.

Vale destacar, ademais, que o autor acima citado adverte, contudo, que, a princípio, a

¹⁷¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 277.

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 413.

¹⁷³ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. Op. cit., p. 328.

¹⁷⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2.476/SE**. Corte Especial. Ministro Relator Ari Pargendler. Data do Julgamento: 01/07/2011.

contratação direta com fundamento na situação emergencial existente não poderá servir como instrumento de frustração da eficácia do provimento jurisdicional, como na situação em que o licitante desclassificado, que detinha a proposta de menor valor, obteve decisão impedindo a adjudicação em favor de terceiro.

Nestes casos, caberá a revogação do certame com fundamento no princípio da autotutela, somada necessariamente ao início de novo procedimento licitatório com a alteração das condições que foram objeto de impugnação, a fim de que não se frustrate a decisão judicial proferida.

Por outro lado, caso a Administração Pública entenda que o certame lançado é o único meio capaz de atingir a pretensão estatal, deverá aguardar a decisão judicial definitiva e, neste ínterim, valer-se de contrato emergencial com a contratação do próprio licitante desclassificado, visto que a sua proposta poderá mostrar-se como a mais vantajosas.¹⁷⁵

O importante, de todo modo, é que o Poder Público adote a medida necessária à tutela dos interesses públicos envolvidos na situação concreta, podendo se valer, se for o caso, de contratação direta fundamentada em situação emergencial.

4.2.2.3 - Emergência e a situação causada pelo contingenciamento de repasses de recursos

O federalismo cooperativo implica na realização conjunta e integrada de competências, através de convênios e outros ajustes, entre a União, os Estados e os Municípios, com o objetivo de satisfazer, de modo geral, o bem-estar da coletividade.

Nestes casos de atuação conjunta, em regra, a União opera através de repasses financeiros aos demais entes para a consecução das atividades materiais.

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 414.

Na mesma linha, a forma de organização da Administração Pública também implica em repasses por parte do ente federado, principalmente quando se vale de instituições autônomas para a execução de determinados serviços públicos, decorrentes da descentralização administrativa.

Ocorre que, por vezes, os repasses não são realizados de acordo com eventual cronograma existente, derivado de ajuste celebrado entre os interessados na consecução de determinado serviço público, o que inviabiliza a efetivação de todas as etapas de execução orçamentária, dificultando, inclusive, o cumprimento do necessário e prévio procedimento licitatório, conforme esclarece Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, cujo pensamento deduz certo grau de culpabilidade por parte da autoridade responsável pela transferência de recursos:

Com esse valioso arcabouço legal de rigor técnico elogiável, a prática demonstrou que, por uma sucessão de artifícios financeiros, as autoridades administrativas encarregadas de repasses de recursos iniciaram uma política de contingenciamento que, passou a implicar severa desobediência a esse comando. Assim, os dispêndios não eram programados nos limites estabelecidos; os repasses não visavam à realização dos programas, parecendo mesmo o contrário, isto é, que se efetivavam em tempo tal que a autoridade não pudesse cumprir o longo itinerário burocrático da realização da despesa, entre eles o mais detalhado: a licitação¹⁷⁶.

Nota-se que, para o presente trabalho, o grande questionamento recai sobre o modo pelo qual se pode executar os recursos dentro do prazo máximo eventualmente existente sem violar a legislação que trata a respeito de licitação pública.

Sob este cenário peculiar de atraso no repasse dos recursos financeiros e existência de um prazo máximo para utilizá-los, surgiram casos em que os gestores contrataram diretamente com base na dispensa de licitação fundamentada em situação emergencial.

Interessante fato neste sentido ocorreu com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, quando recebeu recursos do Ministério da Educação através de convênios para a contratação de serviços de instalação de rede de dados e aquisição de equipamentos de informática.

¹⁷⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 269.

Na ocasião, devido ao atraso no repasse financeiro para o cumprimento do objetivo previsto no ajuste celebrado pelas partes, o setor responsável pela contratação verificou que se fosse realizada a licitação, só seria possível efetuar o empenho da despesa quando os recursos já não estivessem mais disponíveis, o que levou a aplicação do artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

Ao analisar o caso, o Tribunal de Contas da União, nos autos do Processo nº 926.268/1998-8, entendeu que não houve prejuízo ao erário pela contratação direta, razão pela qual optou por relevar a ocorrência da infração, deixando de aplicar qualquer sanção para recomendar, dentre outras, que se estabelecessem rotinas procedimentais tendentes a prevenir a superveniência de situações similares e só se efetuasse a dispensa de licitação em questão nas hipóteses de real situação de emergência.

Pela pertinência, vale destacar os fragmentos da decisão do Tribunal Pleno que formalizaram este entendimento:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

[...]

8.2 - determinar à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 43, I, da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 194, II, do Regimento Interno, que:

8.2.1-somente promova dispensa de licitação, com fundamento no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, nas hipóteses de real situação de emergência ou urgência, conforme o entendimento desta Corte na Decisão nº 347/94 - TCU - Plenário (DOU de 21.6.94, p. 9029);

8.2.2- procure implementar, junto aos órgãos governamentais pertinentes, rotinas e procedimentos de modo que os repasses orçamentários e financeiros ocorram segundo cronogramas que viabilizem a aplicação do tipo e modalidade de licitação pertinentes para realização das despesas;

[...]

8.3 - determinar à Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação (Sesu) e à Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) que procurem implementar, junto às entidades de ensino e à Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Orçamento e Gestão, rotinas e procedimentos, de modo que os repasses orçamentários e financeiros ocorram segundo cronogramas que viabilizem

a aplicação do tipo e modalidade de licitação pertinentes para a realização das despesas; [...] ¹⁷⁷.

Destaca-se que, a princípio, não existiu a caracterização de qualquer situação emergencial, principalmente porque, de acordo com a decisão, não houve urgência de atendimento à situação que poderia causar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Mesmo assim a Corte Administrativa relevou a questão.

Para além deste ponto, oportuno dizer que é possível legitimamente enquadrar tais acontecimentos como emergência, desde que cumpridos os demais requisitos necessários à contratação direta com base neste fundamento.

Isto porque, como dito acima, a lei não faz diferença quanto à origem da emergência, podendo-se utilizar do instituto nos casos em que a situação anormal, composta de todos os pressupostos normativos para a sua caracterização, tenha surgido em razão do contingenciamento de recursos financeiros.

Neste caso, a hipótese se aproxima muito da "emergência fabricada", já que, além da sua previsibilidade, a inobservância dos procedimentos necessários à efetivação dos repasses ocorre, em regra, pela má gestão administrativa.

Como consequência, deveriam ser devidamente punidos os agentes públicos responsáveis pelo contingenciamento sem justo motivo dos recursos, tanto do órgão encarregado da transferência quanto do ente destinatário, de acordo com as atribuições de cada sujeito.

4.2.3 - Urgência de atendimento a um risco iminente de dano

Como exposto no tópico relativo aos aspectos gerais da dispensa de licitação objeto

¹⁷⁷ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 926.268/1998-8**, Ministro Relator Valmir Campelo. Decisão nº 524/1999 - Plenário. Data da Sessão: 11/08/1999.

da presente análise, a urgência é a pedra angular do dispositivo, já que editado para absorver os casos de emergência ou de calamidade pública incompatíveis com o tempo necessário à realização de todas as etapas do procedimento ordinário de licitação.

Esta urgência, contudo, conforme salienta Adilson de Abreu Dallari, "não é uma palavra oca, desprovida de conteúdo".¹⁷⁸

Carmen Lúcia Antunes da Rocha, sem se afastar das ideias leigas que permeiam a definição natural do termo, relaciona o conteúdo de urgência com a possibilidade de existir prejuízo ou perda de benefício em razão da lentidão de um determinado comportamento regular e conduz esta noção ao meio jurídico:

Urgente é o que não pode esperar sem que prejuízo se tenha pelo vagar ou que benefício se perca pela lentidão do comportamento regular, demasiado lerdo para a precisão que emergiu.

No Direito, o conceito de urgência não refoge a estas idéias que se alocam na definição leiga da palavra. Também o conteúdo jurídico da palavra urgência contém quer o sentido de tempo exíguo e momento imediato, de um lado, quer a idéia de necessidade especial e premente, de outro.

Urgência jurídica é, pois, a situação que ultrapassa a definição normativa regular de desempenho ordinário das funções do Poder Público pela premência de que se reveste e pela imperiosidade de atendimento da hipótese abordada, a demandar, assim, uma conduta especial em relação àquela que se nutre da normalidade aprazada institucionalmente¹⁷⁹.

Observa-se que, para fins jurídicos, a urgência refere-se à situação que não se adequa às funções desempenhadas normalmente pelo Poder Público, demandando uma conduta especial àquela que ordinariamente é adotada.

Lucas Rocha Furtado, por sua vez, sob a premissa de que a urgência liga-se à efetiva ocorrência de dano, dispõe que a justificativa da aplicação do dispositivo em exame deve partir da ponderação entre os eventuais prejuízos que poderão advir em razão do tempo necessário à realização do certame licitatório e à adoção imediata das providências imprescindíveis à tutela do interesse coletivo:

¹⁷⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Dispensa**. Op. cit., p. 02.

¹⁷⁹ ROCHA, Carmén Lúcia Antunes Rocha. **Conceito de urgência no direito público brasileiro**. In: Revista Trimestral de Direito Público - RTDP, nº 01. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 234.

Desse modo, diante de situação concreta, deve-se confrontar a obrigação de licitar com os possíveis prejuízos ou riscos que poderão resultar da demora na celebração do contrato diante da realização do procedimento licitatório. Se desse confronto concluir-se que a realização da licitação irá causar ou poderá vir a causar sérios prejuízos à Administração ou à sociedade em geral, será autorizada a contratação direta¹⁸⁰.

Na mesma toada posiciona-se Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, cujo entendimento denota a necessidade de que a situação excepcional seja dominada por uma urgência que, se não for imediatamente assegurada, possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares¹⁸¹.

Bem por isso é que o administrativista dispõe que o agente público, ao se valer do dispositivo, deve apresentar o risco da situação - potencial e iminente - e informar que, com a dispensa de licitação, poderá ser evitado.

Marçal Justen Filho destaca que, para a caracterização da urgência, deve haver a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano irreparável à integridade física ou mental de pessoas ou o perecimento e deterioração de bens:

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. [...] A expressão prejuízo deve ser interpretada com cautela, por comportar significações muito amplas. Não é qualquer "prejuízo" que autoriza dispensa de licitação. O prejuízo deverá ser irreparável. [...] O comprometimento à segurança significa o risco de destruição ou de sequelas à integridade física ou mental de pessoas ou, quanto a bens, o risco de seu perecimento ou deterioração¹⁸².

Nota-se que a urgência relaciona-se intrinsecamente com a existência de um risco iminente, que demanda atuação imediata, sob pena de causar prejuízos concretos e efetivos a pessoas ou bens.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, além da decisão citada alhures que

¹⁸⁰ FURTADO, Lucas Rocha. Op. cit., p. 152.

¹⁸¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 270-271.

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 405.

definiu a necessidade de que o risco seja concreto, efetivamente provável, iminente e especialmente gravoso, há, ainda, alguns outros julgados interessantes que abordam o conceito do pressuposto em análise.

Por ocasião do Acórdão nº 1.889/2006, a e. Corte de Contas definiu que é desprovido de amparo legal o contrato emergencial firmado em decorrência de dispensa de licitação quando o objeto almejado dependa de estudos preliminares, cujo tempo necessário para a conclusão descaracterize a urgência da contratação¹⁸³.

A urgência, pois, deve demandar atuação imediata, com o intuito de extirpar o risco concreto e potencial de dano irreparável existente.

Em outro momento, a Corte Administrativa afirmou também, nos autos do Processo nº 005.467/2003-2, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, que a urgência autorizadora da edição de medida provisória não legitima necessariamente a dispensa de licitação sob alegação de emergência, porquanto se trata de requisito de constitucionalidade formal que não se confunde a situação anormal imprescindível à contratação direta, que deve ser apurada concreta e especificamente¹⁸⁴.

Vale dizer que, no caso, o Tribunal de Contas da União afastou a alegação realizada por agente público no sentido de que a utilização de verba de fundo criado por Medida Provisória revelaria automaticamente a urgência necessária à dispensa de licitação.

A respeito da necessidade de existência de uma situação anormal que possa causar prejuízo, o Tribunal Administrativo salientou, através do Acórdão 1.020/2008, que os transtornos normais ao desafio de administrar não podem impedir o procedimento licitatório, regra que deve ser aplicada às situações que figurem dentro da rotina administrativa e não importem em risco para pessoa ou bens.¹⁸⁵

¹⁸³ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 006.182/2005-0**, Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Acórdão nº 1.889/2006 - Plenário. Data da Sessão: 11/10/2006.

¹⁸⁴ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 005.457/2003-2**. Ministro Relator Aroldo Cedraz. Acórdão nº 403/2007 - Plenário. Sessão de 21/03/2007.

¹⁸⁵ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 005.236/2005-8**. Ministro Relator Marcos Vinicius

Por fim, o TCU, por meio do Acórdão 8.356/2010, anotou que o artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, possui um caráter nitidamente voltado para a proteção física de pessoas e bens diante de acidentes e eventos calamitosos, podendo-se interpretar amplamente os prejuízos que poderão advir de uma determinada situação excepcional, visto que o dispositivo consagrou genericamente a expressão "que possa ocasionar prejuízo"¹⁸⁶.

Veja, deste modo, que o conceito de urgência liga-se à existência de uma situação extraordinária, a qual não se adequa à conduta normalmente adotada pela Administração Pública, o que leva à necessidade de atuar de forma especialmente célere, sob pena de causar prejuízo real e gravoso ao interesse público envolvido no caso.

Em outras palavras, caso a Administração Pública atuasse de forma ordinária, com a realização do procedimento licitatório comum nessas hipóteses anormais, as contratações das obras, dos serviços e das compras necessárias ao atendimento da situação certamente não iriam se concretizar a tempo de salvaguardar o interesse coletivo, causando-lhe danos irreparáveis.

Esta, portanto, é a ideia de urgência que deve restar caracterizada para fins de aplicação da dispensa de licitação em análise.

4.2.4 - Objeto contratual adequado

Como último pressuposto, importa abordar a necessidade de que a contratação direta sirva ao atendimento da situação emergencial ou de calamidade pública que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Vilaça. Acórdão nº 1.020/2008 - Primeira Câmara. Sessão de 08/04/2008.

¹⁸⁶ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Processo nº **025.812/2007-2**. Ministro Relator Augusto Nardes. Acórdão nº 8.356/2010 - Primeira Câmara. Sessão de 07/12/2010.

