



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JOSÉ FÁBIO DA COSTA REGO

A DISPENSA DA LICITAÇÃO NOS CASOS DE CALAMIDADE
PÚBLICA E EMERGÊNCIA

SOUSA - PB
2010

JOSÉ FÁBIO DA COSTA REGO

A DISPENSA DA LICITAÇÃO NOS CASOS DE CALAMIDADE
PÚBLICA E EMERGÊNCIA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Maria Marques Moreira Vieira.

SOUSA - PB
2010

JOSE FABIO DA COSTA REGO

A DISPENSA DA LICITAÇÃO NOS CASOS DE CALAMIDADE PÚBLICA E
EMERGÊNCIA

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: 17 / 06 / 2010.

Professora Maria Marques Moreira Vieira
Orientadora

Jailton Macena de Araújo
Examinador

José Idemário Tavares Oliveira
Examinador

A minha metade essencial, Jarlyanne e meu querido filho Alessandro, com quem compartilho riquezas que o dinheiro jamais poderá comprar. Aos meus pais, Nelson e Raimunda, os quais são insubstituíveis em minha vida, contribuindo sempre na minha formação pessoal e profissional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, autor da minha existência, por ter me dado força, coragem e subsídios me ensinando os caminhos a seguir, para a concretização dos meus objetivos.

Aos meus pais pelo apoio, amor, confiança que sempre depositaram em mim, para enfrentar esta luta que chega ao seu final.

A minha esposa pela paciência, pelas palavras de estímulos, pelo o amor e pela a compreensão.

A todos àqueles com quem convivi até hoje e que contribuíram de alguma forma para a concretização deste trabalho.

EPÍGRAFE

“Tem fé no Direito como melhor instrumento
para a convivência humana;

Na Justiça, como destino normal do Direito;

Na Paz, como substitivo benevolente da Justiça,

e, sobretudo, tenha fé na Liberdade,

sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem Paz”.

(Eduardo Couture - Os mandamentos do Advogado)

RESUMO

Na seara do Direito Administrativo uma questão que se coloca como pauta de reiteradas discussões e controvérsias está relacionada às possibilidades da Administração Pública contratar diretamente sem a realização de licitação que estão configuradas como exceções a obrigatoriedade desse procedimento previstas na lei 8.666/93 de 21 de julho de 1993. Fulcrado nessa questão este trabalho tem por desiderato analisar o impasse estabelecido na própria Lei das Licitações e Contratos retro mencionada, que de certa forma conferiu ao gestor público uma liberdade para determinar nos casos mencionados nas disposições do art. 24 desse diploma legal as situações que dispensam a realização de licitação para contratação. Entre as situações essenciais nesse dispositivo legal os casos de Calamidade Pública e Emergência consubstanciam o cerne da investigação desta pesquisa. Utilizando o método exegético jurídico, dedutivo e sistemático, afere-se o conceito de licitação como a obrigação e dever do Estado realizar certame licitatório, observado o controle imposto pela norma estatal que proporciona ao administrador atual com obediência aos princípios formadores da ordem jurídica, administrativa, ética e responsabilidade que lhe é atribuída pela função que exerce. E sem a pretensão de por fim à polêmica decorrente desse tema busca-se contribuir e enriquecer o assunto com base nas argumentações doutrinárias e jurisprudências brasileiras.

Palavras-chave: Licitação. Contratação Direta. Dispensa. Calamidade Pública. Emergência

ABSTRACT

In the area of administrative law that an issue arises as the agenda of repeated discussion and controversy is the possibility of public administration contract directly without performing a bid that is configured as an exception to those provided for by law 8666/93 of July 21, 1993. This core issue this paper is to analyze the deadlock desideratum established itself in the Law of Tenders and Contracts mentioned retro, which somehow gave the manager an audience freedom to determine the cases mentioned in the provisions of art. 24 of that legal document the situations that preclude the achievement of bidding for contracts. The situations in the device key legal cases Disaster Emergency Service and embody the core of this research study. Using the method of interpretation in law, deductive and systematic gauged according to the concept of bidding as an obligation and duty of the state fair conduct bidding, subject to the control imposed by the standard state that provides the current administrator with obedience trainers to the principles of legal, administrative , ethics and responsibility assigned to it by the position he holds. And without the intention to end the controversy arising from the theme seeks to contribute and enrich it with arguments based on doctrine and jurisprudence in Brazil.

Keywords: Bid. Direct Contracting. Waiver. Public calamity. Emergency.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - Parágrafo

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ART - Artigo

ART – Anotação de Responsabilidade Técnica

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CGU – Controladoria Geral da União

CONFEA - Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SINDEC – Sistema Nacional de Defesa Civil

TCU – Tribunal de contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A LICITAÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS	12
2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA LICITAÇÃO.....	12
2.2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO.....	13
2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	14
2.4 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	15
2.5 PRINCÍPIO DA MORALIDADE OU PROBIDADE.....	16
2.6 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.....	17
2.7 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	18
2.8 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.....	19
2.9 PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO.....	21
2.10 PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA.....	23
3 FASES E MODALIDADES DA LICITAÇÃO	25
3.1 FASES DA LICITAÇÃO.....	25
3.2 CONVITE.....	26
3.3 TOMADA DE PREÇOS.....	27
3.4 CONCORRÊNCIA.....	28
3.5 CONCURSO.....	30
3.6 LEILÃO.....	31
3.7 PREGÃO.....	31
3.8 CONSULTA.....	33
4 DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CALAMIDADE PÚBLICA E EMERGENCIA	35
4.1 CARACTERIZAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA E EMERGENCIA.....	36
4.2 CONDUTA DO GESTOR NA DISPENSA DE LICITAÇÃO.....	39
4.2.1 Falta de caracterização do Estado de Calamidade Pública ou Emergência.....	41
4.2.2 Renovação de Contrato Dispensado de Licitação.....	44
4.2.3 Negligência do Gestor na Origem do Estado Calamitoso ou Emergencial.....	46
5 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo é um ramo abrangente das ciências jurídicas que mantém importantes pontos de contato com outros ramos do direito, entre os quais destacamos o Direito Civil e, principalmente, o Direito Constitucional, haja vista que além de estabelecer princípios que orientam a estruturação do Direito Administrativo, traz no seu art. 22, XXVII da Constituição Federal as normas gerais sobre licitações e contratos, aplicáveis à Administração direta, indireta, e fundacional da União, Estados e Municípios.

Como principal objetivo de regulamentar a lacuna trazida pela Constituição Federal de 1988, foi editada a lei 8.666/93 (Lei de Licitações), lei esta que tem a atribuição de traçar mecanismos que vinculem cada procedimento contratual que envolva recursos públicos.

Na língua portuguesa a palavra Licitação tem o significado de ato ou efeito de licitar ou dar lanços, propostas e com isso se encontrar o ponto central para venda de um produto ou serviço entre as partes envolvidas respeitadas as condições do edital. Sendo a preocupação que se vem desde a Idade Média, quando nos Estados Medievais da Europa usava-se o sistema chamado de “vela e pregão” que consistia em apregoar uma determinada obra onde se passava uma vela e cada um interessado dava sua proposta, daí quando o fogo apagasse ganharia quem ofertou o menor preço.

Considerada uma ferramenta inovadora diante do controle e mesmo assim ainda tendo falhas, esta lei acima de tudo foi um marco como ferramenta reguladora tanto da administração quanto do administrador.

Assim como toda regra tem exceções, esta lei também veio a trazer suas peculiaridades diante da obrigação de contratar, onde são poucas mas abrem entendimento divergentes, não se sabe qual a intenção do legislador quando as traçou, mas que sua utilização gera celeuma jurídica em determinados momentos em que o gestor dispõe de sua discricionariedade frente ao interesse da coletividade e resguardado no poder que lhe é atribuído.

Esse é o objetivo desse trabalho, onde serão abordadas as principais discussões com relação à licitação e em específico as possibilidades de contratação

direta sem a necessidade de licitação nos casos de calamidade pública e emergência.

Objetiva também realizar o estudo sobre esse tema e das exceções já mencionadas incursas na lei 8.666/93 e Decreto Federal 5.376/05 que trata de caracterizar tais estados, o que darão margem a interpretações da dispensabilidade de licitação nos casos mencionados anteriormente.

A metodologia a ser utilizada neste trabalho terá como base o método dedutivo na exposição da temática feita através de uma pesquisa empírica, onde se buscará através de consulta na legislação nacional pertinente, pesquisa documental em obras doutrinárias especializadas na área jurídico-administrativa, pesquisa jurisprudencial relevante, estudos jurídicos existentes e rede mundial de computadores (internet), além da busca através de estudo de casos que tratem dessa matéria, entender o melhor de tal assunto a ser estudado.

No primeiro capítulo serão abordados os aspectos gerais da Lei de Licitações, além também de ser esclarecido a respeito dos princípios norteadores, fazendo com que se obtenha uma noção dos mesmos, já que serão alicerce do assunto principal.

No segundo capítulo se procurará trabalhar as Fases da Licitação e seus momentos dentro do procedimento licitatório, além de estudar também a respeito das modalidades de licitação e suas especificidades de acordo com o objetivo de cada uma, com exemplos em algumas delas.

E por fim no terceiro capítulo serão tratados os casos específicos da contratação direta sem licitação nos casos de calamidade pública e emergência, e suas bases constitucionais, pressupostos e princípios norteadores da mesma, os questionamentos mais atuais sobre o tema e posicionamento do Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Contas a respeito de algumas condutas dos gestores frente ao seu poder discricionário e sua sujeição aos crimes previstos pelo mau uso desse poder.

