

**GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO
SECRETARIA DE ESTADO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
CURSO DE DIREITO**

MIQUÉIAS OLIVEIRA DOS SANTOS

**CONTRATOS E LICITAÇÃO: DISPENSA EM CASOS DE
EMERGÊNCIA E CALAMIDADE PÚBLICA E A MORALIDADE
ADMINISTRATIVA**

PONTES E LACERDA-MT

2021

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO
SECRETARIA DE ESTADO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
CURSO DE DIREITO

MIQUÉIAS OLIVEIRA DOS SANTOS

**CONTRATOS E LICITAÇÃO: DISPENSA EM CASOS DE
EMERGÊNCIA E CALAMIDADE PÚBLICA E A MORALIDADE
ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Direito da
Universidade do Estado do Mato
Grosso, *Campus* de Pontes e
Lacerda-MT, como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel
em Direito, sob orientação do Prof.
Victor Luiz Martins de Almeida.

PONTES E LACERDA-MT

2021

MIQUÉIAS OLIVEIRA DOS SANTOS

**CONTRATOS E LICITAÇÃO: DISPENSA EM CASOS DE
EMERGÊNCIA E CALAMIDADE PÚBLICA E A MORALIDADE
ADMINISTRATIVA.**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Direito da
Universidade do Estado do Mato
Grosso *Campus* de Pontes e
Lacerda-MT como requisito parcial
para obtenção do Título de Bacharel
em Direito

Prof. Victor Luiz Martins de Almeida – Orientador

BANCA: Prof.

BANCA: Prof.

Pontes e Lacerda, Janeiro de 2021.

Toda Glória ao Deus todo poderoso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo folego de vida. Pois sem Ele, tenho a certeza e convicção de que jamais chegaria até aqui. E também por ter me dado a oportunidade de fazer mais esta graduação, agradeço aos meus pais, David Rodrigues e Aparecida de Oliveira, por ter me ajudado, desde a mais tenra idade dando todo apoio e suporte para chegar até aqui, meu carinho, respeito, e gratidão pela vida dos senhores.

Agradeço ao meu orientador Prof. Victor Luiz por todo amparo, sanando duvidas, e dando sugestões e orientações para a realização deste trabalho. Esteve sempre disponível, se já lhe admirava antes, pode ter certeza que essa admiração aumentou. Sucesso sempre.

Não poderia deixar de agradecer aos professores e mestres, com quem tive a oportunidade de aprender ao longo deste curso.

Minha esposa, Késia Grugel, teve um papel especial e preponderante para que eu pudesse chegar até aqui. E meu filho, uma das maiores alegrias da minha vida, Lorenzo Oliveira. Pois muitas vezes chegava em casa cansado e aquele bebê, com aquele sorriso no rosto, fazia todo cansaço desaparecer, renovando as forças e energia. Deus é testemunha do meu amor por vocês. Amo vocês.

“Tudo tem seu tempo determinado, e há tempo para
todo o proposito debaixo do céu.”
Eclesiastes 3.1 – Bíblia Sagrada

RESUMO

Conforme disposição constitucional, é preconizado que a regra para a Administração Pública poder contratar obras ou serviços, ou alienar, é feito através de licitação pública. Todavia, a problemática abordada no presente trabalho é sobre as situações excepcionais que possibilita à Administração fazer contratação direta, via dispensa de licitação. Para tanto, inicialmente, é abordado os contornos da atividade administrativa. Passando também pelos princípios constitucionais que regem à Administração Pública, com foco maior no princípio da moralidade. Após, será abordado a lei de licitação, a saber, a Lei 8.666/93, com foco nos casos de dispensa de licitação, mais precisamente, a dispensa de licitação por motivo de situação de emergência ou calamidade pública. Por fim, passaremos a estudar sobre a improbidade administrativa, trazendo também casos que foram julgados a respeito da má utilização da dispensa de licitação em comento. Para isso, o presente trabalho terá como método de pesquisa o dedutivo, com pesquisa do tipo qualitativa, com uso de material bibliográfico e documental-legal.

Palavra-chave: Licitação, dispensa, moralidade, emergência, calamidade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
2.1. CONCEITO	12
2.2. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.3. PRINCÍPIOS EXPRESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	14
2.3.1. Legalidade	14
2.3.2. Impessoalidade	15
2.3.3. Moralidade	16
2.3.4. Publicidade	19
2.3.5. Eficiência	20
3. LICITAÇÃO	21
3.1. Conceito e Finalidades da Licitação	22
3.2. Princípios Norteadores da Licitação Pública	23
3.2.1. Da Igualdade	24
3.2.2. Da Vinculação ao Instrumento Convocatório	24
3.2.3. Do Julgamento Objetivo	25
4. LEI 8.666/1993	25
4.1. Competência Para Legislar	26
4.2. Aspectos Gerais da Lei de Licitação	27
4.3. Diferença entre dispensa e inexigibilidade	29
4.4. Dispensa de licitação no artigo 24	30
4.5. Dispensa de licitação em casos de emergência e calamidade pública ..	31
4.6. Diferença entre calamidade pública e emergência	35
4.7. Formas de Controle da Atividade Licitatória	37
5. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	40

6. APLICAÇÃO IRREGULAR DA DISPENSA DE LICITAÇÃO	43
7. CONCLUSÃO	46
8. REFERÊNCIAS	47

1. INTRODUÇÃO

O foco deste trabalho está contemplado na lei que regula o processo licitatório no Brasil. Sendo está a Lei Federal 8.666, de 21 de Junho de 1993. O foco se dará, mais especificamente sob as contratações diretas em casos de emergência e calamidade pública.

A regra geral para a Administração Pública é pela licitação, sendo a esta permitida fazer apenas aquilo que a lei permite e autoriza. Sendo assim, o tema a ser estudado é uma das exceções à regra.

Para alcançarmos o objetivo, este trabalho será dividido em cinco capítulos. Onde no primeiro capítulo será abordado a respeito da Administração Pública, trazendo seus conceitos e finalidades. Também será apresentado os princípios que norteiam a administração pública, com foco principalmente no princípio da moralidade. Para tanto, isso pede um estudo do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, será estudado a respeito do instituto da licitação. Assim, será respondido perguntas como “qual o conceito e finalidade da licitação?”. Ainda, será apresentado, de acordo com a doutrina alguns dos princípios específicos e norteadores da licitação pública.

No terceiro capítulo, abordaremos, especificamente, a lei de Licitação no artigo 24, inciso IV. Que versa sobre a contratação direta em casos de emergência e calamidade pública. Dessa forma, será apresentado a diferença entre emergência e calamidade pública. Como também em quais circunstancia pode, a Administração Pública, alegar uma ou outra possibilidade.

Já no quarto capítulo será estudado sobre o instituto da improbidade administrativa. Pois quando um gestor não cumpre o que a lei determina, ou atua fora dela, o mesmo terá as suas responsabilidades apurada.

Por fim, no capítulo quinto, traremos alguns casos específicos de julgamentos do Tribunal de Contas de União (TCU), onde se pode observar

gestores fazendo uso de contratação direta emergencial e se os mesmos fizeram o uso da forma correta.

Dessa forma, a temática principal deste trabalho, é buscar uma observação crítica da aplicação da contratação direta em casos de emergência a calamidade, isso em face ao princípio expreso constitucional da moralidade administrativa.

E para alcançar o objetivo deste trabalho, o mesmo terá como método de pesquisa o dedutivo, com pesquisa do tipo qualitativa, com uso de material bibliográfico e documental-legal.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O presente capítulo traz uma abordagem da Administração Pública. Trazendo também, de forma breve, o que se entende da expressão Administração Pública, sendo esta uma disciplina do Direito Administrativo, que integra o ramo do direito público.

Antes, todavia, de se conceituar Administração Pública, é importante que se entenda, primeiramente, o conceito de Governo. De acordo com Meireles (2015, p. 68) “Governo é a expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente”.

Ainda segundo Furtado (2016, p. 200), Governo pode ser definido da seguinte maneira:

O Governo — entendido como produto da vontade da população, como opção política ou critério para a fixação dos objetivos do Estado — atua por meio das diversas unidades que compõem a Administração Pública.