De acordo com Marçal Justen Filho, deve existir a demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para extirpar o risco concreto e potencial de dano irreparável existente, expondo-se a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano ou, *a contrario sensu*, entre a contratação e a supressão do risco de dano:

[...] 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, inexistente cabimento da dispensa de licitação. Trata-se, portanto, de expor a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano - ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano. [...] Ou seja, deverá indicar as medidas concretas através das quais a contratação evitará a concretização do dano. [...] Portanto, a Administração deve adotar a solução compatível com a necessidade que conduz à contratação¹⁸⁷.

Na mesma linha, Sidney Bittencourt dispõe que deve restar demonstrada a utilidade e a adequação da contratação direta, no sentido de que, com ela, o risco será efetivamente eliminado¹⁸⁸.

Na seara jurisprudencial, o Tribunal de Contas da União, além de claramente fixar, por ocasião da Decisão nº 347/1994, colacionada acima, a necessidade de que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado, tem reiterado esta orientação.

Em decisão recente, no bojo do Processo 004.063/2008-4, a e. Corte de Contas repisou a afirmação de que se deve restar evidente no procedimento de dispensa que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar o iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares¹⁸⁹.

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 407.

¹⁸⁸ BITTENCOURT, Sidney. Op. cit., p. 176.

¹⁸⁹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 004.063/2008-4**. Ministro Relator José Jorge. Acórdão nº 1.162/2014 - Plenário. Data da Sessão: 07/05/2014.

O objeto da contratação direta, portanto, deve ser capaz de efetivamente ilidir o risco que permeia a situação excepcional, sob pena da dispensa de licitação ser considerada irregular por parte dos órgãos de controle.

4.3 - Limites contratuais

Certo a respeito dos pressupostos necessários à realização da dispensa de licitação prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, e conseqüente contratação direta, torna-se essencial a análise dos limites contratuais fixados pelo dispositivo em voga, a fim de possibilitar que a sua aplicação ocorra de maneira esmerada, sem desvios ou imoralidades.

Conforme teor da parte final da norma, a contratação deve ser "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."

A partir da redação legal, Adilson de Abreu Dallari lembra que o texto atual do inciso "é o resultado de uma evolução determinada pelos abusos que foram ocorrendo ao longo do tempo, sob a desculpa de urgência, muitas vezes artificialmente criadas"¹⁹⁰.

Justamente por este motivo é que Jessé Torres Pereira Júnior enaltece as restrições, dispondo que a sua fixação reduziu o espaço discricionário do administrador, dificultando a ocorrência de abusos no âmbito da dispensa de licitação fundamentada em situações emergencial ou de calamidade pública¹⁹¹.

Aliás, referido autor destaca que os desmandos eram tantos que faziam o volume das aquisições sem licitação suplantar o daquele decorrente da competição pública - regra, em

¹⁹⁰ DALLARI, Adilson Abreu. **Dispensa**. Op. cit., p. 853.

¹⁹¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários**. Op. cit., 297.

tese.¹⁹²

Com a mesma ideia sobre a intenção de coibir o uso abusivo do permissivo legal, Sônia Yurico Tanaka secciona as restrições em dois limites, um relativo ao objeto contratual e outro, à vigência do contrato:

Entretanto, para coibir o uso abusivo desse permissivo legal, o legislador resolveu restringi-lo, ao estabelecer duas condições:

- a) os contratos somente poderão ser celebrados com o intuito de adquirir os bens ou parcelas de obras e serviços necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa;
- b) o prazo contratual deverá ser, no máximo, de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, sendo vedada a sua prorrogação¹⁹³.

Tais limitações tem fundamento também no caráter limitado e provisório do contrato celebrado com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, visto que, como lembra Joel de Menezes Niebuhr, devem servir "apenas para evitar o perecimento de interesse público, concedendo tempo à Administração para concluir o regular processo de licitação".¹⁹⁴

Em razão desta noção, aliás, é que se recomenda a inclusão de cláusula resolutiva nestes contratos, de modo que, a partir da celebração dos ajustes decorrentes de ordinário procedimento licitatório, sejam encerrados os contratos realizados com dispensa de licitação¹⁹⁵.

De outra banda, Marçal Justen Filho pondera que tais limitações possuem um caráter instrumental, sem qualquer finalidade própria ou autônoma, porquanto visam efetivar da melhor maneira possível a proteção estatal do interesse coletivo envolvido em determinada

¹⁹² Em percuciente trabalho, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes afirma que a primeira vez desde 1993 que o volume aplicado com licitação foi substancialmente superior ao das contratações diretas ocorreu apenas no ano de 2006. Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 147-155.

¹⁹³ TANAKA, Sônia Yurico. Op. cit., p. 33.

¹⁹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit., p. 265.

¹⁹⁵ Esta é a orientação que o Tribunal de Contas da União tem fixado em seus julgados, como na ocasião do Acórdão nº 667/2005, cuja redação do item 9.4.4 da decisão previu expressamente que "à medida que forem firmados os novos contratos, deverá ser encerrada a respectiva prestação de serviços exercida no âmbito do contrato emergencial". Cf. BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 001.605/2005-5**. Ministro Relator Augusto Sherman. Acórdão nº 667/2005 - Plenário. Data da Sessão: 25/05/2005.

situação excepcional, o que leva a necessidade de interpretá-las proporcionalmente conforme a anormalidade posta, afastando aplicações estanques e objetivas¹⁹⁶.

Relevante, portanto, que seja examinada especificamente cada uma das limitações, sempre com foco na concretização da real finalidade da norma autorizadora da dispensa de licitação, isto é, eliminar o iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, causado por uma situação emergencial ou calamitosa.

4.3.1 - Limites ao objeto contratual

O primeiro limite contratual relaciona-se ao objeto da contratação direta decorrente da dispensa de licitação fundamentada em uma situação emergencial ou de calamidade pública.

Em tópico precedente, demonstrou-se que tal objeto necessita ser a via adequada e efetiva para eliminar o iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Deve haver, pois, verdadeira relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano irreparável decorrente da situação excepcional. É necessário existir nexo direto entre a contratação com dispensa de licitação e o atendimento da situação emergencial ou calamitosa¹⁹⁷.

Desta relação necessária, deduz-se que não é possível efetuar a contratação de um objeto alheio à situação emergencial, isto é, que não sirva diretamente à eliminação do iminente risco de dano irreparável.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 412.

¹⁹⁷ GOMES, José Jarbas de Aguiar. **Dispensa de Licitação**. In: Ensaios de Cidadania 1: Licitações. TARIFA, José Benedito (coordenador). São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005, p. 84-116, p. 102.

Esta é a primeira restrição normativa que recai sobre o objeto da contratação direta em análise.

Como decorrência lógica da relação de causalidade-adequação, também há a imposição de que o objeto contratual não supere as ações estritamente necessárias à efetiva eliminação do risco. Eventuais intervenções que digam respeito à situação excepcional, mas que não sejam imprescindíveis à eliminação do risco devem ser objeto de contratação mediante o ordinário procedimento de licitação.

Daí a outra restrição legal fixada pela redação do artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993.

Nesta linha, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes afirma que não é possível contratar por dispensa de licitação objetos que não guardem relação direta com a anormalidade ou que transcendam o indispensável à eliminação do risco decorrente de uma situação emergencial ou calamitosa:

A redação do dispositivo indica que não é possível ao administrador pretender utilizar uma situação emergencial ou calamitosa para dispensar a licitação em aquisições que transcendam o objeto do contrato, que, nesses casos emergenciais, deve ser feito tão-somente no limite indispensável ao afastamento do risco. Haverá, assim, profunda correlação entre o objeto pretendido pela Administração e o interesse público a ser atendido. [...] A correlação entre o objeto do futuro contrato e o risco, limitado, cuja ocorrência se pretende evitar, deve ser íntima, sob pena de incidir o administrador em ilícita dispensa de licitação¹⁹⁸.

Na mesma toada, Sônia Yuriko Tanaka, além de dispor claramente sobre o tema, exemplifica a questão, apontando que no caso de uma enchente danificar gravemente um hospital, lícito seria obter medicamentos para socorrer os pacientes, mas não seria possível adquirir diretamente crachás para identificar os funcionários:

Conforme dissemos acima, o contrato a ser firmado deverá ter, por

¹⁹⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 271.

finalidade, o atendimento de situações originadas pela emergência ou calamidade e que, se não solucionadas imediatamente, acarretarão prejuízos irreparáveis à Administração ou aos particulares.

Para tanto, os contratos deverão visar o objeto necessário a esse atendimento, não havendo justificativas para a contratação de bens, serviços ou obras que não se relacione com a situação nociva à Administração ou particulares.

Numa enchente, por exemplo, que provoque estragos totais em um hospital, justifica-se a aquisição emergencial de medicamentos para socorrer os pacientes; contudo, não haveria justificativa para a compra de crachás de funcionários¹⁹⁹.

No âmbito jurisprudencial, o Tribunal de Contas da União deixa evidente esta linha de entendimento em seus julgados.

Por ocasião do Acórdão 2.190/2011 - Plenário, que examinou uma denúncia realizada em face do procedimento de contratação direta levada a efeito pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí para execução das obras do "Campus Paulistana", o eminente Ministro Relator consignou em seu voto que a contratação fundada no dispositivo em comento deve objetivar apenas a eliminação do risco iminente de prejuízo, bem como recomendou que o contratante fosse cientificado de que o objeto não poderia abranger itens que não guardassem pertinência com a situação emergencial do caso concreto²⁰⁰.

Em outra ocasião, no bojo dos autos do Processo nº 004.063/2008-4, a Corte Administrativa considerou irregular a dispensa de licitação realizada pelo Município de Natal, capital do Estado do Rio Grande do Norte, para reformar o então Estádio João Cláudio de Vasconcelos Machado, mais conhecido como "Machadão".

No caso, foram feitas diversas obras de recuperação estrutural no estádio, devido às más condições em que ele se encontrava. Ocorre que, como observou o ilustre Ministro Relator, bastaria que fosse interdito para que se afastasse o risco à segurança dos frequentadores, restando tempo suficiente para realizar o procedimento ordinário de licitação visando à contratação das obras:

¹⁹⁹ TANAKA, Sônia Yuriko. Op. cit., p. 33-34.

²⁰⁰ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 014.245/2011-6**. Ministro Relator José Jorge. Acórdão nº 2.190/2011 - Plenário. Data da Sessão: 17/08/2011.

7. Consoante o Voto condutor da deliberação recorrida, embora tenham sido invocados a manifestação e o laudo elaborados, respectivamente, pelo Setor de Engenharia da Secretaria de Esporte e Lazer e pelo Corpo de Bombeiros para justificar a contratação emergencial, em razão das más condições estruturais do estádio, a interdição do local bastaria para mitigar eventual riscos.

[...]

12. Com efeito, para que se caracterize a situação emergencial deve restar evidente no respectivo procedimento de dispensa que a contratação imediata é a via adequada e efetiva para eliminar iminente risco de dano ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

13. Nesse sentido, afigura-se correta a afirmação da unidade técnica de que, no caso, a urgência, como pressuposto para a contratação direta da obra, deveria se traduzir, por exemplo, em risco de desabamento, com a explicitação nos laudos técnicos quanto à necessidade imediata de realização de obras de reparo em face do risco maior de perda de instalações.

14. Todavia, em que pese os pronunciamentos técnicos indicarem a existência de graves problemas estruturais, observo que eles apenas apontavam como solução para o problema a interdição do local, de modo que tal providência, nos termos destacados pelo Ministério Público, “suspenderia, por si só, eventual risco à segurança dos frequentadores, e descaracterizaria a situação de urgência, possibilitando o regular procedimento licitatório”.

15. De outra parte, como também destacou o MP/TCU, o que realmente se pode inferir dos autos é que o único motivo a caracterizar a urgência na contratação seria a ascensão de agremiação esportiva local à séria “A” do campeonato brasileiro de futebol, o que do mesmo modo não justifica a dispensa da regular licitação, a teor do que dispõe o art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993²⁰¹.

Para além deste ponto, cumpre expor interessante análise realizada por Marçal Justen Filho. Mencionado autor aponta que, muito embora tais contratações devam se limitar à adoção das medidas necessárias à eliminação do risco, é possível que haja, em determinados momentos, a adoção de soluções definitivas e completas em razão da racionalidade no uso dos recursos públicos:

A contratação direta fundada no inc. IV do art. 24 deverá objetivar apenas a eliminação do risco de dano ou prejuízo.

[...] No entanto, não é viável afastar o cabimento de soluções definitivas e completas por meio de contratações emergências. Poderá configurar-se, no caso concreto, um imperativo de racionalidade no uso dos recursos públicos.

[...] Ou seja, não se pode impor à Administração Pública que mantenha uma atuação precária e onerosa, potencialmente apta a desencadear outros prejuízos, somente em homenagem à natureza limitada das contratações

²⁰¹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 004.063/2008-4**. Op. cit.

emergenciais²⁰².

O autor pondera que, nestas hipóteses, a contratação emergencial poderá apresentar cunho satisfativo, ocasião em que não se tratará de instrumento acessório e temporário, destinado a ser sucedido por outro contrato, de longa duração ou com conteúdo mais amplo²⁰³.

A relação da restrição, portanto, deve ser interpretada com razoabilidade e conforme a economicidade da situação, não devendo ser, de pronto, interpretada de modo estanque e objetivo, a fim de afastar em tese e sem o exame do caso concreto a adoção de uma solução definitiva, com maior abrangência.

Nesta linha, vale citar o Acórdão nº 135/2011, do Tribunal de Contas da União, oportunidade em que se considerou regular a contratação emergencial para a aquisição de microcomputadores realizada pela Eletronorte que objetivava a prevenção de problemas de geração e transmissão de energia em face do denominado "bug do milênio", ainda que existisse alternativa menos custosa, mas não com a mesma eficiência, como a aquisição de programas de correção, conforme apontado pela Unidade Técnica de Fiscalização:

Na situação em tela, a potencialidade do dano é evidente, ante as conseqüências indesejáveis que decorreriam de uma interrupção no fornecimento e distribuição de energia elétrica para os Estados do Acre, Amapá, Mato Grosso, Maranhão, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins. Da mesma forma, a contratação direta apresentava-se como solução adequada para que o risco fosse afastado. Observe-se que até poderiam existir outras alternativas, como aventou a Unidade Técnica. Mas não existem dúvidas de que a alternativa que maior segurança trazia à Eletronorte de que os problemas seriam resolvidos era exatamente a troca dos equipamentos²⁰⁴.