2 A LICITAÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS

A expressão Licitação vem do latim *licitatione, licitatio*, que traduz-se na venda por lances, seja ela nas mais variadas formas e de acordo com o objeto a ser licitado, tendo sua origem no Brasil por volta de 1862 através do Decreto 2.926 que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, que em seguida foi aperfeiçoado em âmbito federal pelo Decreto 4.536 de 1922 que tratou de organizar a contabilidade da União, sendo consolidado pela Constituição de 1988 sua efetiva necessidade de regulamentação que veio a efetivar-se em 1993 com o advento da Lei 8.666/93.

O intuito principal deste procedimento está exposto por Hely Lopes Meirelles (2007, p.272) “Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

A base para tal comentário encontra-se inserida na própria lei de licitações, em seu art. 3º, conforme segue abaixo:

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

2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA LICITAÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, dispõe nos seguintes termos:

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.

Sendo assim exige-se que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante a realização prévia de licitação. Essa é a regra principal considerada tão importante à obrigatoriedade da realização da licitação que eleva-se à categoria de princípio da Administração Pública. O dever de licitar decorre, portanto, da própria Constituição Federal, a qual é a supremacia das leis, a carta maior, do Estado soberano.

Diante do exposto no texto constitucional infere-se que a licitação é obrigatória, e a legislação pode estabelecer situações facultando à Administração contratar sem licitar. Vale ainda ressaltar que a técnica de redação adotada no texto constitucional é denominada por alguns estudiosos do direito constitucional de "*norma de eficácia contida*"¹ José Afonso da Silva (2002). A peculiaridade desse dispositivo consiste no fato de que, apesar de a Constituição estabelecer a regra de obrigatoriedade de licitação, também prevê hipóteses em que pode ocorrer a contratação sem licitação - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública.

O reconhecimento da necessidade dos princípios como base para entender melhor determinados assuntos é um caminho necessário, e isso vem a aperfeiçoar a visão hermenêutica dos institutos analisados com uma visão mais aberta no aspecto dos valores positivados, sendo considerado como espécie de norma, dentro do ordenamento jurídico.

2.2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO.

Antes mesmo de constituírem princípios do processo licitatório, a indisponibilidade e a supremacia do interesse público caracterizam o próprio direito

¹ Eficácia Contida traduz-se como a necessidade de uma norma complementar, e o advento da Lei 8.666/93 veio a fechar esta lacuna da necessidade de regulamentação, descrita na Constituição, logo, os casos de contratação sem licitação são tratados como exceções dentro da referida lei.

administrativo, que rege as licitações e os contratos administrativos. No direito administrativo, ao contrário do direito privado em que as partes são tratadas em igualdade de condições, dá-se tratamento mais favorecido à Administração, que deve representar e sempre buscar a realização do interesse público. A Administração assume a posição de supremacia, justamente por representar interesse público. Sobre isso Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p.538) entendem que “as licitações destinam-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração”

Assim encontra-se inserido na lei 8.666/93 em seu art. 3º:

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

Aduz-se que a finalidade de se conseguir uma proposta adequada à realidade e compatível com a necessidade da Administração torna-se o intuito primordial do interesse público, onde resguardar-se de garantias à feitura dos atos e com isso poder garantir a lisura dos mesmos é objetivo de qualquer representante público que se digne.

2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Deflui-se da investigação que o ato licitatório é uma ação administrativa, portanto, alguns dos princípios aplicáveis à licitação são igualmente aplicáveis a toda a atuação administrativa. É o caso do princípio da legalidade.

No âmbito da administração pública, não se deve confundir a legalidade estrita, que lhe é aplicável, com o igualmente denominado princípio da legalidade inscrito no art. 5º, inciso II da Constituição Federal que determina que “ninguém será

obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Para a administração, a legalidade deve antes ser entendida como a impossibilidade de a administração praticar qualquer ato, salvo se tiver expressa autorização legal.

Com relação ao campo do direito privado, um particular pode praticar qualquer ato, exercer qualquer atividade, exceto se alguma lei proibir a sua prática. No campo do direito administrativo, a administração somente pode praticar os atos autorizados em lei. Se não existir lei autorizando o administrador a praticar determinado ato, ele está proibido de exercê-lo, e, se ainda assim o fizer, o ato será nulo.

Desta forma, se um administrador realiza uma licitação, não pode, simplesmente, criar uma modalidade de licitação não permitida por lei. Nem pode fazer uma combinação de duas modalidades existentes para criar uma nova. O mesmo deve ser dito em relação aos critérios que serão utilizados para julgar as propostas, em que seu não seguimento configura-se crime de improbidade administrativa. Esses critérios são estabelecidos na lei de Licitações e o administrador não pode criar outro para julgar propostas distintas das previstos em lei. Embora não se encontre incluído de forma clara o dispositivo do formalismo o mesmo é incluído pela própria lei de licitações quando em seu art. 4º, no parágrafo único diz que: "o procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele em qualquer esfera da administração pública".

A lei nº 8.666/93 indica em seu art. 22 as modalidades de licitação admitidas e, no parágrafo 8º desse mesmo artigo, veda a criação de nova modalidade ou combinação das modalidades de licitação existentes. Mas importante se fazer duas ressalvas com relação às modalidades de Pregão e Consulta que tratam-se de peculiaridades abertas pela lei.

2.4 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Esse princípio, assim como o da legalidade, está expressamente mencionado no art. 37 da Constituição Federal. A impessoalidade deve ser compreendida como a proibição de direcionamento da licitação a pessoas, empresas ou grupos. A licitação deve ser impessoal, dirigida a todos, em igualdade de condições. O

processo licitatório não pode visar o privilégio ou a exclusão de pessoas ou empresas, de modo que os administrados sejam tratados sem discriminação.

A respeito de tal princípio Celso Antonio Bandeira de Melo (*apud* SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda, 2002) diz:

No princípio da impessoalidade se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

Pela impessoalidade não se deve entender que todos devem ser sempre tratados de forma absolutamente idêntica. Em face das peculiaridades do contrato, a lei autoriza a imposição de requisitos de qualificação técnica, econômica etc. Assim, quem não preencher os requisitos de qualificação expressamente mencionados no edital, será inabilitado na licitação. Essas exigências de qualificação, no entanto, não vão permitir que o administrador possa utilizá-las de modo a dirigir a licitação. As exigências de qualificação técnica ou econômico- financeira devem ser definidas no edital a partir da necessidade do objeto do contrato a ser licitado. Do contrário, impor exigências descabidas para direcionar a licitação implicaria em violação, desse princípio e, ainda, do princípio da moralidade.

2.5 PRINCÍPIO DA MORALIDADE OU PROIBIDADE

Verifica-se que o administrador deve sempre praticar atos em estrita conformidade com a lei. Da mesma forma, não pode dispensar tratamento que favoreça ou prejudique qualquer dos licitantes. Ainda que sua conduta esteja de acordo com a lei, o administrador não pode agir de modo a ofender a ética e a moral.

A respeito do referido princípio menciona José dos Santos Carvalho Filho (2001, p. 195):

A probidade tem o sentido de honestidade, boa-fé, moralidade por parte dos administradores. Na verdade, o exercício honrado, honesto, probo da função pública leva à confiança que o cidadão comum deve ter em seus dirigentes.

A moralidade tem de estar presente em toda e qualquer atuação do administrador, inclusive na própria origem da licitação, que deve ser realizada em face de uma efetiva necessidade da administração. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo entendem que traduz-se na exigência de atuação ética dos agentes da administração² em todas as etapas do procedimento. Cabe lembrar-se que o administrador gerencia recursos públicos e deve utilizá-los de modo a cumprir o interesse público. Como a celebração de contratos implica na realização de despesas, a necessidade de licitar deve ser considerada à luz da moralidade, assim como da eficiência e economicidade.

Importante se faz destacar que esse princípio vincula tanto a conduta do administrador quanto a dos particulares que participam do processo de contratação. É a moralidade que impede, por exemplo, a realização de conluio³ entre os licitantes. A lei de licitações em seu art. 90 prevê o conluio como crime, aplicando a devida pena.

2.6 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

A fundamentação ou motivação administrativa é princípio que condiz com o próprio Estado de Direito. Não se admite, à vista dos valores que alicerçam a atuação do Estado, a existência de decisões sigilosas, desmotivadas, decisões que possam constituir impedimento ao exercício de controle sobre a ação administrativa. Deve-se sempre lembrar que o administrador, quando exerce seus poderes, age em nome do povo, uma vez que todos os poderes dele emanam.

O administrador deve motivar seus atos indicando, em primeiro lugar, os fundamentos de direito que legitimam a sua atuação. Ainda deve fazer a correlação lógica entre os eventos e os fatos que justificam a prática de determinado ato e

² Saliente-se que agente da administração não pode ser caracterizado apenas pelo gestor público mas por todos aqueles que tem condutas ligadas a todo o procedimento licitatório.

³ Segundo Dicionário Aurélio versão digital 5.0, conluio é a combinação entre duas ou mais pessoas para lesar outrem; maquinação, trama, conspiração.

demonstrar, pela motivação, a relação entre os motivos da prática do ato e a solução adotada.

Especificamente no que se relaciona à licitação, menciona-se que a lei nº 8.666/93, em seu art. 38, determina que:

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

A lei indica que a licitação tem início com o processo administrativo e exige que o administrador indique, em sua justificação, os motivos que o levaram a realizar a licitação e especifique o objeto a ser licitado.