Dessa forma, o Governo é responsável pela função política do Estado, se relacionando com comando, coordenação, direção e fixação de objetivos, e planos para a atuação do Estado. Diferente da Administração Pública, pois, esta está relacionada ao aparelhamento que dispõe o Estado para a execução das políticas de Governo, como veremos.

2.1. CONCEITO

Não é tarefa simples se definir e conceituar Administração Pública, pois “não oferece contornos bem definidos, quer pela diversidade de sentidos da própria expressão, quer pelos diferentes campos em que se desenvolve a atividade administrativa”. (MEIRELES, 2015, p. 88)

Isso é tão latente que Carvalho Filho (2019) chega a afirmar que a expressão administração pública é um tanto quanto duvidosa, em razão de poder exprimir mais de um sentido.

Todavia, a Administração Pública pode ser analisada tanto em sentido amplo e em sentido estrito, quanto em sentido formal, orgânico ou subjetivo e em sentido material, funcional ou objetivo.

Em sentido amplo, leciona Meireles (2015) que administração pública alcança os órgãos de governo e os órgãos e entidades com função administrativa. Já em sentido estrito, o mesmo autor ensina que alcança apenas órgãos e entidades com funções meramente administrativas.

Em sentido formal, o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelho do Estado preordenado à realização de serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas. (MEIRELES, 2015, p. 68)

Neste mesmo viés, Furtado (2016, p. 126) estabelece que:

A expressão Administração Pública pode ser entendida em sentido orgânico ou em sentido funcional. Do ponto de vista orgânico, a Administração Pública compreende as diversas unidades administrativas (órgãos e entidades) incumbidas de cumprir os fins do Estado, incluídos aqueles afetos às funções legislativas ou judiciais.

Em sentido objetivo, Carvalho Filho (2019) afirma que deve ser a própria atividade administrativa exercida pelo Estado, através de seus órgãos e agentes. E em sentido subjetivo significa o conjunto de órgãos, agentes e pessoas jurídicas que executam a atividade administrativa.

Assim, apesar de muitas definições e critérios, pode-se resumir à Administração Pública a função basilar de atender aos interesses e necessidades da coletividade.

2.2. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Brasil, a Administração Pública é regida por parâmetros legais. Ou seja, todo ato e atividade administrativa da Administração Pública deve ter respaldo legal, através de normas jurídicas. A doutrina, hodiernamente, classifica essas normas jurídicas em duas categorias, a saber, os princípios e as regras.

As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite a adoção do critério da ponderação de valores (ou ponderação de interesses), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese sub examine, será atribuído grau de preponderância. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 94-95)

Nesta mesma linha, Furtado (2016, p. 79) afirma que “os princípios servem de parâmetros para a interpretação de todas as regras”.

Devido ao seu elevado nível de abstração, os princípios prestam-se a resolver questões e permitem que o administrador apresente soluções juridicamente fundamentadas. Se não existe regra que permita, por meio de sua aplicação direta, apresentar a solução jurídica para o problema real, o exame dos princípios gerais da Administração Pública sempre apresentará a solução. (FURTADO, 2016, p. 79)

Dessa forma, se uma norma jurídica permitir mais de uma interpretação legal ou se houver conflitos entre as mesmas, terão lugar os princípios. A importância dos princípios é de tamanha relevância que Di Pietro (2020) conclui que os princípios permite que seja estabelecido equilíbrio entre os administrados e as prerrogativas que a Administração Pública possui.

Os princípios cumpre, também, duas funções básicas. Que de acordo com Mazza (2019) possui a função hermenêutica e a função integrativa. Onde na primeira função quando houver dúvidas sobre o

significado de alguma norma, os princípios pode ser utilizado como ferramenta de esclarecimento. E a segunda função tem o objetivo de suprir lacunas normativas.

O artigo 37, *caput*, da Constituição Federal versa que a Administração Pública deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – este último acrescentado pela Emenda Constitucional 19/1998.

Todavia, há que se ressaltar, que estes não são os únicos princípios que a Administração Pública deve obedecer. Esses são os princípios expressos ou explícitos, pois estão contidos na Constituição Federal, existindo ainda os princípios implícitos ou reconhecidos, que estão em legislação esparsas, mas que também devem ser obedecidos pela Administração. Sendo exemplos desses princípios, de acordo com Meireles (2015), a razoabilidade, a proporcionalidade, a ampla defesa, o contraditório, a segurança jurídica, a motivação, a indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público.

2.3. PRINCIPIOS EXPRESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 preceituou os denominados princípios expressos. E na concepção de Carvalho Filho (2019) a conduta administrativa somente poderá ser considerada válida se estiver com eles compatível.

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:[...] (BRASIL, 1988)

Assim, para que haja um melhor entendimento dos princípios acima exposto, passa-se a discriminar, doutrinariamente, os princípios expressos que regem a atividade administrativa do Estado.

2.3.1. Legalidade

O princípio da legalidade está ligado diretamente à ideia do Estado de Direito, onde todos são submetidos a vontade da lei. E isso está pautado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal (1988), onde afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Para Mazza (2019) esse dispositivo constitucional consagra a chamada legalidade geral. Assim, tanto os particulares, quanto a Administração Pública devem obediência ao princípio da legalidade.

Todavia, esse princípio terá efeito distintos para ambos. Enquanto que para o particular lhe é facultado fazer tudo aquilo que a lei não veda, para a Administração é o contrário, podendo fazer aquilo, e somente aquilo, que a lei autorizar. (MEIRELES, 2015)

Neste mesmo viés Alexandrino complementa:

[...] a legalidade traduz a noção de que a administração pública somente tem possibilidade de atuar quando exista lei que assim determine (atuação vinculada) ou autorize (atuação discricionária). Deve sempre o administrador público obedecer estritamente ao estipulado na lei, ou, sendo discricionária a atuação nela prevista, observar os termos, condições e limites autorizados na lei. (ALEXANDRINO, 2017, p. 233)

Dessa forma, fica claro que este princípio rege todo e qualquer ato da Administração Pública. Onde, se algum ato contrariar esse princípio o mesmo se torna inválido.

2.3.2. Impessoalidade

Este princípio estabelece que a administração deve ser imparcial na defesa do interesse público, visando impedir discriminações e favorecimentos de alguns em detrimento de outros. (MAZZA, 2019)

O princípio da impessoalidade também é denominado por alguns autores como princípio da finalidade e igualdade ou isonomia:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição/88 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. (MEIRELES, 2015, p. 97)

Nesta mesma linha, Furtado (2016, p. 84) preceitua que:

[...] O princípio da impessoalidade requer que a lei e a Administração Pública confirmem aos particulares tratamento isonômico, vale dizer, não discriminatório. Todos são iguais perante a lei e o Estado. Este é o preceito que se extrai da impessoalidade quando examinado sob a ótica da isonomia. A isonomia, ou o dever que a Constituição impõe à Administração Pública de conferir tratamento não diferenciado entre os particulares, é que justifica a adoção de procedimentos como o concurso público para provimento de cargos ou empregos públicos ou a licitação para a contratação de obras, serviços, fornecimentos etc. [...]

Assim, o princípio da impessoalidade possui algumas facetas, que devem ser observados pelo administrador público. E entre elas, é cabível destacar a vedação da promoção pessoal do administrador, pois a atuação deve ser imputada ao Estado e não a pessoa física do administrador.

2.3.3. Moralidade

Este é um princípio, por vezes também chamado de moralidade administrativa, que tem a sua existência rejeitada por alguns doutrinadores, pois de acordo com Di Pietro (2020), alguns entendem que o mesmo está abarcado e absorvido pelo conceito de legalidade.

Contrariamente a este posicionamento, Furtado (2016, p. 87), ressalta que “quando a Constituição Federal expressamente menciona a moralidade administrativa e a eleva à qualidade de princípio distinto da legalidade, pretende que o primeiro princípio não se confunda com o segundo.”

Feito essa ressalva, faz-se necessário ressaltar que este princípio é um dos temas principais deste trabalho, sendo assim, foi adotado autores que concordam com a existência do mesmo. E por esse motivo este princípio terá um pouco mais de ênfase que os demais.

Inicialmente, faz-se necessário a contextualização das teorias que tem por objetivo explicar as relações que existe entre normas jurídicas e normas morais.

