

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE DIREITO**

ARQUIMEDES GUEDES RODRIGUES

**DISPENSA DE LICITAÇÃO POR CRITÉRIO EMERGENCIAL: contornos jurídicos
e Análise da possível responsabilização do gestor administrativo.**

**SANTA RITA
2018**

ARQUIMEDES GUEDES RODRIGUES

**DISPENSA DE LICITAÇÃO POR CRITÉRIO EMERGENCIAL: contornos jurídicos
e Análise da possível responsabilização do gestor administrativo.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos

SANTA RITA

2018

Rodrigues, Arquimedes Guedes.

R696d Dispensa de Licitação por critério emergencial: contornos jurídicos e análise da possível responsabilização do gestor administrativo / Arquimedes Guedes Rodrigues. – Santa Rita, 2018.

56f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita,

ARQUIMEDES GUEDES RODRIGUES

**DISPENSA DE LICITAÇÃO POR CRITÉRIO EMERGENCIAL: contornos jurídicos
e Análise da possível responsabilização do gestor administrativo.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos.

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: _____

Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos.
Universidade Federal da Paraíba - UFPB

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar
Universidade Federal da Paraíba - UFPB

Prof. Dr. Leonam Liziero
Universidade Federal da Paraíba - UFPB

SANTA RITA

2018

Dedico este trabalho a Deus, cuja misericórdia revela-se maior a cada dia de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, **Giusone Ferreira Rodrigues** e **Cleodomira Guedes Rodrigues**, motivação, exemplo e apoio.

À minha esposa **Tháisa Vasconcelos Guedes Rodrigues** e minhas filhas **Lívia Vasconcelos Guedes Rodrigues** e **Hannah Vasconcelos Guedes Rodrigues**, pela compreensão, renúncias e motivação.

Aos colegas do curso de graduação do CCJ/ DCJ e do IESP, em João Pessoa/PB e da Universidade de Coimbra/ Portugal, pelo companheirismo e acréscimos à minha formação.

Ao Professor Dr. Ronaldo Alencar dos Santos por ter aceitado o convite para ser meu orientador e ter disponibilizado sua orientação e generosa atenção, ao Professor Dr. Valfredo de Andrade Aguiar pelo interesse e motivação que me transmitiu nas primeiras conversas sobre o tema e, também, ao Professor Dr. Leonam Liziero pelo prestígio emprestado ao trabalho fazendo parte da banca e pelas palavras elogiosas à pesquisa.

Aos demais familiares e amigos, pelo reconhecimento e incentivo.

*“Muitos desejam o favor do governante,
mas é do Senhor que procede a justiça”*

(Provérbios 29.26 – NVI)

RESUMO

O instituto da Dispensa de Licitação, fundamentado em situação de emergência, em casos que demandam urgência de atendimento, conforme previsto no artigo 24, inciso IV, da Lei de licitações (LF n.º 8.666/93), tem sido expediente largamente utilizado na gestão Pública, envolvendo milhões de reais. Ocorre que essas emergencialidades podem ser causadas ou terem seus efeitos piorados por atos ou omissões dos agentes envolvidos, cujas responsabilidades ainda não foram devidamente analisadas pela doutrina jurídica. Dessa forma, questiona-se : como criar uma ferramenta mais eficaz do que os que já constam do arcabouço jurídico disponível com o objetivo de promover este contrôle sobre a legalidade e a moralidade na utilização do instituto em apreço? Este trabalho, fruto de razoável experiência prática na área e aprofundada pesquisa teórica, apresenta uma alteração simples na lei de licitação, a saber : propor alteração legal que vincula a autorização da Dispensa de Licitação à determinação de abertura, concomitante, de sindicância administrativa, instituto bastante difundido na seara da gestão pública, destinada a apurar indícios de responsabilidades sobre as circunstâncias da emergencialidade. Tal substitutivo à lei de licitação fará com que os gestores reflitam sobre a oportunidade e conveniência de autorizar Dispensa de licitação fundamentadas em situações emergenciais além de promover a imediata investigação sobre a legitimidade destas emergências e as eventuais responsabilidades sobre elas.