Como regra, destarte, só é possível contratar com dispensa de licitação objeto que tenha relação direta com a situação anormal e que seja imprescindível à eliminação do iminente risco de dano dela decorrente. Com outras palavras, não se pode contratar diretamente objeto alheio à situação de emergência ou de calamidade pública e que não seja

²⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 410-411.

²⁰³ *Ibidem*, p. 412.

²⁰⁴ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Processo nº **007.825/1999-4**. Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Decisão nº 135/2001 - Segunda Câmara. Data da Sessão: 07/06/2001.

estritamente necessário à supressão do risco de prejuízos aos interesses coletivos.

Excepcionalmente, contudo, diante das peculiaridades do caso concreto, é possível que a contratação abranja soluções mais amplas, de caráter definitivo e completo, em homenagem ao princípio da eficiência e da razoabilidade.

4.3.2 - Limites à vigência do contrato

A segunda restrição posta pela norma objeto de exame, refere-se à vigência do contrato.

De acordo com a redação do artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, somente é possível contratar de forma emergencial 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.

Em tese, o preceito normativo estabelece três regras relativas à vigência contratual. Impõe um prazo máximo de duração aos contratos celebrados, trata da forma de sua contagem e veda a respectiva prorrogação.

Sobre a forma de sua contagem, deve-se registrar, como observa Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que o prazo em questão conta-se a partir da ocorrência do fato considerado "emergencial" ou ensejador da decretação da calamidade, ainda que, neste último caso, a publicação do ato tenha ocorrido em momento posterior²⁰⁵.

A respeito do prazo máximo fixado e da vedação de prorrogação contratual, a partir do exame da doutrina especializada, verifica-se que não há unanimidade quanto à

²⁰⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 274.

interpretação e aplicação do dispositivo citado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a interpretação deve ser objetiva. Isto é, além de não ser possível prorrogar o contrato eventualmente celebrado, caso haja a necessidade da previsão de um lapso temporal maior que 180 (cento e oitenta) dias, a licitação torna-se obrigatória²⁰⁶.

Lucas Rocha Furtado, por sua vez, inicia seu entendimento a partir de uma diferenciação entre os termos "renovação" e "prorrogação" contratual²⁰⁷.

Para o autor, a renovação da vigência do contrato ocorre quando há a fixação de um novo período contratual para o ajuste que se encontra em vias de extinção por decurso de seu prazo. Cita, como exemplo, a renovação por mais dozes meses de um contrato que possuía inicialmente dozes meses de vigência.

A prorrogação da vigência contratual, por seu turno, refere-se à postergação do início da execução do objeto previsto em contrato que tenha um prazo certo para ser finalizado. A título ilustrativo, menciona a execução de obra que deveria iniciar em uma determinada data, com prazo de execução de 30 dias, mas que, por fatores alheios à vontade das partes, sofre um atraso, oportunidade em que o prazo da vigência do contrato fica automaticamente prorrogado.

Diante deste contexto, entende o administrativista que o dispositivo legal vedou, em verdade, a renovação dos contratos emergenciais, de sorte que tais ajustes, em razão da superveniência de situações excepcionais e estranhas à vontade das partes, apenas podem sofrer prorrogação em seus prazos de início e de conclusão, não sendo viável a respectiva renovação.

Sidney Bittencourt²⁰⁸, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, sem realizar a distinção terminológica acima encartada, compreendem que a restrição de 180 (cento e

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito**. Op. cit., 434.

²⁰⁷ FURTADO, Lucas Rocha. Op. cit., p. 155-156.

²⁰⁸ BITTENCOURT, Sidney. Op. cit., p. 177.

oitenta) dias destina-se apenas à contratação de obras e serviços, sendo admissível a sua extensão na hipótese em que a conclusão do objeto contratual, que inicialmente era passível de ser concluída dentro do prazo, seja inviabilizada por causa superveniente. Se logo de início for inviável a conclusão dentro do prazo mencionado, deve-se realizar o procedimento ordinário de licitação. Para a aquisição direta de bens, anotam os autores que não há limite de tempo, podendo ocorrer enquanto perdurar a situação que fundamentou a dispensa de licitação:

A limitação legal temporal (180 dias), inexistente no Decreto-lei 2.300, tem sido geradora de equívocos que nos parecem desnecessários. Em nosso pensamento:

- a) o prazo em tela se aplica, exclusivamente, à contratação de obras e serviços capazes de serem concluídos nesse lapso;
- b) se previsivelmente for impossível submeter obras e serviços a esse tempo, haverá de se promover a licitação;
- c) se a previsão originária razoável era de conclusão no prazo mencionado, vindo a ser supervenientemente inviabilizada a conclusão pode-se, em princípio, cogitar de extensão e aditamento contratuais, segundo as considerações que, adiante, sobre esses temas serão expendidas;
- d) a aquisição direta de bens, necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa, não está dependente do prazo em referência, continuando viável por toda a duração da situação excepcional²⁰⁹.

Na mesma linha, situam-se Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino, cujo entendimento conduz à possibilidade de se realizar um novo contrato direto, inclusive com o mesmo fornecedor, caso ocorra outro estado emergencial ou calamitoso dentro dos cento e oitenta dias previstos no dispositivo legal. De forma objetiva, expõem os autores que "o que se veda é a prorrogação de um mesmo contrato, para além de cento e oitenta dias"²¹⁰.

Também neste sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes acrescenta que, caso haja uma nova situação que implique a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, deve-se firmar um novo contrato, não se aplicando, em princípio, as hipóteses de prorrogação previstas no artigo 57, §1º, da Lei nº 8.666/1993²¹¹.

Hely Lopes Meirelles, sem limitar a aplicação da restrição legal, tratou do tema com

²⁰⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. Op. cit., 49.

²¹⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. Op. cit., p. 329.

²¹¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 273.

o entendimento de que a baliza anunciada pelo dispositivo em comento não pode ser interpretada de forma absoluta, uma vez que existem situações em que a prorrogação será indispensável, mormente no caso de calamidades públicas²¹².

Neste sentido, também se posicionam Jessé Torres Pereira Júnior²¹³ e José dos Santos Carvalho Filho, para quem, em princípio, o prazo deve ser considerado definitivo, mas, em atenção ao "espírito da norma", não se pode afastar a possibilidade de sua flexibilização quando inviável a sua observância sem culpa da Administração Pública.²¹⁴

Marçal Justen Filho dispõe peremptoriamente que o dispositivo não pode ser interpretado de modo absoluto, devendo sempre ponderar as restrições legais em face da tutela dos interesses coletivos envolvidos na ocasião concreta.

De acordo com o administrativista, além dos casos em que ocorrem outras situações emergencial ou calamitosa no curso da vigência do contrato firmado por dispensa de licitação com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, é possível que haja uma circunstância anormal que demande uma atuação por mais de 180 (cento e oitenta) dias para eliminar o risco de dano dela decorrente, ocasião em que o contrato poderá e deverá necessariamente superar a restrição legal:

Considerações similares podem ser desenvolvidas a propósito do prazo limite à vigência dos contratos emergenciais. O dispositivo legal determina que o prazo da execução do contrato não deve superar 180 dias (vedada a prorrogação).

[...] No entanto, ainda que indesejável, a prorrogação não pode ser proibida. Nesse ponto, a lei deve ser interpretada em termos. A prorrogação poderá ocorrer, dependendo das circunstâncias supervenientes. Embora improvável, poderiam suceder-se duas calamidades em uma mesma região, de modo que a segunda impedisse a regular execução do contrato firmado para atender situação emergencial criada pelo evento anterior.

Por outro lado, não se pode descartar de modo absoluto a possibilidade de situações concretas em que a eliminação do risco de dano envolva uma atuação que ultrapassará necessariamente o prazo de 180 dias.

[...] Por isso, o próprio limite de 180 dias deve ser interpretado com cautela. Afigura-se claro que tal dimensionamento pode e deve ser ultrapassado, se

²¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação**. Op. cit., p. 147-148.

²¹³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Op. cit., p. 300.

²¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 258-259.

essa alternativa for indispensável a evitar o perecimento do interesse a ser protegido²¹⁵.

Citado autor ilustra a situação com a hipótese de um acidente em uma usina termonuclear, que demande intervenções necessárias à eliminação do risco de dano por mais de 180 (cento e oitenta) dias, sem qualquer outra alternativa. Neste caso, não se poderá deixar de atuar imediatamente ou não realizar as ações necessárias à eliminação do risco, em homenagem às restrições legais e em detrimento dos interesses coletivos envolvidos no caso. O contrato deverá ser efetivamente firmado, ainda que por um período superior ao prazo legal²¹⁶.

No campo de periódicos especializados, a Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC) veiculou artigo do jurista Alberto Sanz Sogayar que, com fundamento no princípio da finalidade, concluiu que o prazo de 180 (cento e oitenta) dias pode ser prorrogado pelo período necessário, a fim de atender ao interesse público, desde que haja circunstâncias externas que guardem íntima relação com o escopo do contrato e que inviabilizem a conclusão das obras dentro do prazo inicialmente fixado²¹⁷.

Posteriormente, a Consultoria do mencionado Informativo publicou orientação jurídica na mesma linha, com a conclusão de que é possível a prorrogação ou a renovação do contrato de emergência para além dos 180 (cento e oitenta) dias, "desde que fundamentado em fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato"²¹⁸.

No âmbito da jurisprudência administrativa, constata-se que o entendimento sobre as limitações relativas à vigência do contrato firmado com base no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, alinha-se à posição que não a interpreta de modo absoluto, admitindo certa flexibilidade.

²¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op.cit., p. 411-412.

²¹⁶ Ibidem, p. 411.

²¹⁷ SOGAYAR, Alberto Sanz. **A questão relativa à vigência contratual no tocante à contratação sem licitação decorrente de emergência ou calamidade pública**. In: Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), nº 36/100-102. Curitiba, fev./1997, p. 102.

²¹⁸ ZENITE, Consultoria. **A atenuação do limite de 180 dias de duração dos contratos por emergências**. In: Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), nº 82/1010-1013. Curitiba, dez./2000, p. 1.012.

Nos autos do Processo nº 010.760/2009-4, em que se analisou contratações emergenciais das obras do Porto de Itajaí, o plenário do Tribunal de Contas da União acordou em recomendar, dentre outras, que fossem realizadas, quando necessárias, novos contratos emergências, mantendo-se ou não os antigos fornecedores, a depender da economicidade para os cofres públicos, bem como anotou a possibilidade de, em caráter excepcional, prorrogar contratos emergências vigentes, especialmente para a realização de ação cuja urgência não podia aguardar a celebração de novos ajustes. Da análise do voto do Ministro Relator, extrai-se os seguintes excertos interessantes ao tema:

[...] 71. Em análise preliminar, eu tenderia a considerar mais adequada a conclusão a que chegou Ministério Público junto a este Tribunal, no sentido de que a melhor solução seria a celebração de novos contratos emergenciais, com base no art. 24, IV, da Lei 8.666/93, que teriam por objeto as obras não realizadas ainda consideradas emergenciais.

[...]

73. Em vista dessa premência de tempo, considero relevante se mantenha a possibilidade de a SEP/PR, sempre a seu fundamentado juízo, prorrogar os contratos emergenciais já celebrados, ainda que apenas para a consecução desse objetivo, de forma a aproveitar a mobilização e maquinário já presentes na área do porto, adquirir os materiais ainda necessários e iniciar/continuar os serviços sem lapso maior de tempo.

74. Assim, e com fundamento nos pareceres acostados aos autos, entendo que as ações a serem adotadas pela SEP/PR (sem exclusão de outras não suscitadas nos presentes autos) podem ser resumidas da seguinte forma:

reavaliar a situação de emergência atualmente existente no Porto de Itajaí, com apoio nas informações disponíveis, redefinindo e especificando as obras que podem ser correlacionadas à solução da situação emergencial subsistente; em vista da aproximação de nova estação chuvosa, adotar providências urgentes no sentido de evitar a ampliação dos danos no porto e sua extensão para a área urbana de Itajaí (parágrafos 25 e 26 do ofício encaminhado pela SEP/PR);

complementar, corrigir e aprovar os projetos e orçamentos das obras a serem executadas emergencialmente;

para as situações enquadráveis nos itens “a” e “b” acima, e após adotar as medidas referidas no item “c”, proceder à prorrogação dos contratos já celebrados, ou à nova celebração de contratos em caráter emergencial, a seu fundamentado juízo²¹⁹.

Nota-se que o julgado possibilita que sejam prorrogados os contratos já pactuados ou que se celebrem novos contratos em caráter emergencial, de acordo com a conveniência da

²¹⁹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 010.760/2009-4**. Ministro Relator Augusto Sherman. Acórdão nº 1.901/2009 - Plenário. Data da Sessão: 26/08/2009.

Administração Pública.

Em outra ocasião, no bojo do Processo nº 019.362/2010-2, no qual se examinava as contratações diretas realizadas com fundamento no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, decorrentes da situação urgente em que o Estado de Pernambuco se encontrava devido às intensas e extraordinárias chuvas, que causaram a necessidade de atuar, de forma excepcional, por prazo superior ao limite previsto no mencionado dispositivo, a egrégia Corte de Contas, com fundamento nos princípios da finalidade e da razoabilidade, entendeu pela possibilidade de se ultrapassar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, desde que se restringissem às ações necessárias à eliminação do risco e estivesse presente a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar grave prejuízo. Vale consignar o seguinte trecho do voto condutor:

A segunda questão refere-se à prorrogação dos contratos em vigor pelo prazo necessário à finalização das obras em andamento, de forma que seria extrapolado o prazo de 180 dias fixado no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93.

Ora, se os bens contratados são necessários para o atendimento da situação emergencial e essa situação emergencial ainda persiste, o interesse público demanda que a execução contratual continue após o prazo legal para serem adequadamente tutelados os bens jurídicos que a contratação sem licitação buscou preservar.

Cito como exemplo a reconstrução das diversas pontes destruídas pela ação das chuvas. Nas hipóteses em que sua reconstrução demorar mais de 180 dias, não seria razoável interromper a execução contratual após esse prazo e celebrar novo contrato com outro executor. Além do atraso na conclusão da obra, aumentado o isolamento de comunidades e comprometendo a segurança e saúde dessas pessoas, haveria prejuízos econômicos em razão dos custos adicionais de mobilização e desmobilização do empreendimento como um todo.

Essas obras ademais, em princípio, não são viáveis técnica e economicamente para serem divididas em parcelas. Assim, não caberia a contratação de uma primeira parcela sem licitação seguida de uma nova contratação decorrente de licitação.