A primeira dessas teorias é a teoria do mínimo ético, defendida por Jeremias Bentham e por Georg Jellinek. Ela defende que o Direito faz parte, está contido, dentro do campo das regras sociais, os quais pertence a

moral. Essa teoria parte do pressuposto que todas as normas jurídicas são morais.

Outra teoria, esta defendida por Hans Kelsen, prega que não existe nenhuma vinculação entre o direito e a moral, sendo cada uma delas conjuntos diferentes de regras sociais.

Por fim, outra teoria, sendo esta mais difundida e aceita entre os doutrinadores, é a teoria dos círculos secantes, defendida por Du Pasquier. Ela explica que o Direito e a Moral são campos distintos, todavia, possui uma área de intersecção entre elas. Ou seja, apesar de serem diferentes, as mesmas possui campos em comum. (MAZZA, 2019)

Este é um princípio que, para Furtado (2016), não é de fácil conceituação. O que não resta dúvidas é que para Meireles (2015, p. 94) “a moralidade administrativa não deve ser confundida com a moralidade comum”.

Sendo ainda mais incisivo, Mazza (2019, p. 186) versa que:

Enquanto a moral comum é orientada para uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, distintamente, a moral administrativa é orientada para uma distinção prática entre a boa e a má administração.

A moralidade é preceituada por Carvalho Filho (2019, p. 98) da seguinte forma:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

O mesmo autor ressalta ainda que esta forma de conduta deve existir não somente entre a Administração e os administrados, mas também internamente, ou seja, entre a Administração e os agentes públicos integrantes da mesma.

Falando especificamente em relação ao agente administrativo no exercício de suas funções, o conceituado Hely Lopes Meireles preceitua que:

O agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá

desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. (MEIRELES, 2015, p. 94)

Apesar de existir controvérsia, entre alguns doutrinadores, a respeito da existência ou não da moralidade como princípio, o legislador brasileiro tem criado leis e mecanismos com o objetivo de punir o agente público que age de forma desonesta, de forma improba, de forma imoral. E uma dessas leis que merece destaque é a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), que em seu artigo 4º afirma que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”. E vai além no artigo 11, afirmando que qualquer prática, seja por ação ou omissão, que violar o dever de honestidade, irá constituir a prática de improbidade administrativa.

A importância desse princípio é revelada também pelo que Mazza (2019) chama de “instrumentos para defesa da moralidade”. Que são ferramentas que a legislação pátria prevê para a proteção da moralidade administrativa. Entre elas podemos destacar a Ação Popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, a Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, de legitimidade do Ministério Público e pessoas jurídicas interessadas, o Controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Sendo assim, na visão de Carvalho Filho (2019, p. 100) “não faltam instrumentos de combate a condutas e atos ofensivos ao princípio da moralidade administrativa”.

Por fim, é esplendida e esclarecedora as lições trazidas por Furtado (2016, p. 89).

Não se exige dos administradores públicos o mero cumprimento da lei. De todos os administradores, sobretudo daqueles que ocupam os cargos mais altos na estrutura do Estado, exige-se muito mais. Exige-se — e se deve exigir — dos ocupantes dos altos cargos do Estado conduta impecável, ilibada, exemplar. Se dos particulares podem ser admitidos pequenos deslizes, pequenas falhas, que merecem a reprovação do Direito — como o chamado “dever cívico” de resistir ao pagamento de imposto —, tal postura não se pode admitir dos administradores públicos. A moralidade cobra da Administração — e, repito, sobretudo dos ocupantes dos altos cargos de nosso País — conduta exemplar e inatacável.

2.3.4. Publicidade

O princípio da publicidade pode ser entendido como o dever, a obrigação que a administração pública possui de dar transparência aos seus próprios atos, através da divulgação dos mesmos. (FURTADO, 2016)

Seguindo neste mesmo raciocínio, Meireles (2015, p. 100), leciona que o princípio da publicidade:

É a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

Dessa forma, para que os atos praticados pela administração possam passar a ter efeitos externos, isto é, diante dos seus administrados, necessário se faz dar publicidade a eles.

Existe, todavia, uma discussão doutrinária de que se a publicidade é requisito de eficácia ou requisito de validade. Para Meireles (2015) o este princípio possui requisito de eficácia, dando o exemplo de que os atos irregulares não se convalidam com a publicação. Já para Carvalho Filho (2019) possui requisito de validade, onde o ato somente é considerado perfeito, concluído, somente quando ocorrer a publicação dos mesmos.

Assim, existe a necessidade de se diferenciar que existe diferença entre publicidade e publicação.

Ainda em relação à publicidade, deve ser mencionado que ela não se confunde com a publicação de atos. Esta, a publicação, que salvo disposição legal em sentido contrário deve ser entendida como publicação em órgão oficial (diário oficial), é uma das formas possíveis de dar publicidade aos atos administrativos. São várias as outras formas de publicidade existentes: notificação direta, afixação de avisos, internet etc. (FURTADO, 2016, p. 93)

Por fim, nem todos os atos da administração pode e deve ser divulgado, ou seja, o princípio da publicidade comporta algumas exceções. Segundo a Constituição Federal são três as hipóteses em que não deve se dar publicidade: quando houver riscos à segurança do Estado, quando houver possibilidade de risco a sociedade e para preservar a intimidade dos envolvidos.

2.3.5. Eficiência

Um dos pilares da Reforma Administrativa que buscou a implementação do modelo de administração pública gerencial, o princípio da eficiência foi alçado a princípio expresso na Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19/98.

Para Meireles (2015, p. 105) “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Para Carvalho Filho (2019, p. 108) esse princípio possui um núcleo, que é:

[...] a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Neste mesmo viés, é apresentado por Di Pietro (2020, p. 250) outra faceta deste princípio.

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Esse princípio, todavia, não pode ser analisado de forma isolada. Precisa ser visto e analisado em conjunto com os demais princípios da Administração Pública. Pois o mesmo não pode ser usado pelo administrador como pretexto para descumprir a lei. Dessa forma, a eficiência consiste em fazer com que a administração busque os melhores resultados por meio da aplicação da lei. (MAZZA, 2019)

Ainda, o princípio da eficiência está ligado a ideia de eficácia e de efetividade, mas com eles não pode ser confundido. A eficiência está relaciona a forma como se é processado o desempenho da atividade administrativa, ou seja, a conduta dos agentes públicos. A eficácia está relacionada com os meios e instrumentos que são utilizados por esses agentes no exercício da administração. Já a efetividade, se relaciona com

os resultados que são obtidos pela administração pública. Em suma, é possível que determinadas condutas eficientes e eficazes não alcancem a devida efetividade. (CARVALHO FILHO, 2019)

3. LICITAÇÃO

A Administração Pública atua de forma distinta dos particulares. Pois os particulares estão livres para pactuarem entre si e desenvolver toda e qualquer tipo de atividade, desde que não seja proibido por lei, vigorando o princípio da autonomia da vontade. Já a Administração Pública é justamente o oposto, devendo fazer somente aquilo que a lei autoriza, pois deve observar princípios e dispositivos constitucionais, onde pode se destacar o princípio da legalidade e da impessoalidade. Princípios esses que estão relacionados, de forma direta, com o procedimento licitatório. (FURTADO, 2016)

Dessa forma, se a Administração Pública objetiva efetivar algum tipo de ação, como compra, alienação, realizar alguma obra ou prestar algum serviço, será obrigatório o processo de licitação, como versa o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal (1988).

[...] 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. (BRASIL, 1988)

Assim, a lei não deixou somente ao critério exclusivo do administrador as pessoas e empresas que poderiam ser contratados pela Administração Pública. Ou seja, a licitação é regra, mas que comporta exceções. E essas hipóteses estão listadas na Lei de Licitação nº 8.666/93, lei esta que será objeto de análise, mais adiante, no presente trabalho. Todavia, já é importante ressaltar que de acordo com a citada lei, em seu artigo 1º, parágrafo único, que:

Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as

fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 1993)

3.1. Conceito e Finalidades da Licitação

O conceito e a finalidade da licitação na Administração Pública, doutrinariamente, praticamente não existe discussão. Di Pietro (2020, p. 766) conceitua a licitação como sendo 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 entre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Já Marcelo Alexandrino e Vicente de Paula (2017, p. 689), preceitua que licitação é:

Procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações a que eles se propõem.