Palavras-chave: Dispensa de Licitação. Casos de emergência. Lei Federal n.º 8.666/ 93. Responsabilidade administrativa.

ABSTRACT

According to article 24, item IV, of the Bidding Law (LF No. 8.666 / 93), the institute of the Emergency Dispatch, based on an emergency situation, in urgent cases, has been widely used in public management, involving millions of reais. These emergencies can be caused or have their effects worsened by acts or omissions of the agents involved, whose responsibilities have not yet been analyzed by legal doctrine. In this way, the question is: how to create a more effective tool than those already included in the available legal framework with the objective of promoting this control over legality and morality in the use of the institute in question? This work, which is the result of practical experience in the area and in-depth theoretical research, presents a simple change in the bidding law, namely: propose a legal amendment that links the authorization of the Bid Waiver to the determination of the concurrent opening of administrative institute, a very widespread institute in the field of public management, aimed at ascertaining indications of responsibilities regarding the circumstances of emergencies. Such a substitute for the bidding law will encourage managers to reflect on the timeliness and appropriateness of authorizing emergency dispense in emergency situations, as well as to promote immediate investigation into the legitimacy of these emergencies and possible liabilities.

Keywords: Exemption from Bidding. Emergency cases. Federal Law No. 8.666 / 93. Administrative responsibility.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac – Acórdão

CF – Constituição Federal

CGE – Controladoria Geral do Estado

CGM – Controladoria Geral do Município

CGU – Controladoria Geral da União

Dec – Decreto

Inc – inciso

LF – Lei Federal

MP – Ministério Público

NE – Notas de Empenho

NF – Notas Fiscais

PLS – Projeto de Lei do Senado

Res – Resolução

SIAF – Sistema Integrado de Administração Financeira

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCE – Tribuna de Contas

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ATENDIMENTO DE URGÊNCIAS NO CONTEXTO NORMATIVO BRASILEIRO	13
2.1 A DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ATENDIMENTO DE URGÊNCIAS NA GESTÃO PÚBLICA E PAPEL DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE	20
2.2 A DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ATENDIMENTO DE URGÊNCIAS E SEUS PROBLEMAS	23
2.3 A DISPENSA DE LICITAÇÃO, A DESÍDIA ADMINISTRATIVA E A SUA RESPONSABILIZAÇÃO	32
3 A AUTORIZAÇÃO DA DISPENSA DE LICITAÇÃO VINCULADA À ABERTURA DE SINDICÂNCIA	36
3.1 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO	37
3.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PROPOSITURA	47
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A Dispensa de Licitação é um instituto do Direito Administrativo que visa a flexibilização da regra geral que determina a utilização da licitação como forma de seleção da proposta mais vantajosa para o atendimento das demandas do poder público, no cumprimento das suas funções.

Uma destas possibilidades é a que está prevista na LF n.º 8.666/93, Lei que institui normas para licitações e contratos da administração pública, mais especificamente no artigo 24, inciso IV, qual seja, a *Dispensa de Licitação*, em 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.

Ocorre que, muitas vezes, a emergencialidade da situação não existe ou, mesmo existindo, não era pra produzir os efeitos danosos que causam ou atingir a potencialidade dos riscos que representa. Isto pode-se dever a ação ou omissão da administração.

No entanto, uma vez ocorrendo a situação emergencial, o atendimento de urgência por acaso necessário tem que ser, inevitavelmente, prestado pelo Poder Público. Mas, como criar uma forma de controle que promova a responsabilização do gestor pelas causas ou pelo agravamento da emergencialidade que demandou a urgência de atendimento?