A motivação tem-se demonstrado, na maioria das vezes, útil ao administrador. Diversas acusações de direcionamento ou favorecimento em licitações são facilmente contestadas e perfeitamente explicadas pela motivação. Caso contrário, se não tivesse o administrador justificado porque licitou, porque impôs determinada exigência de qualificação técnica ou econômico-financeira ou porque exigiu determinada especificação no produto ou serviço, a licitação seria, certamente, considerada fraudulenta e o responsável por sua realização mereceria punição administrativa e penal. Em matéria de motivação ou justificação de licitação, é melhor pecar por excesso do que por omissão. Até porque excesso de motivação nenhum mal poderia causar ao seu responsável. Esse é o pensamento de FURTADO (2003, p. 44-45).

2.7 PRINCIPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade é um princípio próprio do Estado de Direito. A Administração deve manter plena transparência de seus atos. A divulgação do que ocorre no âmbito da Administração é condição indispensável à realização de outro princípio, o da moralidade. Ademais, noções gerais a eficácia dos atos administrativos fica condicionada à sua publicidade. A esse respeito o parágrafo único do art. 61 da lei nº 8.666/93 dispõe que:

A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na Imprensa Oficial, legislação que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada aplicável às licitações pela administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta lei.

Não se deve, no entanto, confundir publicação com publicidade. Esta não deve ser confundida com a mera publicação de atos em órgão oficial (Diário Oficial). A publicidade significa a possibilidade de o cidadão obter da administração o acesso à informação. A publicação é apenas uma das formas de se dar divulgação a atos administrativos.

A respeito do dever de dar publicidade aos atos vinculados a uma licitação, é especialmente interessante a regra relativa à realização do convite - uma das modalidades de licitação. Ainda que a administração possa escolher os convidados do processo licitatório, o instrumento convocatório não precisa ser objeto de publicação em órgão de divulgação oficial, devendo ser afixado no quadro de avisos da repartição para permitir que outros interessados, não convidados, participem do certame. Essa regra representa a plena realização dos princípios da publicidade e da moralidade.

A única exceção ao princípio da publicidade, em matéria de licitação diz respeito ao conteúdo das propostas apresentadas pelos licitantes - expresso em sigilo do conteúdo das propostas. O conteúdo das propostas apresentadas somente pode ser conhecido no momento processual em que se procede ao seu julgamento. Até então, ninguém pode conhecer o seu conteúdo.

2.8 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A primeira observação que deve-se apresentar é a de que o instrumento convocatório - um edital ou um convite, conforme a modalidade de licitação - é a matriz do futuro contrato e funciona como uma lei entre as partes. Além desse princípio ser mencionado no art. 3º da lei de Licitações, é, também, enfatizado no art. 41 da mesma lei, que dispõe: "*a administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada*"

Ainda que o mencionado artigo faça referência apenas à administração, é evidente que vale para todos, inclusive para aqueles que participam da licitação. Verifica-se a esse respeito à regra contida no art. 41, § 2º, da lei de Licitações, que fixa prazo para o licitante impugnar os termos do edital. Expirado o prazo previsto, cessa o direito de impugnação. Portanto, o participante da licitação não pode, por exemplo, esperar ser inabilitado ou desclassificado para, somente então, querer impugnar a regra contida no edital que levaria à sua exclusão.

Hely Lopes Meirelles (2007) afirma que o edital ou carta-convite é a lei interna da licitação, dando maior ênfase ao caráter vinculatório do procedimento.

Na hipótese de alteração do conteúdo das propostas, a lei prevê, expressamente, a obrigatoriedade de nova divulgação do instrumento convocatório (edital ou convite), nos mesmos termos em que se deu a divulgação anterior, e a reabertura de novo prazo para apresentação de propostas. Portanto, segundo esse princípio, o edital ou o convite não são imutáveis. Havendo a real e efetiva necessidade de retificação no edital, inclusive no conteúdo das propostas, a administração pode fazê-lo. Conforme trata o art. 21 da lei de licitações:

Art. 21

§ 4º. Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido. Exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Como possibilidade de se reformular o edital, pode-se fazer menção à descrição completa do objeto a ser adquirido que precisa ser totalmente caracterizado sendo tal detalhamento preponderante para se chegar a um produto e uma competição igualitário. Hely Lopes Meirelles (2007, p. 308) explana tal situação da seguinte maneira:

Na apreciação do preço deverão ser considerados todos os fatores e circunstâncias que acarretem sua redução ou aumento, tais como o modo e prazo de pagamento, financiamento⁴, descontos carências, juros impostos e outros de repercussões econômico financeira efetivas e mensuráveis, pois é do confronto dessas vantagens e desvantagens que se extrai o menor preço e se conhece a melhor proposta.

⁴ Vale salientar que a lei atual em seu artigo 7º § 3º veda a obtenção de recursos independente da fonte, mas abre ressalvas para o regime de concessão.

Nesses casos a descrição completa enriquece o edital e além de se conseguir um produto desejado, a lisura do certame é garantida.

2.9 PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

A lei nº 8.666/93 procura estabelecer critérios objetivos de atuação administrativa, retirando do administrador toda a subjetividade possível, definindo então os critérios para julgamento de propostas apresentadas em licitações. Em seu art. 44, são estabelecidas as regras gerais relativas ao julgamento objetivo, nos seguintes termos: “Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta lei.”

Esses critérios são estabelecidos a partir do tipo de licitação a ser adotado. Ali são especificados todos os critérios para julgamento: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

Falar em julgamento objetivo significa exigir que, além das finalidades da licitação, os critérios de julgamento estejam previamente definidos no edital. Não seria possível à comissão de licitação, por exemplo, estipular critérios para julgar as propostas apresentadas, durante a realização do certame. Em nome do princípio do julgamento objetivo, os critérios para desempate de propostas são apenas aqueles previstos em lei. Em seu artigo 3º, parágrafo 2º, a lei nº 8.666/93 estabelece critérios de desempate, assegurando preferência às propostas apresentadas por empresa brasileira, em detrimento de empresas estrangeiras. Prioriza, ainda, os produtos confeccionados no país, àqueles fabricados no exterior.

A lei (art. 3º, § 2º) estabelece que:

Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

- I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;
- II - produzidos no país;
- III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

Se ainda assim, depois de aplicado o critério acima indicado, persistir o empate, será obrigatória a adoção do sorteio como única possibilidade de

desempate, conforme o disposto no art. 45, § 2º, todos da lei nº 8.666/93, que dispõe nos seguintes termos:

Art. 45.

§ 2º. No caso de empate entre duas ou mais propostas, e depois de obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Por exemplo, se os participantes de licitação do tipo menor preço apresentarem propostas para o fornecimento de veículos utilitários (empresa A - Ducato, e empresa B Topic) ambas pelo mesmo preço, será considerada vencedora da licitação a proposta apresentada pela empresa A - prevalecendo as prioridades para o produto fabricado no país. Ao contrário, se em outra licitação fossem apresentadas propostas por duas empresas (empresa X - Celta e empresa Y - Gol), e ambas indicassem o mesmo preço, sendo ambos os produtos produzidos no país, o único critério que poderia ser utilizado para desempatar seria o sorteio.

Os responsáveis pela elaboração dos editais devem detalhar e especificar muito bem o objeto a ser licitado. Como exemplo, caso um órgão queira adquirir carteiras escolares e, na descrição do objeto a ser licitado, indique apenas que a carteira deve ter braços. Como o tipo de licitação para aquisição de produtos é o de menor preço, esse é o único e exclusivo critério a ser utilizado para escolha da melhor proposta. Ainda que outras propostas apresentem produtos de qualidade muito superior, se o produto da empresa que apresentar o menor preço preencher os requisitos do edital, a administração está obrigada a contratá-la e não pode considerar os demais critérios de qualidade.

Como exemplo temos a Súmula 177 do TCU que menciona:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Portanto, é de mais alta importância para a boa gestão dos gastos públicos dar especial atenção à elaboração do edital, em especial no que concerne à descrição do produto ou serviço que se busca contratar.

2.10 PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

De acordo com esse princípio, a administração não poderia, depois de concluída a licitação e escolhido o licitante vencedor, atribuir o objeto da licitação a outrem, que não aquele que venceu a licitação. A administração não poderia contratar o objeto licitado de outra empresa ou pessoa.

Hely Lopes Meirelles (2007), adverte que o direito do licitante é o de que lhe seja adjudicado o objeto, e não o de ser celebrado o contrato. Nesses termos, após concluída a licitação, o direito que está assegurado ao licitante vencedor, em decorrência desse princípio, é apenas o de impedir que a administração, no prazo de validade da licitação, contrate qualquer outra empresa, tenha essa empresa participado ou não da licitação.

Não é de se causar estranheza casos em que após a conclusão da licitação para a aquisição de um produto que teve um determinado preço como vencedor, surgir outra empresa, participante ou não da licitação, disposta a entregar o mesmo produto por preço mais reduzido. Essa hipótese, apesar de se apresentar economicamente mais vantajosa para a administração, violaria diretamente os princípios da adjudicação compulsória e o da isonomia. A esse respeito, o art. 50 da lei nº 8.666/93, que determina “a administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.”

Deve-se entender o princípio da adjudicação compulsória no sentido de que, se a licitação for concluída, o que pressupõe a sua homologação pela autoridade competente, é somente que seja contratada a empresa vencedora na licitação. Assim, se a Administração desejar celebrar o contrato, deve convocar a licitante vencedora para assiná-lo, nos termos do edital. Porém, caso a Administração não queira mais celebrar o contrato, o licitante vencedor não terá direito subjetivo à contratação. Essa hipótese - de realizar a licitação e não celebrar o contrato - no entanto, apesar de possível, seria totalmente antieconômica e violaria o princípio da eficiência. Não haveria sentido fazer a administração realizar uma licitação, que lhe custa caro e, após a sua conclusão, simplesmente não querer contratar.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p. 545) afirmam que “a adjudicação é o ato final do procedimento licitatório”, logo envolve a gestão pública como ordenador de despesa para ratificar a intenção do procedimento.