Neste mesmo viés, Meirelles (2015, p. 310), versa que:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a: Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.

Por fim, Carvalho Filho (2019, p. 378), leciona que a licitação é:

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

Depreende-se desses conceitos que a licitação é um processo administrativo, que precede a assinatura do contrato, que é um ato vinculado, que é de observância obrigatória e que visa selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Ressalta-se ainda, que, como versa Mazza (2019), que a proposta mais vantajosa sempre será aquela com o preço mais baixo.

Por fim, a licitação, ainda de acordo com Mazza (2019), possui duas finalidade fundamentais, a saber, estimular a competitividade para buscar a melhor proposta entre os futuros e potenciais contratados e também oferecer condições de igualdade, em nome da isonomia, a todos que queiram participar do processo licitatório, desde que preencham as condições estabelecidas no instrumento convocatório.

3.2. Princípios Norteadores da Licitação Pública

O legislador, ao elaborar a Constituição de 1988 através do poder constituinte originário, deixou disciplinado que deveria ser assegurado condições de igualdade a todos os concorrentes. Ou seja, está positivando o princípio da igualdade entre os concorrentes. Já o legislador infraconstitucional foi mais detalhista, e nas palavras de Mazza (2019), mais direto. Pois, além dos princípios constitucionais, expostos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, deixou também outros princípios que são norteadores da licitação pública.

Todavia, não há, segundo Di Pietro (2020, p. 772), “uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação”. A referida autora cita como exemplo os princípios da livre concorrência, da igualdade entre os concorrentes, da igualdade entres todos perante a administração, do estrito cumprimento do edital, da rigorosa observância das condições do edital.

Optamos, neste trabalho, por seguir os princípios norteadores que estão disciplinados na Lei de Licitação 8.666/93, pois estes princípios abarca praticamente todos os que são citados pela doutrina. O artigo 3º da citada lei aborda os princípios norteadores da licitação da seguinte maneira:

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

Pode-se observar que alguns dos princípios são princípios já analisadas anteriormente, dessa forma passa-se a análise dos princípios ainda não abordados, a saber, o princípio da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

3.2.1. Da Igualdade

O princípio da igualdade, também chamado de princípio da isonomia, está fundamentado como direito fundamental no artigo 5º da Constituição Federal. O mesmo prescreve que a Administração deve dispensar tratamentos idênticos a todos os administrados que se encontram na mesma situação. Dessa forma, ao ser prescrito na Lei de Licitação, o legislador está assegurando condições de igualdade a todos os concorrentes. (ALEXANDRINO, 2017)

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 387)

Indo além, Di Pietro (2020) leciona que este princípio é um dos alicerces da licitação, pois tem o objetivo de permitir que uma das funções da licitação seja atendida, a saber, a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.

3.2.2. Da Vinculação ao Instrumento Convocatório

Ao se publicar um instrumento convocatório – edital ou carta-convite – a Administração Pública se vincula e se alinha com as regras ali registradas. Carvalho Filho (2019) afirma que este princípio é uma garantia, tanto para o administrador, quanto para o administrado. Dessa forma, se a regra contida no instrumento convocatório não for respeitado, o procedimento se torna inválido.

Além disso, para Furtado (2016, p. 360), preceitua que este princípio:

Não é apenas um guia para o processamento da licitação, como também de parâmetro para o futuro contrato. Ele é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da Administração Pública quanto dos licitantes.

Nesta mesma linha, Meireles (2015) versa que o instrumento convocatório é a lei interna da licitação, devendo ser por todos observado.

3.2.3. Do Julgamento Objetivo

O instrumento convocatório deve conter, de forma clara, os critérios que serão adotados para determinar quem será o licitante vencedor. (MAZZA, 2019)

Este princípio deve ser usado pelo administradores para se evitar o julgamento subjetivo, onde a vontade do administrador poderia prevalecer.

É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o que se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento. (MEIRELES, 2015, p. 321)

Desse forma, os critérios de julgamento devem estar fixados no instrumento convocatório, e se o administrador agir em desconformidade com esse instrumento, por exemplo, utilizando regras que não estavam nele previstas, o procedimento licitatório poderá ser anulado.

4. LEI 8.666/1993

4.1. Competência Para Legislar

Inicialmente, se faz necessário determinar quem detém a competência para legislar sobre licitação, que de forma doutrinária, é uma discussão um tanto quanto controversa.

A Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XXVII, prescreve que é de competência privativa da 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. (BRASIL, 1988)

A doutrina, por sua vez, entende que, como o texto constitucional arremeteu a União apenas a criação das normas gerais sobre licitação, subentende-se que as normas específicas competem às demais unidades federativas. Concluindo-se, assim, que todas as unidades federativas também podem legislar sobre licitação, ou seja, trata-se, na verdade, de uma competência concorrente e não privativa. E que foi incluída no rol de competência privativa de forma equivocada. (MAZZA, 2019)

Por "normas gerais" devem entender-se todas as disposições de determinada lei aplicáveis indistintamente às licitações e contratos da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como de seus desmembramentos autárquicos e paraestatais. (MEIRELES, 2015, p. 309)

Resume ao fato, que segundo a Constituição Federal de 1988 a competência para legislar sobre licitação é privativa da União. Por outro, para a doutrina, é uma competência concorrente.

E essa controvérsia tem rendido discussões, inclusive judiciária. Pois, alguns Estados, diante de determinada lei, acusa a União, que a pretexto de elaborar normas gerais, invadem a competência dos Estados e elabora normas especiais. Por outro lado, o inverso disso, também gera polêmica. Quando os Estados elaboram normas especiais sobre licitação e invade a competência da União, criando normas gerais. (FURTADO, 2016)

Por fim, o que não resta dúvidas é que as normas gerais de licitação foram editadas pela União através da Lei Federal nº 8.666/93 – Lei Geral de Licitações.

4.2. Aspectos Gerais da Lei de Licitação

A licitação, como já abordado, é uma regra constitucional, que está positivada na Lei de Licitações 8.666/93. Esta lei por sua vez, possui algumas características e peculiaridades, para que seja alcançado os objetivos da licitação, que é alcançar a proposta mais vantajosa para a administração, garantir o princípio da isonomia e promover o desenvolvimento nacional sustentável. (OLIVEIRA, 2020)

A referida lei determina as modalidades de licitação, que são procedimentos e formalidades que precisa ser observados pela Administração Pública. É listado, na lei de licitação, cinco modalidade de licitação, a saber, concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. É preceituado ainda, que é proibido a criação de outras modalidades e também não é possível a combinação das mesmas. (OLIVEIRA, 2020)

Comumente se é confundido a modalidade com o tipo de licitação, todavia, existe diferenças entre elas. A Lei de Licitação referencia quatro tipos de licitação: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, e maior lance ou oferta. O tipo de licitação serve como critério para julgamento das propostas. (MAZZA, 2019)

Ainda, a lei de licitação preceitua a respeito do objeto da licitação, que é o conteúdo do futuro contrato que será firmado pela Administração após regular processo licitatório. De acordo com a Lei de Licitações, são objetos de licitação: obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública. Essa lista, todavia, é exemplificativa. (OLIVEIRA, 2020)

Existe também o denominado procedimento licitatório. Que são as fases pelas quais a licitação deve passar para que a Administração possa ao seu final celebrar um contrato de maneira licita. Existindo, assim, a fase do edital, que delimita a atuação dos licitantes, como também da

Administração; da habilitação, onde se averigua as condições de cada licitante; da classificação, onde as propostas dos licitantes habilitados são analisadas; da homologação, onde é confirmado, ou não, a legalidade dos atos realizados durante as fases anteriores; e por fim, a fase da adjudicação, onde se entrega o objeto da licitação a proposta vencedora. A depender da modalidade, o procedimento poderá ser modificado. (SPITZCOVSKY, 2019)

Por fim, como pode ser observado até aqui, a regra geral da Administração Pública é pelo procedimento licitatório. Todavia, a licitação também comporta exceções. E essas exceções estão dispostas na Lei de Licitação. Essa é a chamada contratação direta, onde em determinadas hipótese a licitação se torna inviável ou inconveniente para o interesse público. Há que se ressaltar ainda, que mesmo sendo chamado de contratação direta, não fica dispensado a observância de um procedimento formal prévio, onde a administração explicita a motivação da decisão administrativa. Dessa forma, as hipóteses de contratação direta são: a licitação dispensada, no artigo 17; a dispensa de licitação ou licitação dispensável, no artigo 24; e, a inexigibilidade de licitação ou licitação inexigível, no artigo 25, todos da Lei 8.666/93. (OLIVEIRA, 2020)

Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão. (ROSSI, 2020, p. 1113-1114)

Não é objetivo deste trabalho esgotar o tema a respeito da contratação direta pela Administração Pública, mas visa focar nos casos de dispensa de licitação do artigo 24, mais precisamente no inciso IV, que autoriza a contratação direta em casos de emergência ou calamidade pública. E isso será feito logo abaixo, iniciando-se pela diferença entre dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação.