A presente monografia tem por principal objetivo propor um substitutivo à Lei Geral de Licitações, especificamente no inciso IV do artigo 24 e no inciso I, do parágrafo único, do artigo 26, com a finalidade de vincular à sua autorização a determinação de abertura automática de Sindicância (estatuto do servidor), com a finalidade de apurar indícios de responsabilidade pela causa ou agravamento das situações de emergência.

A viabilidade legal do intento, dá-se através da vinculação legal da autorização para a *Dispensa de Licitação*, feita pelo Ordenador de Despesa, ao ato de determinação, concomitante, de abertura de Sindicância.

Para atingir este objetivo, este trabalho foi realizada por meio do método de pesquisa teórica e se desenvolveu de forma exploratória, com pesquisa documental, consulta a literatura, publicações, legislação e sítios da internet relacionados ao

tema, de forma que, ao final, convicto, propõe um substitutivo nos projetos de lei que tramitam na Câmara e no Senado, o qual, de forma simples, mas bastante relevante, cria uma vinculação ao ato de autorização deste tipo de *Dispensa de Licitação*, tornando-o mais transparente e seguro para a sociedade e os gestores da coisa pública.

O tema possui alta relevância, haja vista a ampla utilização do instituto na gestão pública, e também a uma importantíssima repercussão financeira, pois os valores envolvidos nestas despesas atingem a cifra de milhões de reais, nos Governos Federal, estadual e municipal.

Este trabalho está configurado da seguinte forma: Inicialmente, discorrerá sobre o instituto da *Dispensa de Licitação*, em casos de emergência, destinado ao atendimento de emergência, situando-o no contexto normativo brasileiro, indo além, e contextualizando sua utilização no âmbito da gestão pública. O capítulo termina com uma análise crítica da utilização do instituto. Posteriormente, aprofundará o debate analisando a Dispensabilidade do processo licitatório, para atendimento de urgência, por ocasião de emergencialidades, à luz da desídia administrativa.

No terceiro momento, apresentará a necessidade de uma ferramenta legal que sirva ao controle e à responsabilização por ato de desídia administrativa que dá ensejo ou agravam eventos emergentes e que fazem surgir a demanda por atendimento de urgência, porque cria risco de prejuízos ou compromete a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Ao final, apresentará a íntegra da proposta de redação legislativa, inseridas nos respectivos dispositivos legais, e se demonstrarão os fundamentos legais que viabilizam a propositura.

2 A DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ATENDIMENTO DE URGÊNCIAS NO CONTEXTO NORMATIVO BRASILEIRO

A licitação é procedimento administrativo preliminar complexo. É processo de regra para que se escolha qual a proposta mais vantajosa para que a Administração celebre contrato com o particular, destinado às aquisições, vendas, obras e serviços.¹

A constituição Federal, estabelece, através do art. 37, inciso XXI:

Ressalvados os casos específicos 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 pagamentos, 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.²

Pontua Sidney Bittencourt que:

Enquanto os particulares dispõem de ampla liberdade para contratar, a Administração Pública, ao contrário, para fazê-lo, é obrigada a adotar um procedimento preliminar determinado com rigor pela Constituição Federal.³

As entidades de direito privado que estejam sob o controle do poder público e as suas fundações por ele instituídas ou por ele mantidas tem a obrigatoriedade de licitar.⁴

No entanto, embora a Licitação seja a regra geral para a viabilização das contratações para aquisição de bens ou a contratação de serviços, faculta-se a *Dispensa de Licitação* em determinadas circunstâncias e para determinados bens. Uma destas possibilidades é, pois, a que está prevista na Lei Geral de Licitação (LF

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Das Licitações Públicas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995, p. 13.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 nov. 2018.

³ BITTENCOURT, Sidney. Curso Básico de Licitações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2001, p 21.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo: de acordo com as lei 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

n.º 8.666/93), qual seja, a Dispensa de Licitação, em casos de emergência, para atender situações que demandam urgência de atendimento, por colocar em risco pessoas e poder ocasionar prejuízos.