3 FASES E MODALIDADES DA LICITAÇÃO

3.1 FASES DA LICITAÇÃO

O regramento e disciplina das fases de licitação são um roteiro rico e cheio de detalhes apesar de sua divisão não ser tão taxativa, mas que pode-se, diante do disposto nos art. 38 e 43, concluir que existem duas fases distintas dentro do procedimento: uma interna e outra externa.

Na primeira fase, a administração define o que pretende contratar e em que condições deve ser celebrado o contrato, traçando parâmetros, portanto, a necessidade da administração. A fase interna estará concluída tão logo seja dada publicidade ao ato convocatório, saliente-se que essa fase é chamada de interna por envolver apenas o âmbito interno da administração, não afetando pessoas estranhas à sua estrutura. A segunda fase, dita externa, iniciada com a divulgação do instrumento convocatório, envolve diretamente a participação dos licitantes e está relacionada à escolha da melhor proposta, nela é escolhido o contratado. Nesses termos, não há como a segunda fase ser realizada corretamente, atendendo às necessidades da Administração, se, na fase interna, não forem perfeitamente definidos os objetivos da licitação.

No que tange à análise de cada fase frente ao objeto que interessa à Administração cumpre-se ressaltar que, na maioria das vezes, a fase externa tem suas peculiaridades em cada modalidade de licitação. Por oportuno cumpre-se informar que as licitações são classificadas em sete modalidades, sendo cinco incluídas na lei 8.666/1993, que são a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, que procuravam, à época, suprir todas as necessidades da gestão pública. Outra modalidade esta criada pela Lei 10.520/2002 trata-se do pregão, ferramenta muito usada atualmente tendo em vista ser ágil e o máximo transparente possível em relação às demais modalidades, e ainda uma sétima modalidade que trata-se da Consulta, esta com algumas peculiaridades, onde tem seu direcionamento voltado apenas para as agências reguladoras e que é tratada na Lei 9.472/1997. Todas essas modalidades são distintas e cada uma tem sua

peculiaridade respeitados seus limites técnicos, financeiro ou genéricos⁵, as diferenças entre as diversas modalidades de licitação não se resumem apenas a diferenças de procedimentos. A lei, ao criar essas modalidades, procura adaptá-las ao objeto que se pretende contratar. Isso fica evidente a partir da análise de algumas a exemplo das situações de concurso e de leilão. A distinção entre um e outro não se encontra apenas em seu procedimento, mas na natureza do objeto que constituirá o futuro contrato.

3.2 CONVITE

Essa é a modalidade de licitação mais simples, a lei sequer obriga que o seu instrumento convocatório - a carta convite - seja publicado. A administração escolhe quem quer convidar, entre cadastrados ou não. A publicidade desse procedimento é feita mediante a afixação da carta-convite no quadro de avisos da repartição pública. O administrador deve convidar pelo menos três possíveis interessados no segmento do mercado em que se fará a licitação, pedindo que apresentem suas propostas. O Tribunal de Contas da União possui jurisprudência no sentido de que não basta o convite a pelo menos três empresas, é necessário ter três propostas. Assim, ainda que sejam convidados mais de três interessados e apenas um ou dois tenham apresentado propostas, deve-se repetir o procedimento ou, então, demonstrar a inviabilidade de fazê-lo.

Em relação ao número mínimo de licitantes, a lei das Licitações, em seu art. 22, § 7, assinala, porém, que

Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3 deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

Assim a própria orientação do Tribunal de Contas da União, que exige a apresentação de no mínimo três propostas, deve ser entendida à luz desse

⁵ A forma genérica de taxar algumas modalidades se volta para o procedimento direcionado, ou seja, aquele em que só é aplicável a determinada ocasião ou classe, a exemplo da Consulta.

dispositivo. A hipótese do convite ou da participação de menos de três empresas ou profissionais, requer, é evidente, a devida justificação.

Podemos assim entender a Súmula 248 do TCU:

Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993.

O convite é sempre utilizado respeitada a hierarquia de valor dentre as outras modalidades onde destina-se a preencher certames de menor valor de compra de produtos limitado a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ou contratação de obras ou serviços de engenharia com teto de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), por exercício financeiro.

3.3 TOMADA DE PREÇOS

A lei define tomada de preços no § 2º do art. 22:

Art. 22. ...

§2º. A tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Na Tomada de Preços é também utilizada a hierarquia de valor de compra de produtos limitado a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) ou contratação de obras ou serviços de engenharia com teto de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), para o exercício financeiro.

O direcionamento é feito aos interessados que já estejam cadastrados na unidade administrativa que celebrará o contrato. O cadastramento constitui, portanto, a característica mais significativa dessa modalidade de licitação. Os registros cadastrais se encontram disciplinados em quatro artigos (de 34 a 37) da lei de Licitações. O art. 34 determina que a administração deverá manter registros cadastrais para fins de habilitação sendo válidos por um ano. A existência dos

registros cadastrais não tem o objetivo de complicar ou criar burocracia para a administração pública. Ao contrário, o seu propósito é simplificar as licitações.

A lei das Licitações determina que a administração somente pode efetivar o contrato com os que cumprirem o preenchimento de determinados requisitos de qualificação técnica, econômico-financeira, habilitação jurídica e regularidade fiscal, nos termos do art. 27 e seguintes.

3.4 CONCORRÊNCIA

Na concorrência, a aferição dos requisitos necessários à participação no certame é feita durante a própria licitação, na fase de qualificação. A existência dos registros cadastrais objetiva simplificar o processamento das licitações, na medida em que vários desses requisitos já foram conferidos pela administração quando o interessado solicitou a sua inscrição. Não há, assim, necessidade de paralisar a licitação para que se realize a consulta sobre diversos requisitos já examinados e comprovados anteriormente.

O art. 23 da lei de Licitações indica os valores que autorizam a adoção da modalidade concorrência:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

convite: até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços: até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00.

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

convite: até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

tomada de preços: até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Em algumas situações, porém, independentemente do valor do contrato, a adoção da concorrência é obrigatória. Veja-se o § 3º do art. 23:

Art. 23.

§ 3º. A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

A lei fala em imóveis “cuja aquisição haja derivado (...) de dação em pagamento”. A “dação em pagamento” citada no art. 19 se refere-se à hipótese de o devedor pagar seu débito à administração com um bem imóvel no lugar de moeda corrente, recebendo, assim, a quitação da dívida. Segundo o Código Civil, dação em pagamento é apenas uma forma indireta de quitar uma dívida por meio distinto daquele anteriormente ajustado. Se a Administração tiver adquirido bem imóvel em decorrência de dação em pagamento, o administrador pode optar pela sua alienação em leilão ou em concorrência. A regra indica a concorrência como instrumento para a alienação de bens imóveis, independente do seu valor.

O art. 22, § 3º, determina que a concorrência deve ser seguida como regra em licitações internacionais. As exceções são duas: 1 - observados os limites fixados em lei, se houver cadastro internacional de fornecedores pode ser utilizada a tomada de preços; 2 - não havendo fornecedor do bem ou serviço no país fica legitimada a utilização do convite. Vale salientar-se que é considerada uma licitação internacional o procedimento administrativo que promove a sua divulgação no exterior, convocando empresas constituídas e regidas por leis de países estrangeiros para participar do certame. Em uma licitação normal (distinta da internacional) para a aquisição de determinados produtos, nada impede às empresas estrangeiras de apresentarem propostas. Mas isto não transforma essa licitação em internacional. Somente quando a divulgação do certame for realizada no exterior, a licitação pode ser considerada internacional. Isto impõe que seja adotada, como regra, a modalidade da concorrência.

A concorrência tem como principais características a “ampla publicidade” e a “universalidade”, conforme afirma Maria Sylvia di Pietro (1994). A ampla publicidade demonstra-se pela necessidade de publicação do aviso da licitação, nos termos do art. 21 da lei de Licitações. A universalidade se caracteriza pela existência de uma fase inicial no procedimento da licitação, denominada habilitação, em que qualquer

interessado que preencher os requisitos de qualificação (art. 27) pode apresentar propostas.

3.5 CONCURSO

O concurso, conforme o seu conceito legal determina, não visa ao provimento de cargos, mas à escolha de trabalhos técnicos, artísticos ou científicos. Os trabalhos devem ser entregues prontos, acabados, para o julgamento da comissão constituída para esse fim. Identifica-se duas diferenças básicas entre o concurso e as demais modalidades de licitação. Nessas últimas, o serviço é prestado após a seleção e o preço a ser pago é indicado pelo licitante, servindo como critério para a escolha da melhor proposta. No concurso, os trabalhos são apresentados prontos e acabados, portanto, o serviço é executado previamente. O preço, denominado prêmio, é fixado no edital, portanto, ao contrário das demais modalidades, o valor do trabalho é preestabelecido.

Para que se entenda melhor o propósito do concurso, pode-se recorrer a alguns casos famosos. O projeto arquitetônico de Brasília foi escolhido por meio de concurso público, que teve como vencedor o paisagista Lúcio Costa. Outro exemplo foi o procedimento responsável pela definição do desenho das atuais moedas brasileiras, selecionado por concurso pela Casa da Moeda. Os projetos artísticos, técnicos ou científicos são submetidos à administração, que escolhe os que melhor atendem às suas necessidades. A comissão do concurso, previamente constituída, seleciona o melhor projeto e o seu autor recebe o prêmio fixado no edital.