4.3. Diferença entre dispensa e inexigibilidade

Para se melhor compreender os institutos da dispensa e da inexigibilidade da licitação, necessário se faz diferenciar ambos.

A lei de licitações, inicialmente, ventila a hipótese de licitação dispensada, licitação dispensável e licitação inexigível. Tem-se, em uma primeira leitura que seria três os institutos de contratação direta, todavia, a licitação dispensada e a dispensável, são, segundo Furtado (2016), modalidades de dispensa de licitação. Teríamos, então, dois conceitos a serem diferenciados, a saber, a dispensa de licitação e a inexigibilidade de licitação.

A dispensa de licitação, de acordo com Carvalho Filho (2019), é caracterizado quando o procedimento poderia ser realizado, mas em virtude da particularidade do caso, o legislador optou por não obrigá-lo a licitar. Já a inexigibilidade, para o mesmo autor, se diferencia no quesito, de que aqui, não é viável a realização da licitação.

No mesmo sentido, Mazza (2019, p. 903) prescreve que:

Os casos de dispensa envolvem situações em que a competição é possível, mas sua realização pode não ser para a Administração conveniente e oportuna, à luz do interesse público. Assim, nos casos de dispensa, a efetivação da contratação direta é uma decisão discricionária da Administração Pública.

Pode-se observar, ainda, segundo Oliveira (2020), que a dispensa de licitação possui duas características principais, que são o rol taxativo e a discricionariedade do administrador. Neste mesmo sentido, mas admitindo exceção, Di Pietro (2020) faz a ressalva de que existem casos de dispensa que escapam a discricionariedade do administrador, pois já estão determinados por lei.

Por fim, Di Pietro (2020, p. 798) faz a seguinte diferenciação:

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.

Assim, tanto a dispensa de licitação, quanto a inexigibilidade, possui respaldo doutrinário e principalmente legal. Pois o legislador teve a preocupação de dar um norte para que o administrador, em determinadas situações, fazer usa a dispensa ou da inexigibilidade.

4.4. Dispensa de licitação no artigo 24

No artigo 24 da Lei de Licitação, em seus 35 incisos, são descritos as situações, taxativas, onde a licitação será dispensada. Assim, nesse artigo em comento, são registrados as condições ou os casos em que o procedimento licitatório não é obrigatório, podendo ocorrer a contratação direta.

Garcia (2018, p. 304), leciona a respeito do artigo 24 da seguinte forma:

A dispensa de licitação prevista no art. 24 da Lei 8.666/1993, envolve um juízo discricionário do administrador, que, diante da situação concreta, opta pela não realização do certame, por entender que o interesse público será mais bem atendido sem licitação.

Ainda, segundo Justen Filho (2014), a dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal.

Assim, as hipótese de dispensa de licitação dispostas no artigo em comento, pode se subdividida em quatro categorias, a saber, dispensada em razão de pequeno valor, em razão de situações excepcionais, em razão da pessoa ou em razão do objeto. (ROSSI, 2020)

Ainda, as hipóteses do artigo 24 são exposta de forma exaustiva, como se vê.

O art. 24 da Lei de Licitações prevê as hipóteses em que a licitação é dispensável. São indicadas, de forma exaustiva, situações que legitimam a contratação direta sem licitação. As hipóteses previstas neste dispositivo não podem ser aumentadas pelo administrador. Trata-se de lista fechada que não admite que, a pretexto de interpretações extensivas ou analogias, venham a

ser criadas hipóteses não autorizadas pelo legislador. (FURTADO, 2016, p. 367)

Assim, não pode o administrador público fazer o uso indiscriminado das dispensas de licitação. Todavia, deve se ater, diante das possibilidades permitidas pelo legislador.

Ainda, os casos de dispensa do artigo 24, com exceção dos incisos I e II, devem ser necessariamente justificados. Assim, a justificativa deve conter os seguintes elementos:

(1) caracterização da situação emergencial calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (2) razão da escolha do fornecedor ou executante; (3) justificativa do preço; e (4) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (NOHARA, 2019, p. 156)

Por fim, foi dito acima que as hipóteses de dispensa de licitação pode ser dividido em quatro categorias, e que uma dessas categorias é que a licitação pode ser dispensada em razão de situação excepcional. E é nesta categoria que se enquadra uma parte do tema deste trabalho. Mais precisamente no inciso IV, que versa sobre a possibilidade de dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública. E é sobre esse tema que será discorrido a seguir.

4.5. Dispensa de licitação em casos de emergência e calamidade pública

A Administração Pública tem a prerrogativa de contratar via dispensa de licitação em casos específicos, e como já foi demonstrado, é um rol exaustivo. E dentre essas possibilidades de contratação direta que o artigo 24 permite, destacamos o inciso IV, que versa o seguinte:

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; (BRASIL, 1993)

A distinção do que vem a ser os casos de emergência ou de calamidade pública, será destacado a seguir. Mas cumpre-nos ressaltar desde já, que, essas situações são vistas em casos concretos, sendo declaradas pelo poder executivo. Ou seja, o administrador não pode diante de qualquer situação requerer e propor algum processo de contratação direta, sob a égide do inciso em comento, com a alegação de que se trata de situação de emergência ou de calamidade pública.

Sobre esse assunto, a lição de Furtado (2016, p. 370) é esclarecedora:

[...] 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 direta.

Prosseguindo, este inciso também demonstra uma das finalidades precípua em que o legislador autorizou o uso da contratação direta em situação emergencial, que vem a ser a garantia fundamental do direito à vida, como também a proteção do patrimônio público e privado. Pois em nossa sociedade é quase impossível prever todos os tipos de intempéries que possa vir a acontecer de forma natural. E pensando nisso, e no processo demorado que é o procedimento licitatório, o legislador autorizou a contratação direta para essas situações. Desde que seja demonstrado que a não realização de licitação é a melhor alternativa para aquela determinada situação emergencial. (GARCIAL, 2018)

Ainda, de acordo com Oliveira (2020), a contratação direta deve ser limitada aos bens e serviços que serão necessários ao atendimento da situação emergencial. Dessa forma, a lei não autoriza a contratação de qualquer bem ou qualquer serviço, mas somente aqueles que são necessários para que seja solucionado ou amenizado determinada situação.

A contratação direta também é autorizada em casos que a doutrina chama de emergência fabricada ou provocada. Nesses casos, a situação de emergência é atribuída ao administrador público por não ter tomado medidas necessárias que evitassem que tal emergência ocorresse. Doutrinariamente, é trazido o exemplo de gestor que permite que seja expirado prazo de contrato em vigor, cujo objeto é o fornecimento de serviço contínuo a população. Nesse caso, o administrador não adotou o procedimento a tempo necessário para que não houvesse a paralisação do serviço. Sendo assim, será feita a contratação direta, todavia, o administrador público deverá ser responsabilizado. (OLIVEIRA, 2020)

A contratação direta com fundamento no inciso. IV do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei. (MAZZA, 2019, p. 912)

Todavia, existe autores que vão contra esse pensamento, de que seria possível a contratação direta em virtude de dissídia ou falta de planejamento do administrador público.

Nesta linha, Furtado (2016) preceitua, para que o administrador possa se utilizar da contratação direta em situação emergencial, deve estar presente alguns requisitos, como por exemplo, situação emergencial que não possa ser imputado à dissídia do administrador, urgência no atendimento, e ainda, estar presente o risco da ocorrência de danos a pessoas ou bens. Ou seja, a situação de emergência deve ser imprevisível.