O instituto visa oferecer uma via alternativa ao procedimento licitatório, o qual pode se mostrar não eficiente, ou pelo menos, não indicado, considerando as circunstâncias de tempo, objeto ou mesmo origem da demanda a ser atendida através das aquisições ou dos serviços contratados pelos órgãos da Administração Pública, atendidas as formalidades normatizadas e a razoabilidade de sua aplicação.

Este dispositivo constitui aplicação do princípio da razoabilidade na medida em que exige uma relação entre os meios (dispensa de licitação) e os fins (atendimento da situação emergencial ou calamitosa).⁵

Para Jorge Ulisses Jacoby:

A licitação é princípio constitucional, vetor da ação da administração pública que garante aos administrados licitantes a possibilidade de, em condições e tratamentos isonômicos, disputarem entre si a participação nas obras, serviços, compras, alienações, concessões, locações e demais negócios que os órgão e entidades da Administração Pública pretendem efetuar. Assim, em alguns casos previamente estabelecidos pelo legislador o princípio da licitação cede espaço, por exemplo, ao princípio da economicidade ou ao primado da segurança nacional, ou ainda para garantir o interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia ou manter atividade ou serviço essencial.⁶

Abreu Dallari destaca, em especial, dentre aqueles previstos na Constituição Federal como princípios pelos quais deve se pautar a Administração Pública, o princípio da isonomia (igualdade entre os licitantes) e o princípio da publicidade (para promover o princípio da isonomia e dar transparência).⁷

A obrigatoriedade de licitar pode ser entendido pelos princípios da igualdade dos administrados perante a administração e o da indisponibilidade do interesse público.⁸

Como exceção à obrigatoriedade de licitar temos a Contratação Direta, entre elas a Dispensa. A finalidade do procedimento da Dispensa de Licitação

⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁶ JACOBY, J. U.. Contratação Direta sem Licitação. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 670 e 671.

⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁸ MUKAI, Toshio. Direito administrativo sistematizado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

fundamentada em casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento, é viabilizar o uma ação administrativa mais célere em situações para as quais a demora do atendimento possa comprometer a eficácia da ação pública, pondo em risco a segurança de pessoas ou representando risco de prejuízos a bens, públicos ou privados, cuja responsabilidade é de competência do Poder Público

Sylvia Di Pietro (2018, p. 485) diz que a exceção à regra geral da licitação aplica-se em razões de casos excepcionais. A dispensa é possível em certas situações em que o atraso do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, em vez de favorecer, vir a contrariar o interesse público.⁹

De outra lado, à luz do princípio da eficiência, o procedimento pode se impor, na busca daquilo que também se vislumbra pela nomenclatura de princípio da boa administração.¹⁰

Os critérios legais para aplicação do instituto da *Dispensa de Licitação* estão previstos na Lei Geral das Licitações e Contratos Públicos, Lei Federal N.º 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. Posteriormente, o regulamento foi alterado por diversas leis, especialmente com acréscimos das possibilidades onde se pode dispensar a licitação, fazendo com que o artigo 24 desta lei, o qual trata das possibilidades de *Dispensa de Licitação*, saltasse dos originais 15 incisos para os atuais 35 incisos. O mais novo inciso, acrescentado no ano de 2017, autoriza a *Dispensa de Licitação* para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.

Todas as possibilidades nas quais se permite o uso do instituto da *Dispensa de Licitação* foram concebidas com o objetivo de agilizar as aquisições ou

⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Op. cit., p. 485.