O prazo indicado em lei, 45 dias, contado a partir da publicação do edital, constitui o período mínimo para que os interessados apresentem seus trabalhos. Em alguns casos, como, por exemplo, na elaboração de projetos arquitetônicos, o prazo mínimo legal é insuficiente. Nada impede, conforme as peculiaridades e dificuldades da elaboração do projeto, que a administração defina prazo de dois, três meses ou até prazo superior, de acordo com a dificuldade de cada demanda. Há ainda a possibilidade de prorrogar o prazo de apresentação dos projetos. Nesse caso, deve ser feita a publicação de novo edital com as datas de inscrição e entrega dos trabalhos.

3.6 LEILÃO

O leilão é um procedimento corriqueiro nos direitos comercial e civil. Os interessados comparecem em local e hora previamente definidos e apresentam suas ofertas ou lances, mas com uma característica distinta das demais modalidades de licitação: o interessado pode apresentar diversas propostas à medida que o pregão do maior lance for aumentando. Outro critério diferenciador é o de não seguir o princípio do sigilo, mas ser conduzido por lances ou ofertas, conforme dispõe o art. 45, § 1º, da lei de Licitações.

A regra aponta o leilão como o instrumento indicado para a apresentação alienação de bens. Conforme já dito, o leilão é a modalidade indicada para a venda de bens móveis. São três as situações que se ajustam a essa modalidade: bens inservíveis, bens apreendidos legalmente e aqueles penhorados e não resgatados. No primeiro caso, a administração pode leiloar os bens móveis de que não tem necessidade - os chamados bens móveis inservíveis. Ou seja, aqueles ainda em condições de uso, que não estão quebrados, finais destruídos ou danificados, mas, simplesmente, não têm mais utilidade para a administração. A segunda situação se verifica após a apreensão legal de produtos. Um exemplo são os leilões de mercadorias apreendidas realizados pela Receita Federal. A terceira possibilidade se refere aos produtos empenhados e não resgatados por seus devedores, como ocorre em leilões realizados pelo setor de penhor de jóias da Caixa Econômica Federal.

3.7 PREGÃO

A Lei nº 9.472/97 criou, no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações, nova modalidade de licitação que levou esta denominação. Pode-se afirmar que a ANATEL foi utilizada, de certo modo, como cobaia desse novo experimento. Felizmente, a inovação mostrou-se extremamente vantajosa e, por meio da Medida Provisória nº 2.026, de 4-5-2000, foi autorizada a utilização dessa nova modalidade de licitação no âmbito da Administração Pública federal. Ao ser convertida na Lei n.º

10.520, de 2002, deu-se novo âmbito de alcance ao pregão, sendo hoje admitida a sua utilização por expressa disposição legal – observe-se que a própria ementa da citada lei do pregão (Lei n.º 10.520, de 2002) deixa evidente o âmbito de aplicação do pregão ao instituir "no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências".

Aspecto peculiar do pregão está relacionado também à necessidade de que no âmbito da União, assim como no de cada Estado, de cada Município e do Distrito Federal, seja editado regulamento para definir a sua aplicação, onde esta criação se dará através de decreto próprio de cada chefe do executivo. No âmbito da Administração Pública federal, a União aprovou o Decreto n.º 3.555, de 2000, para definir como os órgãos e entidades da administração federal irão proceder na aplicação dessa nova modalidade de licitação.

Feitas as considerações iniciais sobre as modalidades de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93, pode-se afirmar que o pregão é uma modalidade de licitação a ser utilizada, em algumas situações, como alternativa às modalidades comuns disciplinadas pela Lei n.º 8.666/93. Afirmar-se que o pregão é nova modalidade de licitação significa que ele seguirá procedimento distinto daquele adotado pelas outras modalidades previstas na Lei de Licitações. Todavia, a Lei n.º 10.520/2002 restringiu a utilização do pregão para algumas situações especiais, relacionadas à contratação pela Administração Pública de bens e serviços comuns. Estes são definidos pelo art. 1º, parágrafo único da Lei do Pregão: "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado". Caso o administrador opte pelo pregão, por exemplo, para a compra de veículos, o valor estimado do contrato irá interferir apenas na forma de dar divulgação ao pregão, podendo esta última modalidade ser utilizada seja qual for o valor a ser contratado.

No âmbito da Administração Pública federal, a questão torna-se um pouco mais clara porque o Decreto n.º 3.555, de 2000, em seu anexo II, estabeleceu uma lista dos bens e serviços considerados comuns, que podem ser contratado por meio de pregão.

No âmbito dos Estados e Municípios, assim como no Distrito Federal, cabe ao regulamento a ser baixado pelos Governadores e Prefeitos definir se optam por

conferir liberdade aos administradores para que estes definam quais são os bens ou serviços comuns ou, se à semelhança do que se verifica no plano federal, preferem estabelecer uma lista do que poderá ser considerado um bem ou um serviço comum. Evidente, portanto, que não se pode jamais utilizar pregão para contratar obras ou serviços de engenharia, por exemplo, posto não serem considerados bens ou serviços comuns.

3.8 CONSULTA

O modelo de licitação tratado na Consulta fora criado também através da Lei 9472/97 juntamente ao pregão, mas aplicável somente para a ANATEL. Resta apenas em esclarecer as ressalvas da lei em aplicar tal modalidade onde o próprio art. 58 da lei 9472/97, foi bem, genérico em mencionar as situações de aplicabilidade desta nova modalidade até então não tratada em nosso ordenamento jurídico, onde taxa o seguinte texto:

Art. 58. A licitação na modalidade de consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.
Parágrafo único. A decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente.

Diante do exposto o que se vê é o não esclarecimento do assunto tendo em vista que os arts. 56 e 57 mencionam as possibilidades de aplicação do pregão, onde trata apenas de bens e serviços comuns, restando neste caso todos os demais casos e em especial os de natureza técnica, conforme se pode aferir-se pelo texto da norma em seu art. 59 que menciona:

Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.

Após tal modalidade ser avaliada pelo executivo, a lei 9.986/2000, tratou de expandi-la para as demais agências reguladoras, mas que em sua essência ainda faltava a regulamentação detalhada de sua aplicabilidade, vinda através da Resolução nº 5 da ANATEL onde um dos pontos mais marcantes desta resolução menciona que a apuração das propostas é feita por um júri que pondera o custo benefício dos produtos ofertados por pessoas físicas ou jurídicas em numero não menor que cinco e de elevada qualificação. Tal modalidade não ganhou corpo em meio às demais e nem conseguiu ganhar o destaque que o pregão tem, sendo a mesma muito limitada em seu campo de aplicação o que implica a sua falta de conhecimento em nosso cotidiano.

4 DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CALAMIDADE PÚBLICA E EMERGÊNCIA

Sabe-se que a regra é proceder à licitação como antecedente necessário do contrato administrativo. A licitação é composta de diversos princípios constitucionais da Administração Pública, sobretudo o da impessoalidade, o da moralidade e o da eficiência. A realização de uma licitação, no entanto, além de demandar tempo, custa caro à administração. Desse modo, seria totalmente impensável querer que a administração tivesse de realizar licitação sempre que pretendesse celebrar qualquer contrato. Cabe, assim, ao legislador indicar em que situações o administrador pode celebrar contratos sem a realização da respectiva licitação. No entanto um princípio específico dessa modalidade entra em ação, trata-se da Motivação do gestor em justificar a realização da licitação a real necessidade da mesma para a Administração Pública. Em nome da eficiência que se espera da administração, cada vez mais a legislação procura afastar-se de formalismos desnecessários em nome da obtenção de vantagens econômicas.

A competição é também um dos fundamentos básicos da licitação, com o objetivo de obter a proposta mais vantajosa para a administração. Assim, a licitação não pode ser realizada quando não há competição em relação ao objeto licitado. Na sistemática da lei nº 8.666/93 há situação em que são utilizadas expressões, "licitações dispensadas" (art. 17), "licitação dispensável" (art. 24), e, "licitação inexigível" (art. 25). Essas seriam as situações de caráter excepcional mencionadas em lei em que seria possível a contratação direta, isto é, a contratação sem licitação.

Torna-se oportuno esclarecer a distinção entre os conceitos de licitação inexigível, dispensada e dispensável que será o objeto de estudo, e em específico com relação à hipótese do art.24, IV. Na inexigibilidade não há competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da administração; a licitação é, portanto, inviável. Já com relação aos outros dois tipos, as licitações dispensada e dispensável a diferença básica entre essas duas situações reside na apresentação possibilidade ou não de competição. Na dispensada o administrador deve proceder a contratação direta tendo em vista as peculiaridades do objeto a ser contratado. Já na dispensa existe a possibilidade de competição, o que permite a realização de licitação. Um ponto essencial neste leque de situações dispensáveis de licitação reside no restante dos casos elencados no art. 24, onde pode-se fazer

menção a casos de emergência ou calamidade pública⁶ que hoje é ponto muito controvertido em cortes de julgamento tendo em vista a lacuna que se abre para o gestor se exceder.

4.1 CARACTERIZAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA E EMERGÊNCIA.

Diante dos esclarecimentos mencionados anteriormente, se pretende um estudo voltado para o inciso IV do art. 24 que reza na lei 8.666/93 da seguinte forma:

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 de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Sobre este assunto Tribunal de Contas da União através do acórdão 628/2005 se posicionou com o seguinte entendimento:

Somente dispense por emergência o certame licitatório nos casos previstos no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, ou seja, 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.