[...]

De todo o antes exposto, em tendo sido a contratação emergencial efetuada de acordo com o estatuto de licitações, entendo ser possível que a vigência contratual extrapole excepcionalmente o prazo máximo fixado em lei²²⁰.

Por derradeiro, vale citar o Acórdão nº 106/2011, proferido nos autos do Processo nº

²²⁰ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 019.362/2010-2**. Ministro Relator Benjamin Zymler. Acórdão nº 3.238/2010 - Plenário. Data da Sessão: 01/12/2010.

020.159/2010-2, no qual a Corte Administrativa também se posicionou pela possibilidade de se ultrapassar o limite referente ao prazo de vigência fixado no dispositivo legal sob análise, restando o voto condutor lavrado com o seguinte trecho:

16. Considero que tal posição se aplica aos três casos apresentados pelo Governador do Estado de Alagoas. Tanto na hipótese de obras já contratadas, com execução iniciada ou não, quanto naquelas ainda a contratar, vislumbro a possibilidade de ser ultrapassado o limite legal de 180 dias, desde que persista a situação de urgência com risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e que as referidas obras sejam estritamente necessárias para o atendimento da situação emergencial ou calamitosa²²¹.

Diante do cenário apresentado, pode-se concluir que as limitações à vigência do contrato celebrado sem a realização do procedimento ordinário de licitação, decorrente de situação emergencial ou calamitosa, não devem ser interpretadas de modo absoluto, sem qualquer razoabilidade e alheio ao risco de dano presente no caso concreto.

Em regra, deve-se segui-las. Excepcionalmente, conforme a realidade da situação anormal e em homenagem à tutela do interesse coletivo envolvido no caso concreto, verdadeira finalidade normativa da regra sob análise, pode-se ultrapassar o limite de 180 (cento e oitenta) dias, desde que presentes os requisitos autorizadores da contratação direta em questão, seja por meio da prorrogação do contrato eventualmente existente, seja através da celebração de um novo contrato, a depender do juízo de conveniência da Administração Pública, realizado com base na economicidade e eficiência das ações necessárias à eliminação do risco de dano existente.

4.4 - Flexibilização Procedimental

Em momento anterior, o presente trabalho tratou da formalização das contratações diretas como um todo. Restou consolidado que não há qualquer liberdade desmedida ou

²²¹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 020.159/2010-2**. Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Acórdão nº 106/2011 - Plenário. Data da Sessão: 26/01/2011.

imotivada para o agente público.

Ao contrário, como qualquer ato administrativo, possui formalidades a serem seguidas - mais simplificadas, em verdade, quando comparadas com a forma relativa à licitação ordinária.

Deve-se instruir, em síntese, o procedimento com a razão da escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço, além da caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa. No caso de contratação de obras e serviços, também é necessário que haja a prévia elaboração de projeto básico e de planilha de custos, além da demonstração de adequação orçamentária.

Tudo com a finalidade de cumprir com o objetivo da licitação, qual seja, selecionar a proposta mais vantajosa possível para a Administração Pública, com total atenção ao princípio constitucional da isonomia, sem qualquer atuação subjetiva arbitrária.

Ocorre que, por vezes, nos casos de contratação direta fundamentada em situações emergenciais ou de calamidade pública não há tempo suficiente para cumprir tais formalidades, o que leva a necessidade de flexibilizar o simplificado procedimento de contratação, sob pena de causar, na hipótese de cumprimento de toda burocracia, prejuízos irreparáveis a valores fundamentais do ordenamento jurídico, como a vida dos seres humanos. Nesta linha, esclarece Sidney Bittencourt:

Conforme se verá com mais detalhes posteriormente, tanto na dispensa quando na inexigibilidade (a ser verificada quando da análise do art. 25), a lei, no art. 26, impõe regras procedimentais mais simples, porém obrigatórias, para a seleção do contratado, uma vez que a não realização de licitação não determina a ausência de prévias formalidades. Entretanto, na hipótese de contratação por emergência, evidencia-se que essa providência, não raro, restará prejudicada, a não ser, é claro, pela caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa (inc. I do art. 26)²²².

O administrativista ilustra a questão dispondo que seria inimaginável que o Poder

²²² BITTENCOURT, Sidney. Op. cit., p. 182.

Público aguardasse "certo período procedimental, com uma sequência de atos formais, ainda que rápidos, no caso de iminente risco de desabamento de uma obra"²²³.

Não haveria qualquer razoabilidade caso se optasse por este tipo de atuação. Em verdade, desrespeitaria a própria finalidade da norma que autorizou a contratação direta nas situações anormais para que fosse afastado o iminente risco de dano irreparável a pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Marçal Justen Filho, ao tratar sobre o tema, anota que somente em hipóteses-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento das formalidades necessárias às contratações diretas, como no caso das contratações emergenciais em que a demora, embora mínima, colocasse em risco a satisfação de valores que norteiam a atividade administrativa²²⁴.

O autor ainda destaca que, muito embora a dispensa de licitação fundamentada em hipóteses emergenciais ou de calamidade pública tenha, em si, a necessidade de atuação urgente, o que já leva à superação de seu procedimento ordinário, a flexibilização procedimental somente pode ocorrer nas situações excepcionais em que o tempo configurar elemento extremamente escasso:

Deve destacar-se que as situações reconduzíveis à hipótese do inc. IV não são idênticas entre si. Em todos os casos, a emergência significará a impossibilidade de aguardar o decurso do prazo normal da licitação. Mas o risco de consumação de danos irreparáveis nunca apresentará dimensão temporal idêntica. Em certas hipóteses, a Administração disporá de alguns dias para promover a contratação. Em outros casos, a contratação deverá ocorrer no prazo de horas (senão minutos).

A avaliação das formalidades cabíveis para produzir a contratação deverá tomar em vista essas circunstâncias. Quanto maior a extensão temporal de que dispuser a Administração, tanto mais extensas e cuidadosas deverão ser as formalidades da Administração para evitar contratação nociva e assegurar a mais ampla participação possível de interessados²²⁵.

Nota-se que o entendimento conduz a uma relação entre o tempo existente para que o

²²³ Idem.

²²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 391.

²²⁵ Ibidem, p. 415.

Poder Público atue a fim de evitar a ocorrência de prejuízos irreparáveis e a extensão dos procedimentos a serem adotados, de modo que quanto maior aquele, maior será a quantidade e a complexidade dos atos a serem formalizados para a contratação.

Bem por isso é que o jurista recomenda que cada ente federativo edite normas para regulamentar o procedimento a ser realizado por ocasião do incidente de situações emergenciais ou de calamidade pública de caráter extremo²²⁶, sem que haja qualquer atraso na atuação administrativa, capaz de causar prejuízo irreparável aos interesses coletivos envolvidos no caso concreto²²⁷.

Deve-se registrar, por fim, que, após a imediata atuação, o Poder Público deverá formalizar a contratação, cumprindo, na medida do possível, com o disposto na legislação que trata da matéria.

Flexível, destarte, o procedimento relativo à formalização da contratação direta necessária ao atendimento de situações emergenciais ou de calamidade pública que possuam caráter gravíssimo, em que o tempo configure elemento extraordinariamente reduzido.

Em tais casos, deve a Administração Pública atuar imediatamente para afastar o risco de dano irreparável existente no caso concreto, podendo, dentre outros, valer-se, de um projeto básico simplificado ou, até mesmo, de acordo com a doutrina, de uma contratação verbal, conforme se demonstrará a seguir.

²²⁶ Ibidem, p. 392.

²²⁷ A título exemplificativo, vale citar que o Município de São Paulo previu no artigo 45 do Decreto Municipal nº 44.279/2003, que dispõe sobre o processo de licitação, a possibilidade de se atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos firmados diante de uma situação de comprovada urgência, em que eventual demora para a prévia celebração do ajuste possa acarretar danos irreparáveis, *in verbis*:

Art. 45. É vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por este decreto, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa.

Parágrafo único. O disposto no "caput" não se aplica às hipóteses do artigo 24, IV, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quando, diante de comprovada urgência, eventual demora para prévia celebração do contrato possa acarretar danos irreparáveis, situação em que sua formalização dar-se-á oportunamente, convalidando a contratação de obra, fornecimento ou serviço, cuja execução já se tenha iniciado.

4.4.1 - Projeto básico simplificado

Como salientado em tópicos precedentes, o artigo 7º, § 2º e §9º, da Lei nº 8.666/1993, dispõe que a contratação direta de obras e serviços deve conter, dentre outros requisitos, projeto básico, devidamente detalhado com o fim de especificar precisamente o objeto que será executado.

O artigo 6º, inciso IX, da norma acima citada, delimita o conceito e os elementos técnicos necessários à elaboração do projeto básico, valendo mencionar o seu texto em razão da clareza técnica:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados; [...].

No entanto, devido à urgência extrema de algumas situações emergenciais ou de calamidade pública, nem sempre há tempo suficiente para a prévia elaboração do documento

em questão, de forma completa e adequada ao objeto contratual.

Ao apreciar a matéria no bojo do Processo nº 007.965/2008-1, o Tribunal de Contas da União posicionou-se no sentido de que, nestes casos, é possível que se realize, inclusive de modo concomitante à atuação do Poder Público, um projeto básico simplificado, que não contenha todos os elementos previstos na legislação:

1.6. determinar [...] 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; [...]²²⁸

Vale destacar que a decisão se coaduna com o texto do artigo 5º, inciso III, da Resolução nº 361/1991, do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia - CONFEA, cuja redação, de longa data, prevê que, em tais situações, poderá ser realizado um projeto básico que não contenha todas as características previstas na legislação pertinente²²⁹.

Joel de Menezes Niebuhr adverte que este entendimento deve ser aplicado de modo restritivo, para abranger apenas atuações transitórias e imediatas por parte da Administração Pública em situações excepcionais, uma vez que a ausência de projeto básico significa que a obra ou serviço “não é devidamente planejada, não é precedida de estudos adequados, por

²²⁸ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 007.965/2008-1**. Ministro Relator Valmir Campelo. Acórdão nº 943/2011 - Plenário. Data da Sessão: 13/04/2011.

²²⁹ Art. 5º - Poderá ser dispensado o Projeto Básico com as características descritas nos artigos anteriores, para os empreendimentos realizados nas seguintes situações:

I - nos casos de guerra ou graves perturbações da ordem;

II - nos casos de obras ou serviços de pequeno porte, isolados e sem complexidade técnica de gerenciamento e execução;

III - nos casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos e privados.

Parágrafo único - O responsável técnico do órgão contratante deverá justificar a urgência para o atendimento dos casos de emergência, referida neste artigo, emitindo respectivo laudo técnico com Anotação de Responsabilidade Técnica - ART.

efeito do que há risco acentuado de ocorrer problemas sérios no futuro, comprometendo investimentos públicos e a própria segurança física de agentes administrativos”.²³⁰

Na mesma linha, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes pondera que somente em situações extremas seria aceitável dispensar o projeto básico:

Por maior que seja a necessidade da contratação, o projeto básico é um elemento fundamental da própria realização do objeto. Seria concebível que alguém firmasse um contrato sem saber o que está contratando? Certamente não. Por esse motivo só em situações excepcionalíssimas – nas quais o requisito de urgência de atendimento se apresente ao extremo é admissível a dispensa do projeto básico e de outras formalidades²³¹.

Pode-se concluir, deste modo, que apesar do projeto básico constituir requisito de grande importância para fins de execução de objeto relacionado a obras ou serviços de engenharia, é possível excepcionalmente que a sua elaboração ocorra de forma simplificada, inclusive em concomitância com a atuação administrativa, nos casos de situação em que a urgência configure elemento extremo, de modo que qualquer atraso nas ações a serem adotadas, por menor que ocorra, seja capaz de causar prejuízo irreparável a pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

4.4.2 - Contrato verbal

Ressalvados os casos de pequenas compras de pronto pagamento, o artigo 60 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que os ajustes celebrados pela Administração Pública devem ser escritos e pactuados pela autoridade competente de forma prévia a qualquer atuação, sendo nulo e de nenhum efeito o contrato verbal²³².

²³⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. cit., p. 269.

²³¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 272.

²³² Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Esta é a regra. No entanto, assim como descrito no tópico anterior, pode ser que ocorram situações emergenciais ou de calamidade pública em que a urgência configure elemento extremo, demandando uma atuação imediata do poder público com a finalidade de afastar o risco iminente de prejuízo irreparável a pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Nestes casos, de maneira excepcional, flexibiliza-se a regra contida no artigo acima mencionado em prol da tutela de outros interesses coletivos que possuem maior relevância para a sociedade, de modo que a atuação pública ocorra imediatamente, celebrando-se eventual ajuste de forma verbal com os particulares interessados e, posteriormente, reduzindo-o a termo, com todas as formalidades legais aplicáveis ao caso.

Não seria razoável e nem atenderia à finalidade da norma prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, cogitar que a Administração Pública deixasse de atuar em uma situação anormal, de extremo risco de dano a pessoas, em tutela da vida, por exemplo, para que se cumprisse a formalidade legal de se realizar um contrato escrito e prévio à ação administrativa.

Sob este contexto, Marçal Justen Filho pontua que nenhum dispositivo legal pode superar valores de ordem constitucional, o que faz com que, nestes casos, de extrema urgência, seja possível a celebração de contrato verbal:

Não se poderá exigir que a Administração produza formalismos que delonguem o início da execução das providenciais indispensáveis. A hipótese não pode afastar nem sequer a contratação verbal, a ser formalizada por escrito posteriormente. A determinação do art. 60, parágrafo único, da Lei de Licitação não é obstáculo a tanto, eis que nenhum dispositivo infraconstitucional poderia impedir o cumprimento de deveres de diligência impostos constitucionalmente à Administração Pública. Entre realizar contrato escrito, propiciando a ocorrência de dano irreparável, e evitar o dano mediante contratação verbal põe-se relação equivalente ao falso dilema entre cumprir as determinações da Lei ou as da Constituição. É evidente que

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

prevalecem as determinações constitucionais sobre as legais²³³.

Também se posicionam nesta linha Sidney Bittencourt²³⁴, Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino²³⁵, cujo entendimento conduz a necessidade de que seja formalizado o instrumento contratual logo em seguida à autorização verbal e a respectiva intervenção de caráter imprescindível.

Esta parece ser a compreensão que mais se adequa aos ditames normativos do ordenamento jurídico como um todo. Muito embora supere expressamente a dicção legal contida no artigo 60 da Lei 8.666/1993, não se qualifica como uma violação normativa, já que opera cumprimento a outros valores jurídicos, de caráter mais denso que a formalidade dos atos administrativos, como o direito à vida, conforme acima disposto.