¹⁰ A Constituição Federal de 1988 dá nova dimensão à administração da coisa pública ao incluir no artigo 37, *caput*, este balizador de gestão, o dever de fazê-lo de forma produtiva, maximizando o rendimento, com menos dispêndios, o Princípio da Eficiência. É o que inferimos do entendimento concordante dos autores portugueses Canotillo e Vital Moreira que enxergam no princípio da boa administração, inserto na carta constitucional daquele país, como sendo vinculados, justamente, à eficiência e congruência. Apud de VETTORATO, Gustavo. O conceito jurídico do princípio da eficiência da Administração Pública. Diferenças com os princípios do bom administrador, razoabilidade e moralidade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 176, 29 dez 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4369>. Acesso em: 21 nov. 2018.

contratações de serviços nas situações em que os procedimentos normais da licitação não se mostrariam eficazes para o atendimento da demanda, consideradas as circunstâncias e conjunturas que exijam rapidez e maior autonomia dos responsáveis na escolha da proposta mais vantajosa para atender uma demanda urgente ou para a qual se necessitasse de procedimentos mais céleres ou, até mesmo, mais resumidos e práticos, também em função dos valores envolvidos. Trata-se de uma obrigação imediata de fazer.

O atendimento de certas situações pelo poder público há de ser imediato, sob pena de a procrastinação causar prejuízo ou comprometer a segurança dos administrados, de obras, de bens e de equipamentos¹¹. A emergência, como hipótese de dispensa de licitações, consignada no inciso IV do artigo 24 do Estatuto, é caracterizada pela obrigação imediata ou urgente que tem a administração pública de evitar situações que possam causar prejuízos ou comprometimento da segurança de pessoas, obras, bens e equipamentos. Nesta hipótese, diz-se que a emergência é real.

A previsão do instituto da *Dispensa de Licitação*, tipificado no inciso IV do artigo 24 da Lei de licitações¹² (Lei Federal n. 8.666/93), quanto a demandas urgentes ao poder público em meio a situações de emergências, tem por finalidade aumentar a eficácia dos procedimentos da Administração Pública, repercutindo no

¹¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. Ed. Saraiva, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 214.

¹² Ao citar o artigo mais relevante para este trabalho, consideramos relevante transcrevê-lo:

Art. 24. É dispensável a licitação:

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

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

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

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

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

pronto atendimento de necessidades específicas que não podem esperar, sob risco de danos ou comprometimento da segurança de pessoas ou bens e serviços. A Lei fixou alguns pressupostos para a devida formalização deste procedimento, quais sejam: a) Ocorrência de situação de emergência ou calamidade pública; b) Necessidade de urgência no atendimento da situação; c) Existência de risco a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; d) Limitação da contratação emergencial à parcela necessária ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa.

Ademais, o diploma legal não deixa de fixar pressupostos para garantir que os critérios de aceitabilidade de preços, seleção da proposta técnica mais vantajosa e observação da regularidade fiscal e contábil do contratado sejam cotejados no processo que dispensa a licitação. A lei, muito menos, torna prescindível a formalização de contratos nos mesmos limites fixados para as demais situações não urgentes, além de exigir a justificativa do preço e da escolha do contratado (art. 26).

Entretanto, não é qualquer dano ou risco que justificaria a Dispensa de Licitação. Dois pressupostos devem ser sopesados, não só quanto à sua existência, mas quanto a sua potencialidade e efetividade¹³. O primeiro diz respeito a potencialidade do dano, se o mesmo é considerável e a chance de ocorrer é concreta e efetiva, não se tratando de uma urgência teórica e nada mais. Ademais, o prejuízo advindo da emergencialidade deverá ser irreparável, pelo que, a contratação destinada ao atendimento urgente evitará ou atenuará o que não pode ser recomposto posteriormente, ou seja, é descabida a *Dispensa de Licitação* cujo objeto não vai promover este efeito sobre a segurança de pessoas, bens, obras e serviços e sobre os prejuízos possíveis.¹⁴

Também conhecido como “*Compra Direta*” ou simplesmente “*Dispensa*” no cotidiano da gestão administrativa, tal prática é amplamente difundida e utilizada no

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9ª edição – São Paulo: Dialética: 2002, p. 239 e 240.