O estado de Calamidade Pública ou emergência resguarda algumas peculiaridades que devem ser avaliadas com base na sua efetividade e em quais circunstâncias é que o mesmo pode ser decretado. Senão observe-se o que diz o Decreto nº. 67.347, de 05.10.1970, que conceitua a calamidade pública como:

⁶ Convém mencionar que a situação de emergência não pode ser decretada livremente pelo gestor público, precisando assim de critérios que estão incursos no Decreto Federal 67.347/70, onde menciona todos os pontos a serem abordados.

A situação de emergência, provocada por fatores anormais e adversos que afetem profundamente a comunidade, privando-a, total ou parcialmente, do atendimento de suas necessidades ou ameaçando a existência ou integridade de seus elementos componentes.

Cumpra-se ressaltar que diante de cenários consecutivos que envolviam a realidade brasileira, no contexto de calamidades, traduzidos pela freqüência dos desastres naturais de ordem cíclica, especificamente as inundações na região sul e sudeste, seca na maior parte da região Nordeste desde a década de 80 que foi a mais atingida, onde a população vivia em situação de grande pobreza e sofrimento advindas da falta de chuvas e de infra-estrutura suficiente nas comunidades. Além de uma crescente ampliação nos desastres de natureza humana, atribuídos basicamente ao crescimento urbano em caráter desordenado, advindo das migrações internas e ao fenômeno, hoje natural, da urbanização acelerada sem os serviços essenciais, a necessidade de uma reformulação legal na organização sistêmica da defesa civil em nosso país tornava-se urgente. Tal marco deu-se através da criação do Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, em 16.12.1988, que foi reorganizado em agosto de 1993 e atualizado por intermédio do Decreto federal 5.376, de 17.02.2005 onde tratou de esclarecer alguns pontos fixando o seguinte entendimento:

Art. 3º Para fins deste Decreto, considera-se:

II - desastre: o resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e conseqüentes prejuízos econômicos e sociais;

III - situação de emergência: o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando danos superáveis pela comunidade afetada;

IV - estado de calamidade pública: o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusive à incolumidade ou à vida de seus integrantes.

Aspecto que também deve-se levar em conta é a respeito à origem do estado de calamidade que em sua essência deve procurar ser adstrito a situações fortuitas, sendo assim inesperadas, o que justificaria realmente a necessidade de implementação de políticas adequadas a cada ocasião.

A respeito disso Hely Lopes Meirelles (2007, p.281) assevera:

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.

A validade da decretação de calamidade, para fins de dispensa de licitação, depende de alguns requisitos tipificados no art. 26 da lei os tratam o seguinte:

Art. 26. As dispensas previstas nos incisos III a XV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do § 2º 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 de 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 ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.

Diante da situação calamitosa ou emergencial de faz necessária uma rotina a ser seguida, tendo em vista os critérios para que se possa, dentro da lei, atingir a finalidade principal que é restabelecer a situação anterior ao ocorrido. Logo, é passo inicial a requisição de todo material que irá ser utilizado, assim como a discriminação de direta de todos os objetos e quantidades que irão fazer parte do orçamento, vindo acompanhadas das razões do interesse público em justificar a contratação no caráter que se pede, assim reza o art. 7º, § 4º, art. 14, e art. 15, § I e II da lei 8.666/93. Tendo em vista o cenário de pressão em relação à execução de obras, quando for o caso é dispensada a obrigação de um projeto básico para a execução de obras e serviços de engenharia ou arquitetura por entender-se que a demora na execução comprometeria a segurança, desde que para isso seja justificado por profissional da área, senão veja-se o que diz o art. 5º, III e § único da Resolução 361/91 do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura – CONFEA:

Art. 5º - Poderá ser dispensado o Projeto Básico com as características descritas nos artigos anteriores, para os empreendimentos realizados nas seguintes situações:

- 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.

As deliberações do gestor nos casos de não realização de licitação e em especial quando se tratar de calamidade pública ou emergência, deverão ter atenção redobrada, pois são fundamentais para que se consolide o *status quo ante*, e para isso se faz necessário que o mesmo trate de “traçar metas e atribuições as quais devem delimitar a área flagelada indicando as medidas a serem adotadas, bem como as autoridades incumbidas das diversas providências que a situação impuser” assim menciona Hely Lopes Meirelles (2007, p. 281). A demora em realizar tal prestação produziria riscos em sacrificar os valores tutelados do nosso ordenamento jurídico.

Torna-se pertinente mencionar também a respeito dos aspectos financeiros em que mesmo se tratando de casos de urgência, se faz necessária toda uma justificativa de se contratar tal serviço com determinado fornecedor. Por mais que se entenda ser uma necessidade urgente, mas algumas precauções não podem deixar de ser feitas como a recomendação pesquisa no mercado de pelo menos 3 (três) orçamentos distintos, mas com as mesmas qualificações do objeto, que comprovem diante disso o menor preço. Pois em casos de comprovação de superfaturamento a responsabilidade é solidária entre fornecedor ou prestador de serviços e o agente público responsável, sendo caso incurso no art. 25, § 2º, da lei 8.666/93. Outro aspecto relevante é que apesar de não ser obrigatória tal pesquisa, a justificativa de preço se faz necessária mesmo assim conforme traça o art. 26, § único, III da lei de licitação.

4.2 CONDUTA DO GESTOR NA DISPENSA DE LICITAÇÃO

A função do administrador público é primordial para que a gestão seja “saudável”, pois é através dele que se traçam metas para o crescimento seja do País, Estado ou Município. Ao longo do tempo a responsabilidade de tal agente ficou cada vez mais nítida aos olhos da sociedade, tendo certas prerrogativas como

representantes do Estado maior que lhe incumbe de deveres fundamentais à frente do ente público. Atribuições estas que se traduzem no dever de agir à frente do órgão o qual representa, dever de ser eficiente no tocante à celeridade, economia e controle, o dever de ser probo agindo com ética honestidade e boa fé e acima de tudo o dever de prestar contas, e neste último não se inclui apenas o gestor, mas qualquer cidadão que tenha contato com o erário público.

No aspecto licitatório a visão não é diferente, peculiaridades que tratam a responsabilidade por zelar pelo bem público são figuras de destaque na própria lei de licitação em seu artigo 89 que trata de atribuir pena de 3 (três) a 5 (cinco) anos de detenção para o gestor que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais.

Como exemplo da efetividade de tal dispositivo o STF se pronunciou a respeito na Ação penal 493 com o seguinte entendimento:

AP 493 AgR / PB - PARAÍBA
AG.REG. NA AÇÃO PENAL
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento: 25/03/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PENAL. CRIME PRATICADO POR EX-PREFEITO. FATO CRIMINOSO PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 8.666/93. CONDUITA TIPIFICADA NO ART. 89 DA LEI 8.666/93. LEI ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 89 DA LEI 9.099/95 DIANTE DA PENA MÍNIMA COMINADA AO DELITO. RECURSO IMPROVIDO. 1. O fato criminoso imputado ao réu na inicial acusatória se ajusta, perfeitamente, ao delito tipificado no art. 89 da Lei 8.666/93, visto que o mesmo está sendo acusado, justamente, de dispensar licitação fora das hipóteses previstas em lei. 2. O fato de o acusado ter praticado a conduta descrita na denúncia na condição de Prefeito, só por si, não atrai o tipo do art. 1º, XI, do Decreto-Lei 201/67, eis que a Lei 8.666/93 trata especificamente de crimes nas licitações e contratos da Administração Pública, inclusive no âmbito municipal. 3. Cabe ressaltar que o fato descrito na denúncia foi praticado na vigência da Lei 8.666/93. 4. Estando correta a tipificação da conduta do acusado feita na prefacial acusatória, mostra-se incabível a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, diante da pena mínima de 03 (três) anos de detenção cominada ao delito imputado. 5. Recurso improvido.

Decisão

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao recurso de agravo. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente) e Eros Grau e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Plenário, 25.03.2010.

A conduta do gestor à frente da administração pública é vista como espelho do órgão que conduz, e isso exige dele total lisura, resguardado em ferramentas limitadoras frente aos poderes que o mesmo representa, e dentre estes o poder discricionário tem local de destaque no cenário de controle administrativo já que a falta de vinculação a uma norma específica abre espaço para que seja regido apenas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade diante de situação que se exija tal posicionamento.

Sobre esta conduta Celso Antonio Bandeira de Mello (*apud* QUEIROZ, Ana Carolina Moura) afirma:

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente

A dispensa somente deve ser usada em casos imprescindíveis por parte da Administração. A grande crítica que se faz a respeito do instituto da dispensa de licitação volta-se para o fato de a lei ter dado enorme poder discricionário ao gestor, poder este que pode ser usado por esses agentes para prejudicar direta ou indiretamente a administração pública como um todo.

Abre-se um adendo para se mencionar três situações específicas que são mais comuns no cenário de calamidade pública e emergência decretadas, onde uma trata da não ocorrência real da caracterização de tal estado, outra com relação à renovação do contrato feito com a dispensa de licitação e por último nos casos de negligência do gestor ao longo do tempo o que culmina por comprometer o Estado.

4.2.1 Falta de caracterização do Estado de Calamidade Pública ou Emergência

Dentro do poder discricionário do gestor público a decretação seja o Estado de Calamidade pública ou Emergência é consubstanciada em uma ferramenta muito importante e ao mesmo tempo extremamente perigosa que é o Decreto Executivo, peça fundamental onde o gestor assegura determinado ato. Saliente-se que neste

ato o gestor ativa um dos principais princípios das licitações, o da Motivação, sendo preponderante para se justificar a real efetividade dos danos e a necessidade de se tomar as medidas cabíveis, dispondo de seu entendimento e que diante disso a construção de cenário que justifique tais medidas. Não é incomum tratar-se na mídia a respeito dos desmandos de alguns gestores que abusam de tal poder para fraudar ou superfaturar obras públicas se aproveitando de momentos que em muitas vezes não caracterizam o estado calamitoso.