Está claro que a imprevisibilidade da situação emergencial é aspecto fundamental para que se possa cogitar uma contratação direta, não sendo, como consequência, possível a caracterização de uma situação dessa natureza por incúria da Administração Pública. Em outras palavras, a caracterização de uma situação emergencial, de modo a justificar contratações diretas, só terá lugar diante da demonstração de sua imprevisibilidade. (SPITZCOVSKY, 2019, p. 556)

Spitzcovsky (2019), ainda, vai além, e versa que revela-se impossível ser caracterizado como situação de emergência quando o administrador, por exemplo, deixa para abrir licitação nos últimos dias de encerramento do contrato. Mas, por outro lado, o referido autor faz a

ressalva, da possibilidade da contratação direta, por situação de emergência, desde que o referido serviço assim exigir, e sendo este de caráter continuado e que também não configure prejuízo ao interesse público. Mas, em todo caso será apurado a responsabilidade do administrador.

Os tribunais de contas, por exemplo o Tribunal de Contas de União (TCU), também segue nesta linha, como mostra a decisão a seguir.

Calamidade pública. Emergência. Dispensa de licitação. Lei 8.666/1993, art. 24,

IV. Pressuposto para aplicação.

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 a culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;

2. que exista urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas;

3. que o risco, além de concreto e efetivamente provável, mostre-se iminente e especialmente gravoso;

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 por meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado” (TCU, TC 347/94, rel. Min. Carlos Atila, j. 01.06.1994, RDA, 197/266). (*Apud* SPITZCOVSKY, 2019, p. 557)

Ainda, a duração dos contratos assinados nessa hipótese, tem seu prazo determinado pelo lei. Sendo esse prazo de 180 dias. A priori, esse é um prazo peremptório, ou seja, não pode ser prorrogado. Todavia, tem se admitido exceção para a prorrogação do mesmo quando se verifica que é inviável que a Administração Pública observe esse prazo. (CARVALHO FILHO, 2019)

Esse entendimento está de acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU), que no acórdão n.º 3238/2010 versou o seguinte:

[...] com fulcro na jurisprudência do TCU, o limite de 180 dias referido no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93 pode ser ultrapassado quando o objeto contratual a ser executado além desse prazo preencher as seguintes condições do referido dispositivo legal: “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". (Acórdão 3238/2010 – Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler)

4.6. Diferença entre calamidade pública e emergência

Como já citado, a emergência e a calamidade pública são as duas situações que o inciso IV do artigo 24 da lei em comento, que permite à Administração Pública realizar uma contratação direta, ou seja, sem a necessidade de licitar. Todavia, para que haja um melhor entendimento, necessário se faz a distinção entre ambos os institutos.

A emergência no direito público, é a manifestação do instituto do “estado de necessidade”, onde estão abrangidos todas as situações de excepcionalidade, que são caracterizadores do risco de danos em virtude da demora em se adotar uma providencia diante de determinada situação emergência. (JUSTEN FILHO, 2014)

Sendo assim, emergência pública é caracterizado:

[...] Pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas consequências lesivas à coletividade. (MEIRELES, 2015, p. 328)

Ou seja, é característica própria da emergência se exigir que seja tomado, pelo administrador, medidas urgente para que seja mitigado o efeito sobre a população.

Neste mesmo sentido, Justen Filho (2014) preceitua e relembra que o processo licitatório em si demanda um certo tempo, por vezes demorado, tempo este que a situação de emergência não pode esperar. Não sem colocar ainda mais em risco a vida da população afetada, ou sem afetar o núcleo dos direitos fundamentais tutelados e defendidos pelo nosso ordenamento jurídico.

No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 404-405),

Tanto emergência quanto calamidade pública, a sua definição possui, além de respaldo doutrinário, também respaldo legal. Pois o decreto 7.2757 de 04 de Agosto de 2010, que “regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC”, dispôs a definição de ambos os institutos.

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;

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; (BRASIL, 2010)

Jacoby Fernandes (2016) vai além e afirma que a calamidade pública primeiro se consubstancia no mundo jurídico como um ato administrativo de natureza declaratória. Ou seja, primeiramente o estado de calamidade precisa ser reconhecida pela Administração.

Ainda, o instituto da calamidade pública pode ser definido, doutrinariamente, da seguinte forma:

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 assoladoras e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde públicas, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral. (MEIRELES, 2015, p. 328)

Por fim, resta demonstrado que, para que a Administração Pública chegue à conclusão de que tal situação é uma situação de emergência ou de calamidade pública, deve ser analisado de forma técnica e objetiva a situação em questão. E depois de serem analisados esses aspectos, de forma técnica e objetiva, é que se decidirá se será ou não aplicado a contratação direta. Pois, se tal situação não se configurar, pelos parâmetros objetivos e técnicos, que é emergência ou calamidade pública e ainda assim a Administração fizer uso da contratação direta, o gestor público terá suas responsabilidades apuradas.

4.7. Formas de Controle da Atividade Licitatória

O controle, ou as formas de controle que podem ser exercido, sobre a atividade de licitar da administração, são um tanto quanto abrangentes. Todavia, há que se ressaltar, que são necessários. Pois existem muitos administradores que não sabem lidar com o dinheiro público. Sendo assim, o controle exercido sobre o procedimento licitatório ganha ainda mais importância.

Inicialmente, precisamos fazer a distinção do controle que um poder pode exercer sobre o outro. Por exemplo, a Administração Pública se sujeita ao controle tanto do Poder Legislativo, quanto do Poder Judiciário, como também se sujeita ao seu próprio controle. Além do Ministério Público, que, de forma majoritária a doutrina não o considera como um quarto poder. A principal finalidade desse controle é assegurar e garantir que Administração atue dentro dos princípios impostos pelo ordenamento jurídico. (DI PIETRO, 2020)

De forma mais destacada e precisa, ROSSI (2020), afirma que o controle administrativo ou executivo, é o controle que a própria administração exerce sobre seus atos, como também sobre seus agentes; o controle legislativo ou parlamentar, é controle exercido pelo legislativo sobre os atos e agentes do poder executivo; já o controle judicial é o tipo de controle que é realizado quando o poder judiciário, sendo provocado, pois não age de ofício, verifica a prática de atos eivados de legalidade.

Nesta mesma linha de pensamento Carvalho Filho (2019, p. 1315) leciona que:

Podemos denominar de controle da Administração Pública o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.

A abrangência do controle exercido é ampla dentro da Administração Pública, e alcança toda a atividade administrativa, sem exceções, alcançando, inclusive, a atividade licitatória da Administração.

Importante, também, é o discernimento de Di Pietro (2020, p. 1659) que versa o seguinte:

O controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu. Ele abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e, em certa medida, dos inconvenientes ou inoportunos.

Ou seja, a Administração Pública não escolhe se exerce ou não o controle sobre os seus atos. Ela possui o poder-dever, ou a obrigação, de realizar o controle dos seus próprios atos.

Existe, doutrinariamente, muitas classificações a respeito das espécies de controle que podem ser exercido e por quem pode ser exercido. Todavia, o que nos interessa, para esse trabalho especificamente, é destacar o controle interno e o controle externo. Este tipo de controle é classificado pela doutrina, a exemplo de Alexandrino (2017), como controle conforme a origem.

Controle interno é aquele exercido dentro de um mesmo Poder, seja o exercido no âmbito hierárquico, seja o exercido por meio de órgãos especializados, sem relação de hierarquia com o órgão controlado, ou ainda o controle que a administração direta exerce sobre a administração indireta de um mesmo Poder. (ALEXANDRINO, 2017. p. 949)

Tanto o controle interno, quanto o externo estão positivados no Constituição Federal, assim como também as suas respectivas atribuições.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

[...]

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal,

bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (BRASIL, 1988)

Dos artigos acima, podemos extrair que todos os poderes devem manter um sistema de controle interno, e esse controle possui diversas finalidades. Dentre as quais destacamos o inciso II do artigo 74 da Constituição Federal. Pois neste inciso fica evidente, quando diz que o controle interno possui a finalidade de comprovar a legalidade da gestão financeira dos órgãos públicos, que as ações da Administração Pública quando na realização dos procedimentos licitatórios deverão estar sob a estrita observância da lei e dos princípios legais.