¹⁴ O TCU alinha-se nesse entendimento de que são pressupostos para a Dispensa de Licitação, fundamentada na LF n.º 8.666/93, art. 24, IV (casos de emergência e calamidade pública), que a situação não tenha sido causada, total ou parcialmente, da falta de planejamento da gestão ou da desídia dos gestores, que esta situação seja concreta e efetiva, ou seja, com potencial de realização e que pode causar danos ou risco à segurança de pessoas, bens, equipamentos, obras ou serviços, e que o objeto da contratação esteja, realmente, relacionado, efetiva e eficientemente, à mitigação dos riscos à segurança e a evitar os danos iminentes. TCU: Decisão Plenária n.º 0347/ 1994. Disponível em: www.tcu.gov.br/consultas/juris/Docs/judoc/Dec/19940106/GERADO_TC-18400.pdf. Acesso em 21/11/2018.

meio da Administração Pública, quase sempre devidamente formalizado, até com uma atenção ainda mais dedicada do que em procedimentos licitatórios de regra geral.

Algumas diferenças são necessárias para a viabilização dos procedimentos da *Dispensa de Licitação*. Por exemplo, haja vista as características de sua tramitação, a publicidade da *Dispensa de Licitação*, por exemplo, pode ser posterior e se dá em ato único, através da divulgação, na Imprensa Oficial, de um extrato dos seus termos principais, em até 5 (cinco) dias após sua realização.

Já em um procedimento licitatório, em quaisquer de suas modalidades, a publicidade é feita anteriormente à sua contratação, ocorrendo tanto na imprensa oficial como em grandes órgãos de comunicação, por vários dias consecutivos, conforme a modalidade adotada. Trata-se de um chamamento de possíveis interessados, para que tomem conhecimento das principais informações sobre a aquisição que se quer realizar ou o serviço que se pretende contratar, além de de indicar onde se pode adquirir o respectivo Edital de Licitação.

A *Dispensa de Licitação*, em nome do interesse público, vulnera, pois, certos aspectos de publicidade e acompanhamento social e de acesso de mercado em função das circunstâncias da demanda que a justificam, em prol de evitar comprometimento de outros valores mais caros à sociedade e que estão sob a tutela da Gestão Pública, como o atendimento às situações de urgências e que possam por em risco a segurança de pessoas, obras, serviços ou equipamentos ou causar prejuízos ao patrimônio público ou privado.

Esta vulnerabilização ocorre por diversos procedimentos que são alterados em relação à licitação que foi dispensada. Uma primeira exceção criada na *Dispensa de Licitação* é a publicação, que deixa de ser antecipada ao procedimento e trata-se de uma convocação de possíveis interessados e passa a ser uma publicidade do que se foi contratado sem licitação. É uma vulnerabilidade uma vez que o acesso do mercado antecipado produz uma maior competitividade entre interessados e uma crítica aos termos de referência do que pretende.

Isto ocorre porque a contratação direta é um procedimento de exceção, uma alternativa que deve ser utilizada muito extraordinariamente, já que não deve ser visto como uma rotina comum de contratação, uma modalidade normal de licitação¹⁵.

Em dezembro de 2016, o Plenário do Senado da República aprovou o Projeto de Lei denominado PLS 559/2013, que propõe grandes alterações na Lei de Licitações e Contratos. Entre estas alterações, que visam criar um novo marco regulatório para o setor, destacamos a proposta de que, nos casos de contratação por emergência, se esclareça como se garantirá o atendimento do interesse Público, proposta acrescentada pelo senador Antônio Anastasia.