Cada vez mais órgãos de controle externo procuram identificar tais fatos e punir os casos que não se enquadram dentro do perfil legal. Diante de tais exemplos pode-se citar matéria no site da Controladoria Geral da União-CGU:

Por meio de cinco contratos de repasse, o Ministério das Cidades destinou ao município de Santa Cruz, no Rio Grande do Norte, R\$ 2,3 milhões para obras de pavimentação e drenagem de ruas. A prefeitura alegou estado de calamidade pública decorrente da seca para executar as obras sem licitação, mas os fiscais consideraram caracterizados indícios de irregularidade no procedimento.

A situação, segundo verificaram, autoriza crer na existência de esquemas para fugir dos processos licitatórios e beneficiar determinados grupos, que, no caso, seriam as empreiteiras Juacema Construções Ltda e CNG - Construtora Nóbrega Gomes Ltda.

No município, obras do Ministério das Cidades e de outros ministérios, que foram ou estão sendo realizadas pela prefeitura, têm sua execução a cargo de pequenas empresas pertencentes a pessoas ligadas ao prefeito ou em nome de "laranjas" e convocadas por convite ou dispensa de licitação.

Pesquisa realizada pelos fiscais revelou que a Juacema, por exemplo, pertence, oficialmente, a uma empregada doméstica (no momento desempregada, que vive com a filha e a mãe de criação, mantenedora da família com sua aposentadoria de um salário mínimo) e um humilde agricultor que mora com a mulher e três filhos e sobrevive com o trabalho na roça. Os dois afirmam que foram induzidos a assinar, em 2000, documentos para a abertura da firma, e que nunca receberam qualquer quantia relativa aos contratos da empresa. A pessoa que os induziu a assinar os papéis é o "procurador" da empresa, cuja assinatura/carimbo aparece na documentação disponibilizada pela prefeitura. (<http://www.cgu.gov.br/imprensa/Noticias/2004/noticia06504.asp>)

Com fulcro em tais notícias a respeito das condutas dos responsáveis é possível observar ferramentas que corroboram a possibilidade de improbidade

administrativa, onde o gestor investido no cargo, como ordenador de despesa⁷, tem a incumbência moral de zelar pelo erário público e com isso evitar que por omissão sua ou de subordinados comprometa-se direta ou indiretamente a função do Estado como órgão que busca o crescimento ordenado e de forma legal.

Saliente-se que a conduta do administrador amparado ou não em pareceres, orientações ou entendimento, frente a decretação de estado de calamidade ou emergência sem um fundamento para tal o inclui no crime de improbidade administrativa tipificado na lei 8.429/92 em seu art. 10, VIII, que menciona:

Art. 10 - Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

Torna-se importante mencionar que o efetivo dano ao erário público não precisa ser comprovado e sim apenas que fato danoso ocorreu, para que o agente seja enquadrado em tal crime, conforme tipifica a Lei 8429/92 em seu art. 21, I. A respeito das condutas do agente público e seus auxiliares⁸, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p 832) inferem-se:

O conceito de agente Público para efeito de enquadramento na Lei 8.429/92 e sujeição às penalidades nela cominadas é bastante amplo, abrangendo todo aquele que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades passíveis de ser enquadradas como sujeito passivo de atos de improbidade administrativa.

Sobre o assunto anterior o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que essa regra não se aplica a todos os agentes públicos, ficando assim de fora aqueles que estão sujeitos ao “regime de responsabilidade”, neste caso os agentes políticos, conforme menciona o Informativo 471 do STF, (Rcl 2.138/DF, rel.

⁷ O art. 80 da do Decreto lei 200/67 trata de esclarecer que o ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultem de emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos.

⁸ O art. 3º da lei 8.429/92 entende que aquele que não seja agente público mas que incentive ou participe de alguma forma também é enquadrado em tal crime.

orig. Nelson Jobim rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes). Esses serão processados e julgados apenas em ações propostas perante o STF.

Vale ressaltar que tal entendimento se voltou para caracterizar uma reviravolta jurídica frente ao estado democrático de direito, pois os principais embasamentos para se traçar tal posicionamento da Corte suprema foram voltados para amparar os “agentes políticos”, sobre este aspecto O Min. Joaquim Barbosa, já sendo voto vencido, no mesmo Informativo de número 471, ressalta, que:

Eximir os agentes políticos da ação de improbidade administrativa, além de gerar situação de perplexidade que violaria os princípios isonômico e republicano, seria um desastre para a Administração Pública, um retrocesso institucional. Por fim, considerava que a solução então preconizada pela maioria dos Ministros, ao criar nova hipótese de competência originária para o Supremo (CF, art. 102), estaria rompendo com a jurisprudência tradicional, segundo a qual a competência da Corte só poderia ser estabelecida mediante norma de estatura constitucional, sendo insuscetível de extensões a situações outras que não as previstas no próprio texto constitucional. Destarte, a ação proposta deveria ter seu curso normal perante as instâncias ordinárias.

Torna-se oportuno enfatizar o que se entende por agente político com base em posicionamento doutrinário de Hely Lopes Meirelles (2007) que considera agentes políticos os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e secretários de estado e de Município).

Em suma, no momento de punir um responsável por desmando dentro do serviço público como no caso em tela, não se encontrará mais as cabeças que confirmaram o ato e sim apenas alguns subalternos ligados a comissões de licitação e demais órgão de apoio à gestão, que em muitas das vezes não traduzem o real intuito que se procurou ao dispensar a licitação, já que é ato do executivo e este não se inclui nos crimes de improbidade.

4.2.2 Renovação de Contrato Dispensado de Licitação

Outro aspecto curioso trata-se da autorização por parte do gestor para renovação de contrato nos casos emergenciais sendo elemento divergente dentro de nosso ordenamento jurídico, onde apesar do próprio art. 24, IV, da lei 8.666/93,

taxar que o prazo máximo é de 180 (cento e oitenta) dias, é corriqueiro que o gestor efetue tal ato. Julgados tratam desse aspecto relevante de modo divergente, o Tribunal de Contas da União através do acórdão 272/2002 da Segunda Câmara se posicionou com o entendimento literal da lei seguindo o princípio da legalidade, entendendo que a continuidade do contrato também é objeto de investigação tendo em vista se tratar de obras ou serviços que não ultrapassem 180 dias a prorrogação de tais contratos vem a fugir integralmente a regra, já que entende-se que durante o prazo estipulado já seria suficiente para se promover uma licitação dentro dos padrões a que o objeto necessita. Segue adiante trecho do posicionamento:

Desde a assinatura dos contratos de prestação dos serviços já se sabia que, após o decurso do prazo de vigência do ajuste (12 meses, prorrogável uma vez), haveria a necessidade de realizar-se novo procedimento licitatório. Teve, por conseguinte, o gestor lapso de tempo mais do que suficiente para organizar e providenciar as medidas administrativas cabíveis de forma a evitar a situação de urgência que efetivamente ocorreu ao final da vigência dos ajustes respectivos.

Outra corrente trata que o interesse público está acima de tudo, entendendo que por mais distorcido que se encontre o andamento das obras ou entrega de serviços, a paralisação destes para a realização de um procedimento licitatório comprometeria ainda mais o erário público tendo em vista a não conclusão do objeto além do custo despendidos em troca, muitas vezes, de pequenos detalhes para se concluir, se perdendo uma figura primordial nestes casos, o tempo. Destarte o entendimento de Decisão 820/96 do Plenário do TCU que traçou a seguinte ressalva ao caso concreto:

22. No entanto, a superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere as condições do respectivo contrato, é razão suficiente para alteração do contrato, a teor do disposto no art. 57, § 1º, item II, da Lei nº 8.666/93.

23. Nesse sentido, compartilho com o entendimento proferido pelo Prof. Marçal Justen, que assim prescreve:

"a prorrogação é indesejável, mas 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"

(...)

Diante do exposto, entendo, conclusivamente, que os contratos, firmados com dispensa de licitação, com base no disposto no inciso IV, art. 24, da Lei nº 8.666/93, embora tenham prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a conclusão das obras e serviços, podem ser prorrogados, desde

que ocorra, posteriormente, fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato

Importe se destacar que o cenário hoje vivido nos tribunais se volta para a aceitação plena do interesse público tendo em vista que o aspecto coletivo torna-se alicerce, já a conduta do gestor vem em segundo plano, tendo em vista não haver uma premente urgência em relação às necessidades vitais da população.

4.2.3 Negligência do Gestor na Origem do Estado Calamitoso ou Emergencial

A palavra negligência em nossa língua portuguesa trata de desleixo, descuido, desatenção, dentre outras características, e isso no âmbito da licitação não muda, o que basicamente junto à Administração Pública nota-se tal conduta por parte do Gestor quando o mesmo age sem zelo ao patrimônio não fazendo a manutenção adequada em determinados pontos que tornam-se essenciais e ao longo do tempo acabam por comprometer-se tendo em vista o desgaste ou falta de manutenção dos mesmos. Importante se faz destacar que a determinação de não se dispensar licitação quando se tratar de culpa da Administração entende-se como dupla lesão, tendo em vista que permanece a falta do planejamento e aparece falta de continuidade da prestação de um serviço público ou abandono de direitos sociais. Neste caso a falta de realização de licitação é ofensa a dispositivo, no entanto a flexibilidade constitucional é característica neste ponto tendo em vista o princípio da supremacia e do interesse público.