²³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários**. Op. cit., p. 415.

²³⁴ BITTENCOURT, Sidney. Op. cit., p. 182.

²³⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. Op. cit., p. 328.

5 - SUPERAÇÕES LEGAIS A PARTIR DE UMA ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA

5.1 – Aspectos introdutórios

No decorrer deste trabalho, examinou-se a interpretação e aplicação do texto normativo contido no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, tanto através da doutrina especializada como por meio do exame de casos concretos apreciados pelo Tribunal de Contas da União.

Em diversas oportunidades, demonstrou-se que o entendimento sobre o tema afasta-se da mera interpretação e aplicação literal do dispositivo. Algumas vezes, inclusive, vai de encontro ao expresso texto da regra.

Estas situações excepcionais ocorreram, principalmente, quando se analisou a matéria relativa aos limites contratuais e à flexibilização procedimental.

Quanto ao primeiro, verificou-se a possibilidade de se contratar diretamente objeto de caráter amplo, necessário à adoção de soluções definitivas e completas, muito embora a norma preveja que o ajuste deva se limitar ao atendimento pontual e imprescindível à eliminação do risco iminente de dano decorrente de situações emergenciais ou de calamidade pública.

Além disso, apesar do artigo em questão dispor que os contratos pactuados deverão observar o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, sendo vedada a prorrogação dos respectivos ajustes, também se constatou a viabilidade de ultrapassar o mencionado período de vigência, inclusive por meio da prorrogação dos instrumentos celebrados.

Com referência ao segundo, observou-se a possibilidade de se contratar com terceiros sem o cumprimento das formalidades prévias e necessárias às contratações diretas.

De modo específico, com relação à necessidade de se apresentar previamente ao início das ações um projeto básico nos casos de execução de objeto relacionado a obras ou serviços de engenharia (artigo, 7º, §2º e §9º da Lei nº 8.666/1993), com os elementos previstos no artigo 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993, concluiu-se pela possibilidade de se elaborar um documento de caráter simplificado, inclusive de forma concomitante à atuação administrativa, sem a previsão de todos os requisitos contidos no dispositivo citado.

Na mesma linha, verificou-se a viabilidade de se realizar contratação verbal, muito embora o artigo 60 da Lei nº 8.666/1993 expresse a necessidade de que os contratos firmados pela Administração Pública sejam escritos, sendo nulo e de nenhum efeito a celebração daquela forma de ajuste.

Nota-se que tais desfechos, fundamentados, como dito acima, na doutrina especializada e na jurisprudência da Corte de Contas da União, superam os textos legais que tratam da respectiva matéria, sob o argumento principal, na maioria dos casos, de respeito ao ordenamento jurídico como um todo e aos princípios da finalidade, da obrigatoriedade de desempenho da atividade pública, da eficiência e da razoabilidade.

Desponta-se, a princípio, uma análise sistemática e teleológica em detrimento de uma interpretação literal dos textos legais que tratam sobre o tema, alinhada ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942), cuja redação prevê que, "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Justamente por isso é que se torna relevante investigar o conteúdo dos referidos princípios, com o acréscimo inicial do princípio da legalidade, de acordo com sua nova roupagem, mais ampla, denominada por alguns juristas de "princípio da juridicidade".

5.2 – Noções conceituais

No âmbito dos estudos a respeito da definição do que seria princípio jurídico,

coexistem diversos trabalhos relevantes. Como expoentes, é válido citar as contribuições elaboradas por Ronald Dworkin e por Robert Alexy, cuja ideia baseia-se na distinção das normas jurídicas em regras e princípios.

As teorias dos referidos autores foram esmiuçadas, no cenário nacional, por Humberto Ávila, em seu livro denominado “Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, cuja primeira edição foi lançada em 2003.

Da análise do mencionado trabalho, pode-se sintetizar a diferença entre regras e princípios, sob o ponto de vista fixado por Dworkin e Alexy, com os seguintes excertos:

A finalidade do estudo de Dworkin foi trazer um ataque geral ao Positivismo (*general attack on Positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (*principles*). Para ele as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. [...] Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas²³⁶.

Nota-se que a diferença proposta pelo citado estudo recai sobre a estrutura normativa dos princípios e das regras, especificamente no modo de sua aplicação e da solução de eventuais antinomias.

Em relação ao modo de aplicação, verifica-se que as regras fixam deveres definitivos que são aplicados mediante subsunção. Os princípios, por outro lado, preveem deveres

²³⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 36-37.

provisórios, sendo aplicados por ponderação.

No que tange à solução de eventuais antinomias, o choque entre regras se dá no plano abstrato, resultando na declaração de invalidade de uma delas. O conflito entre princípios, de outra banda, ocorre no plano concreto e não tem como consequência a declaração de invalidade de uma das normas jurídicas, mas sim a maior incidência de uma sobre a outra no caso concreto. Em clara síntese, Humberto Ávila expõe:

[...] princípios e as regras não têm as mesmas propriedades, mas qualidades diferentes; enquanto as regras instituem deveres definitivos (deveres que não podem ser superados por razões contrárias) e são aplicadas por meio da subsunção (exame de correspondência entres o conceito normativo e o conceito do material fático), os princípios estabelecem deveres provisórios (deveres que podem ser superados por razões contrárias) e são aplicadas mediante ponderação (sopesamento concreto entre razões colidentes, com atribuição de peso maior a uma delas); enquanto o conflito entre regras é abstrato (abstratamente concebível já no plano abstrato), necessário (é inevitável caso não seja aberta uma exceção) e situado no plano da validade (o conflito resolve-se com a decretação de invalidade de uma das regras envolvidas), a antinomia entre princípios é concreta (só ocorre diante de determinadas circunstâncias concretas), contingente (pode ou não ocorrer) e situada no plano da eficácia (ambos os princípios mantêm a validade após o conflito).²³⁷

De forma distinta da aceção acima encartada, difundiu-se no ramo do Direito Administrativo a ideia tradicional de que os princípios configuram bases do sistema jurídico, a partir dos quais irradiam efeitos na interpretação e aplicação de todos os comandos normativos. Tal entendimento restou consolidado no clássico conceito de princípio proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.²³⁸

²³⁷ Ibidem, p. 87-88.

²³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo.** In: Revista de Direito Público – RDP, n. 15. São Paulo, jan./mar. 1971, p. 285.

Justamente em razão desta definição é que o autor mencionado dispõe que a violação a um princípio é muito mais grave do que o desrespeito a uma norma, uma vez que não só atenta contra um específico comando normativo, mas sim contra todo o sistema jurídico:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra²³⁹.

Na mesma linha posiciona-se José dos Santos Carvalho Filho, para quem os princípios administrativos configuram postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública, representando verdadeiros “cânones pré-normativos”²⁴⁰.

Insta salientar que para esta corrente os princípios situam-se em um plano superior ao das regras, conferindo-lhes o verdadeiro sentido, sem os quais não se poderia chegar ao conhecimento pleno do sistema jurídico em vigor. Carlos Ari Sundfeld sintetiza o entendimento do seguinte modo:

O princípio jurídico é norma de hierarquia superior a das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas. [...] Por isso, conhecer os princípios do direito é condição essencial para aplicá-lo corretamente. Aquele que só conhece as regras, ignora a parcela mais importante do direito – justamente a que faz delas um todo coerente, lógico e ordenado. Logo, aplica o Direito pela metade²⁴¹.

Veja-se, portanto, que, independentemente da diretriz a ser seguida, o exame dos princípios é imprescindível para a completa compreensão de determinado sistema jurídico, seja como espécie normativa que possui estrutura peculiar, seja como mandamento nuclear que norteia a interpretação e aplicação das regras.

²³⁹ Idem.

²⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 18.

²⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 146-147.

5.3 – Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade decorre diretamente do Estado de Direito, o qual consagrou a ideia de que não só os respectivos cidadãos, mas também o Estado se submetem às leis vigentes do correspondente ordenamento jurídico, expressão da vontade geral que determina quais os interesses públicos que deverão ser perseguidos pelo administrador.

Sobre este ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello anota que o princípio em comento é a “tradução jurídica” de um propósito político, qual seja: “o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos”. Busca-se, através da norma geral e abstrata, editada pelo Poder Legislativo, órgão representativo do corpo social, que o Poder Executivo atue em conformidade com a vontade da sociedade (soberania popular), nada mais²⁴².

Marcello Caetano destaca que o desenvolvimento da atividade administrativa segundo normas jurídicas gerais corresponde a uma "dupla necessidade: de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria Administração", além de conferir segurança tanto ao Poder Público como aos cidadãos pelo fato se conhecer antecipadamente o desempenho da atuação estatal²⁴³.

Bem por isso é que o jurista português conclui que o princípio da legalidade determina que "nenhum órgão ou agente da Administração Pública tem a faculdade de praticar actos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior".²⁴⁴

Em relação aos particulares, a Constituição Federal de 1988 trata do princípio no inciso II, do seu artigo 5º, dispondo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer

²⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 103.

²⁴³ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. 10ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 29.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 30.

alguma coisa senão em virtude de lei. Nota-se que, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade, consagrou-se a possibilidade de se realizar tudo o que a lei não proíbe.

Quanto à Administração Pública, por sua vez, consignou-se a legalidade no artigo 37, caput, da CF/88, com o sentido específico de que a atuação administrativa ocorre somente como a lei determina ou permite expressamente, porquanto não há liberdade e nem vontade pessoal a ser perseguida, devendo-se buscar apenas o cumprimento da lei e do direito²⁴⁵.

Em clássica frase sobre a matéria, cunhada por Seabra Fagundes, administrar é "aplicar a lei de ofício"²⁴⁶.

Lúcia Valle Figueiredo acrescenta ao tema a denominação “estrita legalidade” para fazer referência ao regime acima exposto, isto é, ao fato de que a Administração Pública não apenas fica sujeita à “proibição da prática de atos vedados pela lei, mas, sobretudo, a prática, tão-somente, dos expressamente por ela permitidos”²⁴⁷.

Trabalhando o conceito e consequência derivados do princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta a seguinte conclusão:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.²⁴⁸

Veja-se que a submissão à lei direciona toda a atuação administrativa, desde o agente mais modesto até o chefe do Poder Executivo.

Hely Lopes Meirelles pondera que o cumprimento da lei deve ser feito não apenas

²⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito**. Op. cit., p. 86.

²⁴⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Forense de Artes Gráficas, 1967, p. 16.

²⁴⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 65.

²⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 104.

com atenção ao seu texto legal, mas com respeito ao ordenamento jurídico como um todo, o que inclui os princípios de Direito, além da própria moral vigente, em busca da efetivação de seu verdadeiro “espírito” normativo:

Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais²⁴⁹.

Irene Patrícia Nohara, na mesma toada, aponta a existência de um princípio da legalidade mais amplo e atual, decorrente do pós-positivismo e da nova hermenêutica que dali se sucedeu, sob o fundamento de que "a moldura do Direito não abrange apenas as regras jurídicas previstas, sendo também ilegais ações administrativas que se desviem dos princípios"²⁵⁰.

Lúcia Valle Figueiredo também adota esta linha de entendimento e expressamente anota que o princípio da legalidade é "bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei", já que este se encontra submetido "ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais"²⁵¹.

Com o mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto expõe a ideia sob o conceito do "princípio da juridicidade", que impõe a necessidade de que a atuação administrativa se submeta à lei e também a toda a ordem jurídica - verdadeira legalidade tomada em sentido amplo²⁵². Em clara apresentação, vale citar:

O princípio da juridicidade exprime a dupla submissão jurídica do Estado: à lei e ao Direito, a clássica submissão à lei, expressa no princípio da legalidade, foi ampliada e superada com a inclusão tanto na submissão à legitimidade, politicamente conotada quanto da submissão à licitude, moralmente conotada, valores constitucionalmente afirmados do Direito pós-moderno, sintetizados no conceito de juridicidade. Assim, consoante esta mais atualizada nomenclatura, o emprego da expressão legalidade se reserva quando a referência é feita à lei no sentido estrito, de norma estatal

²⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito**. Op. cit., p. 87.

²⁵⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 69.

²⁵¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 42.

²⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso**. Op. cit., p. 85.

positivada.

O princípio da juridicidade, assim integrado pela legalidade, pela legitimidade e pela licitude, se dirige a atender à mais importante finalidade do Direito Administrativo, que por si só o justificaria: a proteção das liberdades e dos direitos dos administrados, seguindo-se em importância, a ordenação das atividades juridicamente relevantes da Administração²⁵³.

A partir de tais excertos, é possível observar que, com o advento da Constituição de 1988, houve um verdadeiro alargamento do conceito de "legalidade", restando esta noção, inclusive, incorporada expressamente por algumas legislações, de modo que o respeito ao princípio em questão passou a ser a observância do Direito como um todo, não se limitando ao cumprimento literal e específico de uma determinada regra²⁵⁴.

Como exemplo, vale citar a Lei Federal nº 9.784/99, que prevê, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso I, a observância da lei e do Direito na condução dos processos administrativos federais²⁵⁵. No mesmo sentido, dispõe o artigo 2º, parágrafo único, inciso I, da Lei do Município de São Paulo nº 14.141/2006, que trata sobre os seus respectivos processos administrativos²⁵⁶.

Especificamente para a matéria tratada no presente trabalho, pode-se afirmar que o princípio em questão, sob sua atual roupagem, norteia a interpretação da norma relativa à dispensa de licitação fundamentada em situações emergenciais e de calamidade pública, o que

²⁵³ Ibidem, p. 245.

²⁵⁴ A ideia também encontra amparo no âmbito jurisprudencial, valendo-se citar, pela clareza, a ementa da seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça: *Com o advento da Constituição da República de 1988 foi ampliado o conceito de legalidade, sob o prisma axiológico. Dentro desse conceito amplo de legalidade, a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais, sob pena de ser considerada ilegal, por não atender aos fins públicos colimados no Estado Democrático de Direito.* Cf. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.536/PE**. Sexta Turma. Ministro Relator Celso Limongi. Data do julgamento: 02/02/2010.

²⁵⁵ Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

[...].

²⁵⁶ Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da primazia no atendimento ao interesse público, economicidade, eficiência, legalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade.

Parágrafo único. O agente público administrativo observará na sua atuação, dentre outros, os seguintes princípios:

I - atuação conforme à lei e ao Direito;

[...].

faz com que a sua aplicação, diante de uma vertente normativa fundamentada na ideia de legalidade ampla, seja realizada com o objetivo de atender ao ordenamento jurídico como um todo, não se limitando à mera subsunção do fato à literalidade da regra posta.