O projeto ainda trata da responsabilização solidária da empresa ou prestador de serviço pelo dano que for causado ao Erário Público ou ao Patrimônio Público, nas contratações diretas indevidas, seja por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A proposta encontra-se em discussão na Câmara, vindo do Senado em 2016. Nomeado Projeto de Lei 6814/ 2017, na Câmara, vindo do Senado como PLS 559/ 2013, Também visando criar um novo marco regulatório para as licitações realizadas no âmbito da União, Estados e municípios, revogando a atual lei de licitações, a LF n.º 8.666/93.

Entre outras mudanças como a inversão de ordem entre as fases de habilitação e de abertura de propostas, o sigilo para “*informações cujo sigilo seja imprescindível para segurança da sociedade e do Estado*” e novos procedimentos para escolha e julgamento de propostas, temos a proposta de aumento dos limites para a *Dispensa de Licitação*.

Verifica-se, mesmo a partir da análise do Quadro comparativo elaborado pela Coordenação de Redação Legislativa da Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, que não se faz alterações nos pressupostos e nos procedimentos para a *Dispensa de Licitação* baseada em casos de emergência, cuidando-se, apenas, do prazo máximo para as parcelas de obras ou serviços assim contratados, pois os

¹⁵ Não é absurda a afirmação de que a contratação direta é uma modalidade extremamente anômala de licitação. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não-incidência do regime formal de licitação. Diante de situações desta ordem é que se configuram os casos escolhidos na legislação como de dispensa de certame licitatório ou os que terão de ser considerados como de inexigibilidade dele. DOTTI, Marinês Restelatto. Contratação emergencial e desídia administrativa. Revista do TCU n. 108 (2007). Brasília. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/469>. Acesso em: 20 nov. 2008.

projetos divergem, apenas, entre a manutenção do prazo de 180 dias ou o seu aumento para 360 dias.

Já de outro lado, se referindo a desídia que enseje uma contratação direta, há uma importante proposta de acréscimo no PLS 559/2013, assim enunciado: “a desídia ou omissão do agente público que der causa à contratação direta com base no inciso VII será punida na forma do art. 11, VIII, da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992”.

Sendo este inciso VII referente ao artigo 57 do PLS 559/13, pertinente ao que trata o inciso IV, artigo 24 da atual lei de licitação, qual seja, a *Dispensa de Licitação* para casos de emergência, que demandam atendimento de urgência.

Logo, existe uma nova tentativa, numa nova proposta para a punição da ação administrativa sob a perspectiva da desídia ou omissão do agente público em contratações por *Dispensa de Licitação* para casos de emergência, o que já era possível através da legislação vigente, porém, não efetivada na prática da Administração pública, pelo que, este adendo, como outros, pode não vir a ser a solução para o que se procura cuidar: um controle efetivo e a responsabilização pelas causas ou agravamento dos casos de emergência que justificam *Dispensas de Licitação*.

Este dispositivo intenta reforçar o combate por moralidade na execução do instituto, trazendo para dentro da norma de licitação o que já existe no sistema jurídico, ou seja, a punição para gestão temerária, para a desídia e condutas culposas, negligentes ou criminosas que causem prejuízo ao Erário Público.

No entanto, a realidade das contratações públicas através de *Dispensa de Licitação* não efetiva esta punibilidade, ela transcorre por pressupostos e formalizações que não incluem a devida apuração que poderia viabilizar a responsabilização.

2.1 A DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ATENDIMENTO DE URGÊNCIAS NA GESTÃO PÚBLICA E O PAPEL DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

O instituto visa oferecer uma via alternativa ao procedimento licitatório, o qual pode se mostrar não eficiente, ou pelo menos, não indicado, considerando as circunstância de tempo, objeto ou mesmo origem da demanda a ser atendida

através das aquisições ou dos serviços contratados pelos órgãos da administração pública. A dispensa de licitação aplica-se a casos excepcionais. A Contratação Direta só se justifica em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, em vez de favorecer, vir a contrariar o interesse público.¹⁶

Ocorre que, algumas vezes, o certame pela qual a licitação ocorre pode tornar-se demasiadamente burocrático ou mesmo oneroso, ineficaz e/ou ineficiente, de forma que não se viabiliza a escolha da proposta mais vantajosa pelas rotinas normais da licitação.