Torna-se também oportuno mencionar outra divergência nas cortes de justiça, essa a respeito da essência de caracterização de emergência ou calamidade pública. Esta celeuma traz em seu bojo a inércia do gestor, onde uma corrente entende que a caracterização de tais estados não pode ser confundida com a negligência do gestor que por não traçar um planejamento correto acaba por comprometer alguns setores importantes afetando assim a coletividade, como nos casos de demora na compra de medicamentos, falta de manutenção em encostas

ou reservatórios de água dentre outros, que fogem totalmente os critérios utilizados para decretar tais situações. Trata-se tal atributo por não caracterizar-se fato imprevisível, e sim uma emergência forçada pela negligência ou ineficiência da administração responsável, descaracterizando a real necessidade, dentro dos padrões técnicos exigidos pela lei. A respeito disso o TCU firmou entendimento por Decisão plenária 347/1994 no sentido de que para a aplicação da dispensa de licitação os casos de calamidade pública e emergência não podem ter sua origem na falta de planejamento ou descaso administrativo, deve-se existir urgência concreta, o risco deverá ser gravoso e a efetivação da contratação seja o meio mais eficaz para de solucionar tal impasse.

Porém o mesmo órgão em Acórdão 1490/2003 tratou de emendar tal entendimento, trazendo à luz o princípio de legalidade e eficiência onde traçou o seguinte:

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

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

7. Semelhante posicionamento é defendido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros Editores, 2ª edição, p. 80):

'... 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

Diante de impasse o que se vê é a coerência de tais deliberações com do princípio da proporcionalidade e eficiência do serviço público, através da contratação direta tendo em vista que o cenário real de urgência tem acima de tudo o prejuízo à coletividade, e frente a isso a gestão pública não pode fechar os olhos para a instabilidade do Estado como um todo, zelando pela normalidade social tendo em vista o seu dever de procurar ser o mais eficiente possível.

Segundo Marçal Justen Filho (2005, p.35), desde o Welfare State⁹ até hoje, a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre todos os demais interesses da sociedade e do Estado. Em havendo conflito, os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público.

Ressalte-se que em paralelo à necessidade de implementação de medidas urgentes cabíveis na calamidade pública e emergência vale salientar-se que nada impede do gestor ser penalizado, o que deverá ser realmente. Visto o fato de tal agente ter atuado fora dos padrões legais, o Estado não pode se furtar a cumprir o seu verdadeiro papel da norma legal á decisão tomada, de acordo com sua conduta.

⁹ Estado de bem-estar social (em inglês: *Welfare State*), também conhecido como Estado-providência, é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado (nação) como agente da promoção (protetor e defensor) social e organizador da economia (Wikipedia acesso em 15/05/2010)

5 CONCLUSÃO

Como se pôde perceber a presente pesquisa tornou-se um passo importante no estudo do caráter verdadeiro do entrelaçamento das palavras licitação, calamidade pública e emergência, já que enriqueceu e aprofundou genericamente tais institutos relatando o real intuito da lei nº 8.666/93 corroborada pelo Decreto Federal 5.376/05, onde envolve o processo licitatório e mais especificamente sua sistemática junto à Administração Pública onde foram abordados o real entendimento do Estado de Calamidade pública ou Emergência além da forma discricionária com que o gestor poderá contratar sem licitação nos casos referidos.

As informações estudadas no primeiro capítulo foram extremamente importantes como base para entender melhor todo esse processo, tendo em vista que a fundamentação constitucional corroborada pelos princípios gerais da Administração são peças estratégicas para se entender a real utilidade do poder público agir em prol da coletividade e com respeito ao que é público.

No segundo capítulo o que se viu foi um pouco de cada modalidade de licitação que existe hoje em atividade, sendo de suma importância para se compreender toda a cadeia de idéias sobre o rito licitatório e suas obrigações respeitadas as peculiaridades que algumas trazem em sua forma.

Enquanto que no terceiro se conseguiu entender as peculiaridades da Decretação do Estado de Calamidade Pública de uma forma legal além de conhecer em quais momentos o gestor utilizando de seu poder realmente agir de forma discricionária que seja coerente com a norma. Observou-se também o entendimento dado pelo STF sobre a agente público e com isso suprimindo muitas punições aos gestores por suas condutas errôneas tendo em vista que só passou a punir os "menores" desqualificando a improbidade administrativa que a lei impôs ao transgressor do processo licitatório. Além de ter visto que o Princípio do Interesse Público tem se sobressaído frente aos demais quando a situação envolve conflito entre catástrofe que afetem a coletividade e cumprimento de lei em específico.

Relacionando-se com o direito Administrativo foi trazido a lume a idéia de que a licitação é sim uma ferramenta de necessidade do poder público respeitados seus princípios, mas que diante da real necessidade que pode afligir a coletividade a lei

tratou de ampará-la, abrindo precedentes para que o interesse público reinasse acima disso.

Para melhor entendimento dos institutos da calamidade pública e emergência foram vistos casos e efeitos peculiares em que se pode enquadrá-los em uma hipótese de dispensa. Foram analisados vários entendimentos com relação à legislação atual onde dentre eles podem-se fazer menção ao Tribunal Contas da União, corroborando para o aperfeiçoamento também deste trabalho, além de grandes doutrinadores do mundo jurídico, especificamente os mais atuais na área do Direito do Administrativo, onde foram significativos os posicionamentos com relação ao instituto ora estudado.

Ao final do presente trabalho pôde-se atingir os resultados esperados, onde ficaram esclarecidas as idéias centrais desta pesquisa voltadas para entender os casos em que pode-se realmente aplicar tais situações emergenciais e com isso haver por parte do gestor o zelo pelo erário público sem direcionar contratos, fraudá-los ou emitir decreto sem a real caracterização do fato.

O interesse público está acima de todos os outros pelo lado do bem da coletividade e o gestor ainda tem seus privilégios pela interpretação distorcida da lei por parte dos responsáveis maiores por traçar o entendimento legal em nosso país. É inegável que as lacunas existem, a exemplo do entendimento sobre crimes de improbidade e responsabilidade e o tipo de agente que os comete mas que se procurou aqui expor uma visão geral do de todos os elementos licitatórios e incluindo suas exceções onde foram enfatizadas as conseqüências provocadas pela não aplicabilidade desta ferramenta, o que enseja a paralisação das obrigações da máquina pública tanto para a administração quanto para o cidadão.

Enfim nem a Lei 8.666 muito menos o Decreto 5.376, não foram as primeiras e nem serão as últimas normas a tratar do tema aqui explorado. Como todas as demais legislações que lhe antecederam, é marcada por inovações, virtudes e falhas, e na verdade não poderia ser diferente, pela própria característica humana da imperfeição. Ela representa uma variável temporal da constante busca da humanidade pela evolução, pelo aperfeiçoamento, e pelo simples fato dela se enquadrar em tal regra, tendo, incontestavelmente, a marca do aprimoramento, mesmo com suas imperfeições, tal fato já a torna uma legislação eficaz e benéfica, digna de ser louvada, mesmo que também seja passível de ser criticada e aprimorada. E que neste momento veio a contribuir e muito para minha vida

acadêmica tendo em vista poder contribuir com uma pequena parcela de nessa história que une a pesquisa e o aprendizado em busca de um só destino, o conhecimento.

REFERÊNCIAS:

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente Paulo. *Direito administrativo descomplicado*. 17 ed. São Paulo: Método 2009.

BRASIL. *Constituição 1988*. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRASIL. Decreto nº 5.376, de 17 de fevereiro de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC e o Conselho Nacional de Defesa Civil, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5376.htm>. Acesso em: 07 de mai. 2010.

BRASIL, Decreto nº 67.347 de 5 de outubro de 1970. Estabelece diretrizes e norma de ação para defesa permanente contra as calamidades públicas. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1970. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=181210>>. Acesso em 15 mai. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 05 de abr. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 05 de jan. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1997. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>>. Acesso em 07 de mai. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.520/02, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em 05 de mai. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação Constitucional (RCL) nº 2.138*. RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(Rcl\\$.SCL A. E 2138.NUME.\) OU \(Rcl.ACMS. ADJ2 2138.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(Rcl$.SCL A. E 2138.NUME.) OU (Rcl.ACMS. ADJ2 2138.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 12 de mai. 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.490*. Auditoria. CEF. Área de licitações e contratos referentes a serviços de publicidade, propaganda e vigilância. Pedidos de reexame de acórdão que aplicou multa aos responsáveis ante a contratação direta de empresas em caráter emergencial, sem que tal situação tenha sido caracterizada, utilização de prestação de serviços sem cobertura contratual, e anulação indevida de concorrência. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%28AC-1490-32/03-2%29%5bnumd%5d%5bB001,B002,B012%5d>>. Acesso em 08 de mai. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos: Teoria Prática e Jurisprudência*. São Paulo: ATLAS, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LICITAÇÕES lideram indícios de fraude em municípios. Tribunal de Contas da União, Brasília, 27 set. 2004. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/imprensa/Noticias/2004/noticia06504.asp>>. Acesso em: 02 mai. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33 ed. São Paulo: Malheiros 2007.

QUEIROZ, Ana Carolina Moura, *O controle pelo poder judiciário dos atos discricionários da Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/19129/18693>>. Acesso em: 11 de mai. 2010.

SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda, *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3489&p=1>> . Acesso em: 20 de abr. 2010.