Já no tocante ao controle externo, resta observar que o mesmo é de responsabilidade do poder legislativo. E este é auxiliado pelo Tribunal de Contas. Na esfera federal, tem-se o Tribunal de Contas da União (TCU) e nos estado-membros os Tribunais de Contas do Estados (TCEs). E ainda, em alguns municípios existe o Tribunal de Contas dos Municípios (TCMs). Há que se ressaltar que este último, é proibida a sua criação, existindo apenas os que já existiam até a promulgação da CF/88. Assim, os municípios que não tem o Tribunal de Contas Municipais são auxiliados pelos Tribunais de Contas Estaduais. Todavia, os Tribunais de Contas não possuem apenas essa competência, de auxiliar o legislativo, eles possuem competências próprias, pois é um órgão autônomo. E, sendo assim, uma dessas competências é justamente de fiscalizar os processos e procedimentos licitatórios, como versa o artigo 113 de Lei 8.666/93:

Art. 113 O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (BRASIL. 1993)

Dessa forma, o papel dos Tribunais de Contas é de suma importância, como controle externo, para garantir que os recursos públicos sejam usados da forma correta. Ainda, há que se ressaltar, que esse controle, o interno e o externo, não são os únicos tipos de controle que a própria lei de licitações permite, para que seja cumprido e alcançado os objetivos do procedimento licitatório. O parágrafo primeiro, acima citado, nos traz um outro tipo de controle. Que seria o controle popular, também denominado de controle social.

Esse controle, segundo Nohara (2019, p. 381) “é um dos pilares do Estado contemporâneo, ao lado da ideia de limitação do poder pelo Direito e da força normativa da Constituição como parâmetro de aferição para as demais regras jurídicas e para o agir do Poder Público”.

Para Oliveira (2020), o controle social é um tipo que controle organizado e implementado pela sociedade civil, por meio da participação nos processos de planejamento, acompanhando as ações da administração, como também monitorando e avaliando essas ações.

A efetivação do controle social pode ocorrer basicamente de duas formas. De um lado, o controle natural, executado diretamente pelas comunidades, quer através dos próprios indivíduos que as integram, quer por meio de entidades representativas, como associações, fundações, sindicatos e outras pessoas do terceiro setor. [...] (CARVALHO FILHO, 2019, p. 1327)

Por fim, resta demonstrado que o legislador permite que a Administração faça a contratação direta, sem licitação, mas também dá ferramentas para que essas ações possam ser fiscalizadas. E dentre essas ferramentas destacamos o controle que pode ser exercido pela própria administração por meio de seu controle interno, pelos Tribunais de Contas, como também pela sociedade de um modo geral.

5. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Quando tratamos a respeito do princípio da moralidade, ou moralidade administrativa, foi dito que a lei prevê ferramentas e

mecanismos para que a moralidade seja respeitada. Ou seja, é o mesmo que dizer que no tratamento a imoralidade administrativa tem suas formas e maneiras de ser combatidas.

Dessa forma, quando a Administração Pública, através do seu gestor desrespeita os princípios, as normas no procedimento licitatório, é previsto que seja apurado suas responsabilidades. Por exemplo, em uma determinada situação, o gestor optou pela contratação direta, usando como base a dispensa de licitação em virtude de situação de emergência ou de calamidade, mas através dos mecanismos de controle, ficou demonstrado que aquela situação não se enquadrava na hipótese de uso da contratação direta. Assim, o gestor pública será julgado por improbidade administrativa. E é sobre esse tema que discorreremos a seguir.

A improbidade administrativa é diretamente associada, por alguns autores, a moralidade administrativa. Outros, de modo diferente, procuram fazer distinções entre ambas. Há ainda outros, que para eles as expressões se equivalem, pois a Constituição citou a moralidade como princípio e a improbidade como lesão a este princípio. E esta última corrente é a mais difundida, pois o “agente improbo sempre se qualificará como violador da moralidade”. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 1478)

Nesta mesma linha, Di Pietro (2020, p. 1825) leciona o seguinte:

Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

Muitos tem se confundido pensando que ocorre a prática de improbidade administrativa apenas quando se está diante de um ilícito penal ou de um ato ilegal por parte da Administração Pública. Entretanto, pode se afirmar que não é dessa forma, pois para se caracterizar um ato de improbidade é suficiente que seja demonstrado a lesão a moralidade administrativa ou a algum outro princípio.

[...] a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio imposto à Administração Pública constitui uma das modalidades de ato de improbidade. Para ser ato de improbidade, não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato, basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa. (Di Pietro 2020, p. 1825)

Seguindo, a principal fonte normativa a respeito do tema é a Constituição Federal, em seu artigo 37, parágrafo 4º, que versa o seguinte:

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:

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988)

Como se observa, o dispositivo constitucional não se preocupou em definir o que seria improbidade administrativa, tão pouco quem seria os seus sujeitos. Limitando-se a apresentar de forma genérica um núcleo de ações que deve ser aplicado. Ou seja, o inciso em comento se trata de uma norma de eficácia limitada, que são normas que carecem de uma regulação futura para possa passar a produzir seus efeitos. (ALEXANDRINO, 2017)

E essa norma foi regulamentada no âmbito infraconstitucional através da lei 8.429/1992, chamada de (Lei de Improbidade Administrativa – LIA). A referida lei é quem define quem são os sujeitos ativos e passivos, em uma possível ação de improbidade; quais são os atos de improbidades, sendo esta uma lista exemplificativa; traz também as respectivas sanções, como também as normas processuais. (OLIVEIRA, 2020)

Importante ainda que, independentemente de qual for o ato de improbidade administrativa praticada, a aplicação das penalidades previstas na referida lei, conforme artigo 21, independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, como também independe da aprovação ou rejeição das contas do gestor pelos órgãos de controle. Isso quer dizer que mesmo em um ato improbidade não seja efetivado o dano

ao patrimônio, ainda assim o gestor poderá sofrer as sanções previstas em lei. (ALEXANDRINO, 2017)

6. APLICAÇÃO IRREGULAR DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

Os casos de corrupção atualmente no Brasil estão sendo recorrentes. Basta olharmos as notícias, apurações, fiscalização e julgamento dos Tribunais de Contas, mas não apenas isso, como também a má gestão e aplicação dos recursos públicos. E isso tem trazido à tona uma grande discussão a respeito da moralidade administrativa diretamente relacionada ao comportamento dos gestores públicos.

Neste interim, coube-nos neste trabalho, demonstrar e explorar casos de contratação direta via dispensa de licitação por motivos de emergência e calamidade pública. Pois, como dissemos anteriormente, os critérios para se utilizar desse tipo de contratação não demanda apenas da vontade da Administração Pública, tem que se seguir critérios, alguns deles objetivos, para que dessa forma possa se fazer a aplicação correta do inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93.

Dessa forma, trazemos logo abaixo alguns casos, que foram retirados do sítio eletrônico do Tribunal de Contas de União (TCU), que demonstram que a aplicação da contratação direta não foi feita da forma correta, e conseqüentemente o gestor em questão sofreu as conseqüências da lei. É o que se observa.

No primeiro caso, a Administração do município de Campina Grande/PB fez uma rescisão amigável com uma empresa que estava a serviço do município e contratou uma segunda para dar continuidade às obras. E, ao se analisar, foi constatado que essa segunda contratação foi realizada via dispensa de licitação, com fundamento em emergência ou calamidade pública.

Assim, segue trechos da decisão do relator do caso.

[...] Nenhum dos fundamentos para a dispensa poderia ser aqui adotado, tendo em vista a inexistência fática de emergência. [...] Nessa esteira, verificou-se que a contratação direta resultante da dispensa licitação 16.485/2015 foi realizada irregularmente, uma vez que nenhum dos fundamentos para a dispensa poderia ser adotado, pois não havia situação emergencial ou de calamidade,

tampouco ficou demonstrado que houve execução de parcela de obra pela empresa contratada anteriormente. (Acórdão 2413/2020 – Plenário. Rel. Min. Aroldo Cedraz)

No segundo caso, também alegando situação de emergência, o Ministério da Saúde comprou medicamentos via contratação direta. No caso em tela, e isso é interessante, pois o gestor público alegou como sendo uma simples decisão de gestão para as compras dos respectivos medicamento.