Justamente por isso, pode-se dizer que as superações legais apontadas no curso desta exposição e delimitadas no tópico introdutório deste capítulo, definidas por uma excepcionalidade ímpar, não violam o princípio da legalidade.

Ao revés, marcam a sua aplicação adequada às excepcionalidades extremas ligadas às situações emergenciais e de calamidade pública, porquanto consideram as demais normas do ordenamento jurídico, consubstanciadas nos princípios da finalidade, da obrigatoriedade de desempenho da atividade administrativa, da eficiência e da razoabilidade, além de proporcionarem a efetiva tutela dos interesses coletivos afetados no caso concreto, objetivo social que se encontra por detrás do dispositivo que embasa tais contratações diretas.

5.4 – Princípio da Finalidade

O princípio da finalidade é a imposição de que a Administração Pública atue necessariamente em prol do interesse público. Além de servir como norte para o agente público, este deve ser o fim perseguido por todas as ações administrativas, legitimando-as perante os administrados. Diogo de Figueiredo Moreira Neto o conceitua da seguinte maneira:

Assente que a legitimidade, para a Administração Pública, consiste no atendimento finalístico do interesse público, atendidos os específicos aspectos que a ordem jurídica lhe comete gerir, esta condição do agir só se satisfaz com sua rigorosa fidelidade à finalidade prescrita pela ordem jurídica.

A partir dessas considerações, conceitua-se o princípio da finalidade como a orientação obrigatória de toda a atividade administrativa pública ao interesse público, especificamente explícito ou implícito na ordem pública, com vistas ao atendimento pelo Estado²⁵⁷.

²⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso*. Op. cit., p. 100-101.

Em razão deste dever jurídico específico para o agente público, que legitima a atuação administrativa e impõe a consecução do interesse da coletividade, o referido autor aproxima o princípio em comento ao princípio da indisponibilidade do interesse público.²⁵⁸

Dirley da Cunha Jr. prevê a existência de uma "finalidade pública geral", que é aquela prevista em todas as leis, por imperativo da ordem pública, para que funcionem em prol da coletividade, visando tutelar o indisponível interesse público; e uma "finalidade pública especial", prevista especificamente pela lei à qual se esteja aplicando²⁵⁹.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, dispõe ser a primazia do interesse público sobre o privado sinônimo de "princípio do interesse público" e de "princípio da finalidade pública", uma vez que todos denotam a íntima relação da atuação administrativa com o interesse da coletividade, dominando-a, "na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral"²⁶⁰.

O autor acrescenta que, dos mencionados princípios, decorre a normativa da indisponibilidade do interesse público, que impede à Administração Pública de dispor de tais interesses ou de renunciar às atribuições que lhe foram conferidas por lei para efetivar a sua tutela.²⁶¹

Vale destacar, outrossim, que o administrativista também apresenta o princípio da impessoalidade como sendo sinônimo de princípio da finalidade, já que impõe ao agente público que persiga o fim legal contido na norma, sem a interferência de interesse pessoal ou privado²⁶².

Diferenciando os conceitos de ambos os princípios, José Roberto Pimenta Oliveira expõe que o princípio da finalidade, além de obrigar que se atue sempre com o objetivo de tutelar o interesse da coletividade, estabelece a necessidade de se identificar a específica e

²⁵⁸ Ibidem, p. 101.

²⁵⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 7ª ed. Bahia: Juspodivm, 2009, p. 46.

²⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito**. Op. cit., p. 99.

²⁶¹ Ibidem, p. 100.

²⁶² Ibidem, p. 90.

imediate finalidade pública de uma determinada norma, vinculando o agente a público às suas diretrizes:

O princípio da finalidade implica o dever da Administração mover-se na persecução do específico bem jurídico de índole publicista que justifica a atividade, depreendido a partir da regra legal habilitante. Em termos genéricos, incorpora o dever de atender ao interesse público, mola propulsora da ação do administrador. Mas para não se confundir totalmente com o princípio do interesse público, urge salientar que, em sua formulação mais abalizada, propugna o princípio da finalidade a identificação e a vinculação do agente à específica e imediata finalidade pública que informa pontualmente a norma aplicada, passível de ser descoberta na atividade de atuação do Direito, a partir do labor interpretativo dentro da sistemática que permeia a ordem jurídica²⁶³.

Celso Antônio Bandeira de Mello, examinando o tema sob outra vertente, mas com conclusão similar, anota que o princípio da finalidade é inerente ao princípio da legalidade, porquanto corresponde à imposição de que a aplicação da lei seja realizada conforme o objetivo para qual foi editada, a fim de cumpri-la integralmente, de acordo com o seu verdadeiro "espírito normativo".²⁶⁴

Bem por isso, na mesma linha acima anotada com fundamento nas disposições tecidas sobre o tema por Dirley da Cunha Jr., é que o autor aduz que o princípio em comento estabelece ao administrador que atue não apenas de acordo com "à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução"²⁶⁵.

Em conclusão, dispõe que a razão de existir de uma norma é justamente "a finalidade que a anima". Isto é, somente com a investigação a respeito da finalidade específica da norma é que se poderá compreendê-la por completo e aplicá-la ao caso concreto da maneira como foi idealizada pelo legislador, em seu real sentido:

O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a

²⁶³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 254.

²⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 109.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 109-110.

finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes²⁶⁶.

No mesmo sentido, posiciona-se o já citado autor José Roberto Pimenta de Oliveira, cujo pensamento destaca que a lei somente é aplicada corretamente quando o operador do direito não se afasta da correspondente finalidade da norma, efetivando a tutela do bem jurídico promovido e protegido pelo ordenamento jurídico:

Imbuída de valores na sua formulação, a lei somente é corretamente aplicada, quando não se afasta o intérprete-aplicador da norma - a Administração Pública - da correspondente finalidade a que se dirige o comando normativo, a qual revelará um bem jurídico cuja proteção ou promoção é imposta pela ordem jurídica. A finalidade da lei fornece o critério teleológico de legitimidade do exercício da competência administrativa. Incumbe ao agente, manejando a regra de competência, limitar-se a perseguir a finalidade de explícita ou implicitamente colhida na sua moldura, observada a sua inserção axiológica na totalidade do sistema jurídico.²⁶⁷

Da análise dos excertos, constata-se que o princípio da finalidade detém íntima relação com o princípio da supremacia do interesse público, com o princípio da indisponibilidade do interesse público e também com o princípio da legalidade, uma vez que todos possuem a tutela e a efetivação do interesse da coletividade fixado por uma determinada norma como objetivo a ser perseguido.

Enquanto a supremacia do interesse público atribui um peso maior ao interesse da coletividade frente às intenções puramente individuais, o princípio da finalidade consagra a necessidade de que toda a atividade administrativa ocorra no sentido da concretização do interesse público específico fixado pela lei, sem a possibilidade de renunciar a esta incumbência, o que o aproxima do princípio da indisponibilidade do interesse público, e com o objetivo de atender o fiel espírito normativo de determinada regra, em atenção ao princípio da legalidade.

Nota-se que o mencionado arquétipo principiológico busca unicamente cumprir de

²⁶⁶ Ibidem, p. 109.

²⁶⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 226.

forma satisfatória o interesse da coletividade. Esta é a pauta em comum que os interligam e até os colocam, às vezes, como sinônimos.

Impõe-se à Administração Pública, portanto, que atue no sentido de respeitar e efetivar o interesse público fixado pela norma que eventualmente venha a ser aplicada, promovendo da maior maneira possível a tutela dos bens jurídicos constantes em sua razão legitimadora, em atenção a verdadeira legalidade normativa.

Isto, obviamente, deve ocorrer por ocasião da aplicação do artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993.

Daí a necessidade de que a interpretação e aplicação do dispositivo citado sempre aconteça no intuito de tutelar os interesses públicos envolvidos na situação de anormalidade, visando afastar o risco de dano iminente às pessoas, obras serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Esta é a finalidade específica que anima e confere sentido à norma em questão, razão pela qual não pode ser desconsiderada em momento algum, ainda que, para isso, haja a necessidade de, excepcionalmente, diante de situações extremas em que a anormalidade seja além de qualquer previsão, superar eventuais limites e formalidades expressamente fixados por textos legais.

Afinal, de nada adiantaria, como exemplo, aguardar a elaboração de um contrato escrito, realizado com fundamento em um projeto básico completo, para adotar as medidas necessárias quando todas as pessoas ou bens já estivessem integralmente prejudicados, em razão de um risco de dano que era excepcionalmente urgente.

Por certo que, neste hipotético caso, não se atingiria a finalidade - geral ou específica - do dispositivo que sustenta a contratação direta fundamentada em situações emergenciais ou de calamidade pública, em evidente violação da própria norma e, como consequência lógica, do princípio da legalidade.

5.5 – Princípio da Obrigatoriedade do Desempenho da Atividade Pública

A Administração Pública, de forma geral, atua em prol da consecução do interesse público. O desempenho de suas funções tem como finalidade cumprir as normas jurídicas contidas em determinado sistema, a fim de atender aos interesses públicos específicos nelas fixados.

Referida atuação detém caráter cogente. Isto é, impõe-se ao administrador sem a possibilidade de ser relativizada, porquanto busca tutelar interesse alheio, supremo e indisponível. Nesta linha, Celso Antônio Bandeira de Mello:

O interesse público, fixado por via legal, não está à disposição da vontade do administrador, sujeito à vontade deste; pelo contrário, apresenta-se para ele sob a forma de um comando. Por isso mesmo a prossecução das finalidades assinaladas, longe de ser um “problema pessoal” da Administração, impõe-se como obrigação indiscutível²⁶⁸.

De modo enfático, Dirley da Cunha Jr. aponta que a Administração Pública, devido à legalidade que conforma toda atuação pública, sempre deverá agir para exercer a função que lhe compete na gestão do interesse público, isto é, para atender concreta e imediatamente as necessidades coletivas e proporcionar o bem-estar comum e geral da comunidade²⁶⁹.

Com o mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo encarta a ideia sob o conceito do princípio da exigibilidade dos atos administrativos. Segundo a autora, a atividade administrativa é compulsória, inclusive diante de algumas hipóteses marcadas pela discricionariedade, porquanto a “titularidade da competência implica na obrigatoriedade de ação”²⁷⁰.

Hely Lopes Meirelles trata do tema dentro da noção dos poderes e deveres do administrador público. De acordo com o jurista, o poder administrativo decorrente do cargo ou

²⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 83.

²⁶⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit., p. 55.

²⁷⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 67.

da função pública ocupada se converte em um verdadeiro dever de agir por parte da autoridade pública, não sendo possível ao agente deixar de atuar em ocasiões que necessitam de uma resposta do Poder Público:

O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. [...] Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade. É que o Direito Público ajunta ao poder do administrador o dever de administrar²⁷¹.

O citado autor ainda expõe que o administrador público tem “pouca ou nenhuma liberdade” para não realizar determinado ato de sua competência legal, de modo que, caso haja alguma omissão ilegal, poderá ser suprida por meio judicial²⁷², notadamente diante do disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, cuja redação impossibilita que se exclua da análise do Poder Judiciário qualquer modo de lesão ou ameaça a direito²⁷³.

Nesta linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto dispõe que a partir da definição, pelo legislador, do interesse público a ser perseguido e da correspondente competência para a sua ação satisfativa, nasce um inarredável dever de atuar, uma vez que o "interesse público específico se torna indisponível para a Administração Pública, não importando de que natureza seja: patrimonial, fazendários, moral, estético, etc."²⁷⁴.

Na mesma toada, Edmir Netto de Araújo, sob o título “princípio do poder-dever” ou “exigibilidade do exercício da competência e da atividade pública”, dispõe que o agente público é investido de alguns poderes que lhe autorizam restringir, limitar e até sacrificar, em situações específicas, interesses e direitos privados com a finalidade de atingir determinado interesse público. Tais poderes são irrenunciáveis e, ao contrário do caráter facultativo que marca o uso da capacidade pelo indivíduo, devem ser exercidos pelo administrador público:

²⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito**. Op. cit., p.101-102.

²⁷² Idem.

²⁷³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

²⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso**. Op. cit., p. 96.

Mas seus atos são sempre preordenados a realizar o interesse público que, como vimos, é indisponível. Em consequência, o uso desses poderes se apresenta, para o administrador público, como um dever funcional irrenunciável, expresso na atribuição legal de competências: essa é a diferença básica entre o uso da capacidade pelo indivíduo e o da competência pelo agente público, pois o exercício desta última é obrigatório, enquanto o da primeira é facultativo [...]²⁷⁵.

Diante deste contexto, pode-se afirmar que o princípio em comento impõe que o agente público obrigatoriamente atue para o cumprimento das competências legais que lhe foram atribuídas em decorrência do exercício de determinado cargo ou função pública, não havendo a possibilidade jurídica de se omitir diante de uma situação que demande uma ação típica para o fim de tutelar o interesse público envolvido no caso específico, objetivo central da Administração Pública.

No âmbito das licitações e contratações públicas, tal princípio influencia diretamente a atuação administrativa, impondo a necessidade de agir de forma célere e eficiente no desempenho do procedimento licitatório, de modo a efetivar, regularmente, a indispensável contratação e cumprir, de forma satisfatória, com as atribuições que foram legalmente conferidas para tutelar determinado interesse.

No que tange ao artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, pode-se concluir que não há margem para que o agente público deixe de adotar as providências administrativas necessárias à eliminação do risco de dano irreparável contido nas situações emergenciais ou de calamidade pública que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Como decorrência desta obrigação, que tem por objetivo tutelar os indisponíveis interesses públicos, também não pode o administrador deixar de atuar em razão de procedimentos previamente necessários ou por ocasião do limite de vigência dos contratos diretos firmados em casos excepcionais, que suplantam a "normalidade" das situações emergenciais ou calamitosas.

²⁷⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 78.

Impõe-se uma resposta por parte do Poder Público, que não pode ser obstada por limites formais em detrimento dos bens jurídicos tutelados pela própria norma que os prevê. Em outras palavras, não seria aceitável, a título ilustrativo, que o agente público deixasse de atuar ao final de 180 (cento oitenta) dias sem que o risco de dano irreparável tivesse sido completamente eliminado.

Se fosse o caso, dever-se-ia prosseguir com a atuação para afastar o risco de dano irreparável, ainda que por mais de 180 (cento e oitenta) dias, inclusive mediante a prorrogação do contrato, e autuar um procedimento específico para apurar eventual responsabilidade, sem que sucumba os bens jurídicos tutelados pela norma em comento.

O princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública repele, portanto, qualquer omissão administrativa tendente a prejudicar o interesse público que permeia determinada questão, assim como impõe que se atue para salvuardá-lo.

5.6 – Princípio da Eficiência

A ideia de Administração Pública eficiente consolidou-se no âmbito nacional a partir do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado no ano de 1995, que trouxe à tona, com ênfase, o conceito de “Administração Pública Gerencial”, voltada para o controle de resultado e para a descentralização da atuação pública²⁷⁶.

De acordo com o referido plano, a eficiência da administração pública pode ser entendida como “a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o

²⁷⁶ Vale destacar que o Decreto-Lei nº 200/67, responsável, à época, pela Reforma Administrativa Federal, na tentativa de amenizar a extrema burocracia que dominava a Administração Pública, introduziu algumas concepções da noção de administração gerencial, como a descentralização e flexibilização do aparelho do Estado, a possibilidade de demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso e o controle de resultados.

cidadão como beneficiário”²⁷⁷.

Trata-se de uma relação de custo-benefício em que se busca exercer a atividade administrativa com o mais alto padrão, somada ao menor custo possível, sempre com foco no atendimento completo das necessidades dos administrados. Como anverso deste objetivo, impõe o dever de afastar o desperdício e a inadequada aplicação de recursos públicos.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, a eficiência restou encartada no *caput* do artigo 37 da CF/88 como princípio aplicável a toda Administração Pública, o que impôs a sua observância por ocasião do desempenho de qualquer atividade administrativa.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o princípio sob análise exige que a Administração Pública execute suas atividades com “presteza, perfeição e rendimento funcional”²⁷⁸. O mencionado autor discorre ainda sobre a existência de um “dever de eficiência”, correspondente ao “dever de boa administração” da doutrina italiana, que implica na necessidade de exercer as funções administrativas com alta produtividade, perfeição do trabalho e adequação técnica aos fins objetivados pela Administração Pública²⁷⁹.

Na mesma linha acima exposta, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o princípio da eficiência, de caráter jurídico, corresponde a uma vertente do amplo princípio da boa administração, que busca orientar a discricionariedade administrativa para que seja do modo mais oportuno e adequado possível em razão da eleição dos melhores meios e momentos de empregá-los²⁸⁰.

Carvalho Filho aponta que o núcleo do princípio “é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro

²⁷⁷ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília. 1995, p. 21. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>> Acesso em: 12 de dez. de 2018.

²⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito**. Op. cit., p. 94.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 103.

²⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 126.

público”. Com um olhar crítico, afirma ser necessário que ocorra uma mudança na mentalidade dos governantes, de modo que haja uma busca real dos interesses da coletividade somado ao afastamento dos interesses pessoais dos administradores públicos²⁸¹.

Examinando o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe que o princípio em comento apresenta dois aspectos referentes ao seu modo de aplicação.

Em primeiro, coloca que a norma pode ser relacionada à atuação do agente público, que passa a ter como obrigação exercer o melhor desempenho possível para atingir os melhores resultados. Em segundo, dispõe que o princípio pode tratar do modo pelo qual a Administração Pública organiza as suas estruturas, impondo que se busque a forma que apresente o melhor resultado na performance da atividade administrativa²⁸².

Para além deste ponto, a doutrinadora registra que não se admite valer-se do princípio da eficiência para justificar a violação de outras normas:

Vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito²⁸³.

Na mesma linha, situa-se Celso Antônio Bandeira de Mello, com o entendimento de que uma suposta tentativa de atingir a eficiência nunca poderia justificar a postergação do princípio da legalidade, dever administrativo por excelência²⁸⁴.

A partir dos textos colacionados, pode-se notar que a eficiência administrativa que se espera de qualquer atividade pública não se resume a um caráter financeiro, porquanto se soma à obrigação de exercer a melhor atuação possível, o que inclui o cumprimento das normas jurídicas do ordenamento em vigor como um todo, atendendo às necessidades públicas por completo.

²⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 31.

²⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 117.

²⁸³ Ibidem, p. 118.

²⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**. Op. cit., p. 126.

A ação mais eficiente, portanto, é revelada pelo conjunto dos fatores que a envolvem, não se limitando a um específico.

Justamente por isso é que não parece ser a linha mais razoável aquela exposta no sentido de que nunca se poderá utilizar do princípio da eficiência para suplantiar a letra fria de uma regra, muito embora apresente um peso de grande relevância em razão da segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito.

A depender da excepcionalidade dos fatores concretos que envolvem determinada situação, conjugados com os interesses e valores que a permeiam, parece possível que o princípio da eficiência, juntamente com outras normas, sirva a justificar eventual superação literal de uma regra.

Especificamente no campo das contratações diretas fundamentadas em situações emergenciais ou calamitosas, a eficiência de uma medida é avaliada principalmente pela sua capacidade de afastar o risco iminente de dano irreparável, além de ser ponderada em razão de sua adequação às normas que regem a matéria e de seu custo-benefício.

Excepcionalmente, o princípio em comento, juntamente com outros critérios, como a segurança da atuação administrativa na eliminação do risco iminente de dano, pode servir para subsidiar a superação da literalidade do limite relativo ao objeto contratual de tais ajustes, de modo que seja possível a execução de soluções mais amplas e completas.

5.7 – Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade tem como origem o direito da *common law* e foi idealizado para possibilitar um maior controle da atuação da Administração Pública. Para igual finalidade, desenvolveu-se o princípio da proporcionalidade no âmbito da *civil law*.

Neste sentido, José Roberto Pimenta de Oliveira expõe claramente:

É possível verificar que, do mesmo modo em que o “direito administrativo” existente no âmbito da *common law* desenvolveu historicamente a noção jurídica do razoável, enquanto *standard*, na sindicabilidade judicial da discricção administrativa nos quadros do *rule of law*, os sistemas da família jurídica romano-germânica (*civil law*) encontraram na noção do proporcional equivalente instrumento axiológico para promover a contenção da arbitrariedade no exercício dos poderes administrativos no seio do Estado de Direito²⁸⁵.

Em razão dessa finalidade em comum, somado à fluidez do conceito de razoabilidade, a doutrina nacional não apresenta uma noção unânime a respeito do princípio em questão, aproximando-o, muitas vezes, do princípio da proporcionalidade. As concepções variam de acordo com a vertente utilizada como premissa dos estudos, como, por exemplo, a exigência de justiça, a inibição de arbitrariedades, a orientação de proporcionalidade e a reivindicação de bom senso e sensatez.

Vale dizer, aliás, que, para o autor acima citado, a fluidez do conceito da razoabilidade, pauta principiológica do regime jurídico-administrativo, é fundamental para a sua expansão e potencialidade como elemento de controle da ação administrativa²⁸⁶.

Ao tratar do tema, Edmir Netto de Araújo aponta que o conceito do princípio da razoabilidade tem como sentido a acepção de moderado, comedido, aceitável, ponderado e sensato, o que faz com que ele possua em seu bojo grande porção de subjetividade, já que a ideia de razoável para um sujeito pode não ser a mesma para outra pessoa, ainda que se tenha como base o “homem médio”. Por isso, anota que se deve entendê-lo como “proporcionalidade dos meios e decisões em relação aos fins objetivados”²⁸⁷.

Na mesma toada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe que o princípio da proporcionalidade está contido no princípio da razoabilidade, uma vez que esta norma exige “proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que

²⁸⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. Op. cit., p. 192.

²⁸⁶ Ibidem, p. 187.

²⁸⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 84.

alcançar”, devendo ser medida de acordo com os padrões normais de uma determinada sociedade – e não por critérios pessoais do próprio agente público²⁸⁸.

Lucia Valle Figueiredo, por sua vez, aloca o princípio da razoabilidade ao lado do princípio da proporcionalidade e diferencia os correspondentes conceitos. Para a autora, enquanto a proporcionalidade diz respeito à direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas, impedindo o sacrifício desnecessário de interesses individuais, a razoabilidade, baseada nos valores do “homem médio”, atrela-se à conformidade das decisões administrativas em relação às situações concretas a que se dirigem, isto é, busca verificar se a decisão atendeu às necessidades da coletividade, à economicidade e à eficiência²⁸⁹.

Em comentário sobre a noção do princípio em questão exposta pela autora acima mencionada, Hely Lopes Meirelles afirma que a atividade do administrador público realizada com base em critérios subjetivos, apesar de aparentar legalidade, pode contrariar a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se apoiou justamente por não observar a razoabilidade média que se espera na atuação do Poder Público²⁹⁰.

Com outros olhos, a partir de um estudo o sobre a teoria dos princípios, Humberto Ávila classifica a razoabilidade, juntamente com a proporcionalidade, como "postulado normativo aplicativo", isto é, norma de segundo grau porque incide sobre outra norma e tem como função estruturar a sua aplicação concreta. Segundo o autor, a aplicação da razoabilidade não se confunde com a proporcionalidade e ambos os postulados devem ser assim utilizados:

A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida. Sua aplicabilidade é condicionada à existência de elementos específicos (geral e individual, norma e realidade, critério e medida). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua

²⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito**. Op. cit., p. 114.

²⁸⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 50.

²⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito**. Op. cit. p. 91.

aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim)²⁹¹.

Da análise do excerto acima colacionado, percebe-se que a razoabilidade se refere ao modo de aplicação da norma em relação a um determinado caso concreto, a fim de verificar se a generalidade e abstração jurídico-normativa se adequa às especificidades da situação objeto de sua incidência.

Em consonância com esta noção, José Roberto Pimenta de Oliveira aponta que o "controle de razoabilidade opera justamente quando, sob o ponto de vista racional-formal, a atuação administrativa ostenta aparente validade, pondo esta à prova, sob critérios axiológicos colhidos na ordenação jurídica"²⁹².

Neste sentido, pode-se dizer que a razoabilidade busca orientar a relação da norma geral com as peculiaridades do caso, "quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral"²⁹³.

Nota-se que, por essa diretriz - aproximada, de certa forma, das visões de Lucia Valle Figueiredo e Hely Lopes Meirelles, porquanto releva a aplicação geral do direito e a situação fática peculiar -, abre-se caminho para deixar de aplicar determinada norma em face de um caso concreto que aparentemente a ela estaria sujeito quando a sua incidência ofender, devido às especificidades da situação, a razão fundamentadora da própria norma.

A razoabilidade, desta forma, em decorrência do dever de equidade, atuaria na harmonização do geral com o individual²⁹⁴, influenciando a interpretação da subsunção do fato à norma, de modo a avaliar o cumprimento das razões que levaram à edição do preceito jurídico utilizado no caso concreto e certificar a efetiva tutela do interesse público específico que o permeia, além de averiguar à adequação em relação ao sistema jurídico em vigor.

²⁹¹ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 143

²⁹² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. Op. cit., p. 182.

²⁹³ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 152.

²⁹⁴ Ibidem, p. 159.

A partir de tais considerações, é possível concluir que a razoabilidade compõe o regime jurídico administrativo, servindo como verdadeira bússola, à nível principiológico básico, que deve orientar toda e qualquer operação da Administração Pública²⁹⁵. e impõe uma análise acima da mera formalidade legal imediata dos atos praticados pelos agente públicos, de modo que estejam dentro do padrão médio consolidado na sociedade, atentem-se às particularidades do caso concreto e cumpram com as finalidades normativas e com os valores do sistema jurídico em vigor.

De modo objetivo e com este sentido, vale mencionar José Roberto Pimenta de Oliveira:

No direito administrativo brasileiro contemporâneo, exige-se que, na concretização da lei, o exercente da função administrativa justifique a compatibilidade axiológica de quaisquer interferências administrativas, favoráveis ou desfavoráveis aos administrados e à comunidade, materializadas em normas ou atos administrativos produzidos no cumprimento de seu dever. Já não basta a mera consonância formal da atuação com a regra isolada que imediatamente a informa. Só se mostra tolerável a sua atuação com a abrangente idoneidade da obra administrativa em face do concerto de princípios e direitos previstos e assegurados pela ordenação jurídica em sua inteireza²⁹⁶.

No âmbito do objeto deste trabalho, pode-se afirmar que a razoabilidade sustenta as superações legais aventadas, mormente porque as situações em que elas ocorrem se encontram fora dos padrões previstos pelo legislador por ocasião da edição das regras que, em tese, serviriam ao caso concreto.

Isto acontece porque se tratam de situações excepcionais, que não se enquadram na regra vislumbrada pelo legislador.

A título exemplificativo, previu-se a contratação direta para uma situação emergencial, inclusive com um procedimento simplificado, mas não se imaginou uma

²⁹⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. Op. cit., p. 198.

²⁹⁶ Ibidem, p. 187.

emergência em que o tempo para adoção das providências necessárias à eliminação do risco fosse elemento excepcionalmente escasso, a ponto de ocorrer prejuízo irreparável em minutos.

Do mesmo modo, previu-se um período razoável para sanar os riscos decorrentes de uma calamidade pública, mas não se vislumbrou a possibilidade de ser atingido por uma catástrofe de tamanha grandeza, cujo prazo para estabilização dos riscos ultrapasse 180 (cento e oitenta) dias.

Por isso e por outras situação excepcionais é que nos casos analisados no presente trabalho em que se demonstrou a superação dos limites legais fixados ao objeto ou à vigência contratual ou, ainda, nas hipóteses de flexibilização procedimental não se vislumbrou real violação normativa.

Se nessas situações se aplicasse a letra fria das regras, ocorreria o sacrifício dos bens jurídicos por elas tutelados, em violação das respectivas finalidades normativas. Não seria razoável exigir que o Poder Público adotasse este tipo de conduta.

O princípio da razoabilidade, destarte, agrega-se ao conjunto normativo que orienta a aplicação das regras, seja ponderando os valores e interesses que permeiam determinada situação, seja impedindo a realização de interpretações incoerentes, que violam a própria razão de existir das leis supostamente aplicáveis a um específico caso concreto.

6 - CONCLUSÕES

O instituto da licitação encontra-se presente no ordenamento jurídico aplicável ao âmbito nacional desde longa data, inicialmente sem muitas formalidades, mas sempre com o objetivo primordial de conferir à Administração Pública a melhor contratação.

Com o transcorrer do tempo, sua regulamentação adquiriu forma e, após a disposição em alguns diplomas normativos, alcançou fundamento de ordem suprema com o advento da Constituição Federal de 1988. A partir de então, o instituto consolidou-se como regra constitucional a ser observada por todos os entes federativos por ocasião das contratações relativas a obras, serviços, compras e alienações, ressalvando-se apenas os casos especificados em lei.