Ora, não soa razoável que uma aquisição emergencial, situação atípica positivada pelo art. 24, IV, da Lei de Licitações como exceção à previsão presente no art. 37, XXI da Carta Magna, possa decorrer de mera decisão de gestão. Essa forma de aquisição deve resultar de situações excepcionais, causadas por fatos extraordinários, imprevisíveis ao homem médio ou, ainda, previsíveis, porém inevitáveis. [...] Não se verificam tais características no caso concreto. Apesar da manifestação do gestor, também à peça 65, p. 3, onde afirma que "a contratação emergencial não decorreu de uma opção do Ministério da Saúde, e sim da necessidade de atender a uma demanda iminente, dentro da perspectiva de uma imprevisível frustração de processo licitatório", há evidências de que havia estoque suficiente em Bio-Manguinhos para atender a demanda do MS, ao menos com o propósito de evitar o desabastecimento que ensejaria uma aquisição direta. (Acórdão 2401/2020 – Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman)

Já dissemos, e não custa repetir, que o processo de decisão para que seja dispensada a licitação e seja efetuada a contratação direta, não cabe única e exclusivamente ao gestor, como no caso aludido. Deve ser decisão fundamentada em fatos e esses fatos precisam ser também objetivos.

No terceiro caso aqui abordado, o município de Gravataí/RS, com recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), contratou uma empresa para dar prosseguimento às obras de construção de escolas municipais do respectivo município. Pois a primeira empresa paralisou definitivamente os serviços em março de 2016 e em março de 2017 foi celebrado esse novo contrato via contratação direta.

Assim, em análise, a relatora do caso concluiu que houve motivos para contratação direta. Todavia, esses motivos de deu por desídia administrativa, pois não realizaram a licitação no momento devido.

A inércia administrativa, traduzida na demora em adotar uma medida saneadora, face a um problema que se mostra premente, pode levar a uma situação de emergência e obrigar, em consequência, à dispensa de licitação com base no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93. Contudo, é temerária a administração que se vale dessa prerrogativa, porque sempre remediará problemas, no lugar de prevenir seu aparecimento ou seu agravamento. Fabricará emergências, ao deixar de adotar providências tempestivas e necessárias à realização de licitação perfeitamente previsível. (Acórdão 8917/2020 – Seg. Câmara. Rel. Min. Ana Arraes)

Além desse fato, o mesmo acórdão traz a particularidade do prazo dos contratos de emergência, que não deve ser superior a 180 dias. Salva algumas exceções. E o presente caso celebrou contrato de emergência para mais de 180 dias e como se não bastasse, ainda prorrogou o mesmo.

Por estar sob o amparo do inciso IV do art. 24 da lei de licitações, a duração do Contrato 002/2017 deveria ter duração de, no máximo, 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a sua prorrogação. Nesse sentido, tanto a data de início estabelecida na cláusula 5.1 do Contrato 004/2018, quanto a duração da avença, ferem o estabelecido no inciso IV do art. 24 da lei de licitações. (Acórdão 8917/2020 – Seg. Câmara. Rel. Min. Ana Arraes)

O quarto caso a ser demonstrado, traz a Eletrobrás Distribuição Rondônia usando a contratação direta emergencial para contratar serviços de publicidade.

Restou plenamente caracterizada a ilegalidade da dispensa de licitação, que não se fundamentou em emergência ou calamidade, resultando tão somente da ausência de planejamento do setor responsável. Ressalta essa conclusão o fato de se tratar do segundo contrato emergencial seguido, para prestação do mesmo serviço e com a mesma empresa, o que demonstra conduta que merece reprovação mais intensa desta Corte. Seria exigível do 'homem-médio' conduta absolutamente diversa. Assim, embora não tenha havido prejuízo financeiro, entende-se que as justificativas não foram suficientes para afastar a irregularidade. (Acórdão 2283/2019 – Seg. Câmara. Rel. Min. Augusto Nardes)

Com os casos acima apresentado, a título exemplificativo, resta claro e evidente que a Administração Pública, tanto na esfera Federal, Estadual, ou Municipal, possui muitos casos de má administração de valores públicos e principalmente inércia administrativa diante de casos

que poderiam ser resolvidos antes, até por procedimento licitatório, mas que os gestores permitem chegar ao extremo.

Podemos ousar em afirmar que há a necessidade de uma maior boa-fé, como também uma maior moralidade administrativa na Administração. E ainda, um maior controle social por parte da sociedade.

7. CONCLUSÃO

Segundo os estudos realizados, a Administração Pública, tanto a direta quanto a indireta, são obrigados a se submeter ao procedimento licitatório para realizar obras, compras, alienações e locações. Todavia, há algumas exceções, em que a própria lei autoriza o gestor público a não realizar a licitação. E uma dessas exceções é a contratação direta, através do instituto da dispensa de licitação em situação de emergência ou calamidade pública.

Logo, podemos chegar à conclusão, de acordo com os estudos realizados, que a contratação direta através da dispensa de licitação em situação de emergência ou calamidade, não é apenas importante, mas também necessário para que a Administração Pública possa atender e resolver situações excepcionais que porventura venham a ocorrer.

Assim, esse dispositivo não pode ser usado em toda e qualquer circunstância pelo gestor público, pois como dissemos, cabe apenas em situações de caráter excepcionais. Existindo para tanto critérios que devem ser levados em consideração, para que seja fundamentado a dispensa de licitação para a consequente contratação direta.

Todavia, como podemos observar, através dos casos de aplicação irregular da dispensa em situação de emergência ou calamidade, muitos gestores públicos se utilizam desse instituto de forma equivocada. Podemos afirmar, que por vezes, faltam uma certa capacitação nos setores públicos que lidam diretamente com essa área, já em outras ocasiões, há gestores se aproveitando da contratação direta para benefício de determinadas empresas. Ou ainda, quando a gestão pública não toma as

devidas providencias, deixando, por exemplo, para realizar o procedimento de licitação quanto o contrato em vigência está próximo a vencer.

Como se observa, são várias situações em que resta caracterizado a desídia administrativa, que é a falta de zelo, negligência com a coisa pública. Ou ainda, gestores usando de má-fé diante dos recursos públicos.

Daí a importância do presente estudo em relação à moralidade administrativa. Pois a moral não deve estar presentes apenas nas relações humanas propriamente dita. Mas também diante da coisa pública. Pois existem situações em que é possível enquadrá-la dentro da legalidade, mas não é somente isso que o gestor deve buscar. Ou seja, a obrigação do gestor público é buscar o equilíbrio entre a legalidade e a moralidade. Pode até parecer clichê, mas cabe aqui aquela afirmação, de que nem tudo que é legal é moral.

Por fim, a temática desse estudo, a respeito da moralidade, ganha ainda mais importância e relevância a medida em que vemos, quase que diariamente, gestores públicos sendo presos, tendo suas contas reprovadas, sendo acusados de corrupção e tendo esquemas de desvio de valores públicos revelados.

8. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. - 25. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 de Novembro, 2020.

BRASIL. Lei Federal n. 8.666, de 21 de Junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em: 10 de Novembro, 2020.

BRASIL. Decreto n. 7.257, de 4 de Agosto de 2010. **Regulamenta a Medida Provisória no 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o**

Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm Acesso em: 12 de Dezembro, 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 2413/2020. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 09/09/2020. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2341082%22>>. Acesso em: 18 de Dezembro 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 2401/2020. Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman. Sessão de 09/09/2020. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2423902%22>>. Acesso em: 18 de Dezembro de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 8917/2020. Seg. Câmara. Relator: Ministro Ana Arraes. Sessão de 25/08/2020. Disponível em < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2419837%22>>. Acesso em: 18 de Dezembro de 2020.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 2283/2019. Seg. Câmara. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 26/03/2019. Disponível em < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2348315%22>>. Acesso em: 18 de Dezembro de 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo** / Lucas Rocha Furtado. – 5º edição revista e atualizada. - Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas** / Flávio Amaral Garcia. – 5. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2018.

JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos**

exigidos para a regularidade da contratação direta / Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 10. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo** / Alexandre Mazza. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo: Malheiros, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo** / Irene Patrícia Nohara. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo** / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática** / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo** / Licinia Rossi. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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