O referido avanço também pacificou - de certo modo - a noção em torno da competência legislativa para tratar do instituto. Fixou-se, sem maiores dúvidas, à União competência privativa para legislar normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas e indiretas de todos os entes que compõem a federação.

No uso desta competência privativa, a União editou a Lei nº 8.666/1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Citada norma, verdadeiro estatuto das licitações e contratos, trouxe ao cenário legislativo as exceções ao procedimento licitatório, dentre as quais se destaca a dispensa de licitação fundamentada em situações emergenciais ou de calamidade pública prevista em seu artigo 24, inciso IV.

Vale ressaltar que, juntamente com essas exceções, a lei em comento também

apresentou o procedimento formal a ser seguido por ocasião da realização de contratações diretas, com certos temperamentos, mas com capacidade de indicar que se selecionou a proposta mais vantajosa possível para a Administração Pública, não havendo qualquer liberdade desmedida ou imotivada de atuação por parte do agente público.

Especificamente sobre a hipótese de contratação direta objeto do presente trabalho, pode-se concluir que a sua razão de existir situa na incompatibilidade que subsiste entre o tempo necessário à realização do procedimento ordinário de licitação e a necessidade de atuação imediata diante de uma situação emergencial ou calamitosa que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

O tempo existente para agir com o objetivo de eliminar o risco de dano irreparável, portanto, revela-se como verdadeira pedra angular destas contratações, razão pela qual deve ser considerado em qualquer interpretação e aplicação da regra, inclusive no âmbito dos limites legais que recaem sobre os contratos celebrados com fundamento no dispositivo em questão e no correspondente procedimento de formalização.

A análise da doutrina especializada e da jurisprudência técnica que tratam sobre o tema demonstra que ambas adotam como premissa de suas conclusões esta linha de entendimento, inclusive para subsidiar posições extremas, de caráter excepcionais, que superam a literalidade do dispositivo sob exame.

Buscam amparo também nos princípios jurídicos que se dirigem à atividade administrativa, em especial nos princípios da finalidade, da obrigatoriedade de desempenho da atividade pública, da eficiência e da razoabilidade, o que denota a aplicação de uma interpretação sistemática e teleológica em detrimento da exclusiva literalidade da regra que dispõe sobre a dispensa de licitação em comento.

Diante destas considerações, é possível apresentar, de modo objetivo, as conclusões que seguirão nos parágrafos subsequentes sobre a regra contida no inciso IV, do artigo 24, da

Lei nº 8.666/1993.

Para que a contratação direta seja válida é necessário que estejam presentes cumulativamente os seguintes pressupostos: a) situação emergencial ou de calamidade pública; b) urgência de atendimento a um risco iminente de dano a pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou privados; e, por fim, c) objeto contratual adequado.

O conceito de calamidade pública que suporta a contratação direta refere-se a tragédias inevitáveis, de grandes proporções, que comprometam substancialmente a capacidade de resposta do Poder Público do ente afetado para normalizar a situação, capaz de gerar dano ou prejuízo.

O estado de calamidade pública deve ser declarado por decreto do chefe do Poder Executivo, cuja redação deve fixar a área atingida e indicar as medidas que serão adotadas pelas autoridades competentes, evitando a denominada "indústria de calamidade pública".

Emergência para fins da aplicação do dispositivo refere-se à ocorrência efetiva de uma situação anormal, além do padrão tido pelo Poder Público de um determinado local e que afete a sua capacidade de resposta de modo parcial, devendo receber imediato tratamento, sob pena de afetar negativamente os interesses coletivos envolvidos no caso.

Para caracterizá-la, não é necessária a realização de um ato formal, bastando que a autoridade competente pela atuação imprescindível declare fundamentadamente suas razões por ocasião da dispensa de licitação.

A hipótese denominada "emergência fabricada" refere-se à situação anormal, de caráter negativo, criada pela própria Administração Pública, em razão de sua inércia ou má gestão no trato dos interesses públicos. Sua ocorrência autoriza a dispensa de licitação, mas impõe que seja apurada a responsabilidade do sujeito de que lhe deu causa.

A paralização do procedimento ordinário de licitação em razão de uma decisão

judicial caracteriza emergência para fins da hipótese normativa em questão, podendo ser realizada a contratação direta, desde que não frustrate a eficácia do provimento jurisdicional e estejam presentes os demais pressupostos necessários à dispensa de licitação.

Presentes os demais requisitos, o contingenciamento de repasses de recursos que possuem um prazo máximo para a sua utilização pode servir à caracterização de uma situação emergencial, porquanto a lei não faz diferença quanto à origem da situação excepcional. Da mesma forma que na "emergência fabricada", deve-se apurar a responsabilidade dos sujeitos que, sem justo motivo, deram causa ao atraso.

A urgência que deve estar presente nas situações anormais deve demandar uma atuação imediata por parte do Poder Público, incompatível com o procedimento ordinário de licitação, sob pena de ocorrência de danos concretos e irreparáveis a pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

O objeto contratual, por último, deve ser capaz de efetivamente ilidir o risco que permeia a situação excepcional, sob pena da dispensa de licitação ser considerada irregular por parte dos órgãos de controle.

A norma prevê expressamente dois limites contratuais. Um relativo ao objeto e outro referente à vigência do contrato. Ambos, contudo, não merecem interpretações absolutas e estanques.

Com relação ao primeiro limite, a regra impõe que só é possível contratar com dispensa de licitação objeto que tenha relação direta com a situação anormal e que seja imprescindível à eliminação do iminente risco de dano dela decorrente. De forma excepcional, tanto a doutrina como a jurisprudência técnica admitem a possibilidade de que a contratação abranja soluções mais amplas, de caráter definitivo e completo, em homenagem ao princípio da eficiência e da razoabilidade.

Quanto à segunda restrição, o dispositivo prevê que somente é possível contratar de

forma emergencial 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.

Novamente, de forma excepcional, tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência técnica admitem, conforme a realidade da situação anormal e em homenagem à tutela do interesse coletivo envolvido no caso concreto, verdadeira finalidade normativa da regra sob análise, que pode ser ultrapassado o limite de 180 (cento e oitenta) dias, desde que presentes os requisitos autorizadores da contratação direta em questão, seja por meio da prorrogação do contrato eventualmente existente, seja através da celebração de um novo contrato, a depender do juízo de conveniência da Administração Pública, realizado com base na economicidade e eficiência das ações necessárias à eliminação do risco de dano existente.

No que tange à formalização de tais contratações diretas, admite-se, também de maneira excepcional, certa flexibilização de seu procedimento nas hipóteses de atendimento a situações emergenciais ou de calamidade pública que possuam caráter gravíssimo, em que o tempo para ação configure elemento extraordinariamente reduzido. Nestas situações, pode a Administração Pública agir com base em um ajuste verbal ou com referência a um projeto básico simplificado, elaborado, inclusive, de modo concomitante à atuação do poder público.

A partir de uma análise sistemática e teleológica, pode-se concluir que as superações legais constatadas em razão de situações extremas, além da anormalidade que se espera de uma hipótese de emergência ou de calamidade pública, fundamentam-se no ordenamento jurídico como um todo, especialmente nos princípios da finalidade, da obrigatoriedade de desempenho da atividade pública, da eficiência e da razoabilidade.

Muito embora não se ajustem perfeitamente à literalidade de algumas regras contidas na Lei nº 8.666/1993, não devem ser entendidas como ilegais, já que o princípio da legalidade atual, tomado em sentido amplo, não se limita à mera subsunção do fato à regra posta.

7 – BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Dispensa de licitação por emergência**. In: Revista Trimestral de Direito Público - RTDP, nº 1/186-191. São Paulo: Malheiros, 1993.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BAZILLI, Roberto Ribeiro; MIRANDA, Sandra Julien. **Licitação à luz do direito positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.536/PE**. Sexta Turma. Ministro Relator Celso Limongi. Data do julgamento: 02/02/2010.

_____. **Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2.476/SE**. Corte Especial. Ministro Relator Ari Pargendler. Data do Julgamento: 01/07/2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927 - Medida Cautelar**. Tribunal Pleno, Ministro Relator Carlos Velloso, julgado em 03 de nov. 1993.

_____. **Ação Penal nº 348/SC**. Tribunal Pleno. Ministro Relator Eros Grau, julgado em 03 de ago. de 2007.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 926.268/1998-8**, Ministro Relator Valmir

Campelo. Decisão nº 524/1999 - Plenário. Data da Sessão: 11/08/1999.

_____. **Processo nº 009.248/1994-3.** Ministro Relator Carlos Átila Álvares da Silva. Decisão nº 347/1994 - Plenário. Data da Sessão: 21/06/1994.

_____. **Processo nº 007.826/1994-0.** Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi. Acórdão nº 300/1995 - Segunda Câmara. Data da Sessão: 28/09/1995.

_____. **Processo nº 007.825/1999-4.** Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Decisão nº 135/2001 - Segunda Câmara. Data da Sessão: 07/06/2001.

_____. **Processo nº 007.585/1999-7.** Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues. Decisão nº 46/2002 - Plenário. Data da Sessão: 27/02/2002.

_____. **Processo nº 016.224/2001-2.** Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa. Acórdão nº 100/2003 - Plenário. Data da Sessão: 12/02/2003.

_____. **Processo nº 005.457/20003-2.** Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Decisão nº 300/2004 - Plenário. Data da Sessão: 24/03/2004.

_____. **Processo nº 001.605/2005-5.** Ministro Relator Augusto Sherman. Acórdão nº 667/2005 - Plenário. Data da Sessão: 25/05/2005

_____. **Processo nº 019.967/2005-4.** Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Acórdão nº 1.336/2006 - Plenário. Data da Sessão: 02/08/2006.

_____. **Processo nº 006.182/2005-0,** Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Acórdão nº 1.889/2006 - Plenário. Data da Sessão: 11/10/2006.

_____. **Processo nº 005.457/2003-2,** Ministro Relator Aroldo Cedraz. Acórdão nº 403/2007 - Plenário. Data da Sessão: 21/03/2007.

_____. **Processo nº 008.403/1999-6**, Ministro Relator Aroldo Cedraz. Decisão nº 1876/2007 - Plenário. Data da Sessão: 12/09/2007.

_____. **Processo nº 005.236/2005-8**. Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça. Acórdão nº 1.020/2008 - Primeira Câmara. Sessão de 08/04/2008.

_____. **Processo nº 005.236/2005-8**. Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça. Decisão nº 1.020/2008 - Primeira Câmara. Data da Sessão: 28/04/2008.

_____. **Processo nº 010.760/2009-4**. Ministro Relator Augusto Sherman. Acórdão nº 1.901/2009 - Plenário. Data da Sessão: 26/08/2009.

_____. **Processo nº 019.362/2010-2**. Ministro Relator Benjamin Zymler. Acórdão nº 3.238/2010 - Plenário. Data da Sessão: 01/12/2010.

_____. **Processo nº 025.812/2007-2**. Ministro Relator Augusto Nardes. Acórdão nº 8.356/2010 - Primeira Câmara. Sessão de 07/12/2010

_____. **Processo nº 006.567/2005-5**. Ministro Relator Aroldo Cedraz. Acórdão nº 34/2011 - Plenário. Data da Sessão: 19/01/2011.

_____. **Processo nº 020.159/2010-2**. Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Acórdão nº 106/2011 - Plenário. Data da Sessão: 26/01/2011.

_____. **Processo nº 007.965/2008-1**. Ministro Relator Valmir Campelo. Acórdão nº 943/2011 - Plenário. Data da Sessão: 13/04/2011.

_____. **Processo nº 014.245/2011-6**. Ministro Relator José Jorge. Acórdão nº 2.190/2011 - Plenário. Data da Sessão: 17/08/2011

_____. **Processo nº 004.063/2008-4.** Ministro Relator José Jorge. Acórdão nº 1.162/2014 - Plenário. Data da Sessão: 07/05/2014.

_____. **Processo nº 032.583/2011-7.** Ministro Relator José Múcio Monteiro. Acórdão nº 1681/2015 - Primeira Câmara. Data da Sessão de 24/03/2015.

BITTENCOURT, Sidney. **Contratando sem licitação.** São Paulo: Almedina, 2016.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo.** Vol. I. 10ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CRETELLA JR., José. **Das licitações Públicas.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo.** 7ª ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

D'AVILA, Vera Lúcia Machado. **Dispensa de licitação. Urgência ou emergência. Conceito.** *In:* Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 110-113.

DALLARI, Adilson Abreu. **Dispensa de licitação por urgência.** *In:* Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), nº 69/852-857. Curitiba, nov/1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Dispensa de licitação. Urgência da contratação. Inércia do Servidor.** *In:* Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Forense de Artes Gráficas, 1967.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 10ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, José Jarbas de Aguiar. **Dispensa de Licitação**. *In*: Ensaio de Cidadania 1: Licitações. TARIFA, José Benedito (coordenador). São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, 2005, p. 84-116.

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

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. Dispensa e inexigibilidade de licitação. *In*: MEDAUAR, Odete (organizador). **Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 1998, p. 33-59.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros,

2003.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo**. *In: Revista de Direito Público – RDP*, n. 15. São Paulo, jan./mar. 1971.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada – o problema da conceituação das normas gerais**. *Revista de Informação Legislativa* n. 100, out./dez, 1988.

_____. **Curso de direito administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUKAI, Toshio. **Estatutos jurídicos de licitações e contratos administrativos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

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

PEREIRA JR., Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**.

Brasília. 1995, p. 21. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>> Acesso em: 12 de dez. de 2018.

RAMOS, Saulo. **Licitação - Decreto-lei nº 2.300 - Exposição de motivos**. Revista de Direito Administrativo - RDA, v. 166, 1986, p. 174. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45345/43832>> Acesso em: 06 de dez. de 2018.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático das licitações**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes Rocha. **Conceito de urgência no direito público brasileiro**. In: Revista Trimestral de Direito Público - RTDP, nº 01. São Paulo: Malheiros, 1993.

ROSILHO, André. **Licitações no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2015.

SOGAYAR, Alberto Sanz. **A questão relativa à vigência contratual no tocante à contratação sem licitação decorrente de emergência ou calamidade pública**. In: Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), nº 36/100-102. Curitiba, fev./1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TANAKA, Sônia Yuriko. Dispensa e inexigibilidade de licitação. In: **Estudos sobre licitações e contratos**. GARCIA, Maria (coord.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 17-61.

TELLES, Antônio A. Queiroz. **Introdução ao direito administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p151.htm> > Acesso em: 29 nov. 2018.

ZENITE, Consultoria. **A atenuação do limite de 180 dias de duração dos contratos por emergências**. *In*: Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), nº 82/1010-1013. Curitiba, dez./2000.