No caso de dispensa de licitação fundamentada em casos de emergência, verifica-se a formalização apenas para demonstrar a existência de tal natureza emergencial, sem que seja investigada as circunstâncias e implicações pelas quais esta situação emergencial ocorreu ou teve seus efeitos potencializados.

O procedimento de exceção da Contratação Direta, quando a regra é adotar a licitação, torna-se ainda mais relevante em sua representatividade financeira, uma vez que, para a Dispensa de Licitação, não há um limite de valor de contratação. A situação emergencial é um dos fundamentos justificadores mais importantes da não adoção dos procedimentos licitatórios.

É importante destacar que cerca de 34% das contratações de serviços ou compra de bens são efetivados dispensando-se as licitações (portal da transparência do Governo do Estado da Paraíba - 2017). Deste total de *Dispensas de Licitação*, os sistemas não informam quais são respaldados no inciso IV do Artigo 24 da Lei de Licitações, ou seja, quais fundamentam-se na emergencialidade da situação, seja pela sua oportunidade temporal, sua circunstancialidade, seja pelo objeto ou serviço que procura contratar.

Vale destacar que a natureza de despesa pertinente à contratação de Pessoa Física, que atingiu o valor de R\$ 95.982.064,00, teve 77% também viabilizado através de *Dispensa de Licitação*. (Dados obtidos conforme pesquisa no SIAF, Sistema Integrado de Administração Financeira (governo da Paraíba), o SAGRES (Tribunal de Contas do Estado da Paraíba) e o Portal da Transparência do Gov. da PB).

¹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Op. cit., p. 485.

Os Órgãos de Controle Interno (órgãos de Auditoria interna como CGU, CGE e CGM) e os Órgãos de Controles Externos (Tribunal de Contas da União e Tribunais de Contas dos Estados) tem ação sistemática sobre os processos de *Dispensa de Licitação*, aliás, atenção especial é dada a este expediente, largamente utilizado, fartamente documentado, registrando uma desfavorável avaliação de sua eficiência, considerando o descrédito de que se reveste e das formalizações de que se caracteriza, desfavorecendo a competitividade¹⁷. As justificativas, provas documentais e demais procedimentos da *Dispensa* só eram elaborados após a contratação e, às vezes, após a própria execução do objeto. A publicação também não ocorre antecipadamente ao contrato, o que favoreceria a procura dos interessados), em que pese sempre ser reclamado como solução prática e mais eficiente para o atendimento das demandas enfrentadas no cotidiano da Administração Pública (Reiterando, 34% das contratações de serviços ou compra de bens são efetivados dispensando-se as licitações (Portal da Transparência/Gov. da PB).

Atentando, especialmente, para o aspecto solene do procedimento dispensatório, a formalização do processo de *Dispensa de Licitação* primam, zelosamente, por atender aos pressupostos formais previstos na legislação. Trata-se de um cotejamento circunstancial do momento em que se formaliza o processo, quanto aos documentos que registram a oportunidade, os valores do momento, a situação fiscal e jurídica da empresa e as devidas autorizações por parte de quem detém as prerrogativas. Esta constatação infere-se pela pouquíssimos achados de auditoria que se tornam objetos de julgados nos tribunais de contas ou nas controladorias gerais. Considerando que 34% das contratações de serviços ou compra de bens são efetivados dispensando-se as licitações¹⁸, as glosas, ressalvas ou recomendações sobre a formalização destes procedimentos praticamente inexistem

Um processo de *Dispensa de Licitação* é objeto de análise da Auditoria Interna de cada Poder e instituição (as Controladorias Gerais) e Auditoria externa (Tribunal de Contas da União e Tribunais de Contas dos Estado), sendo algumas poucas vezes investigada a conveniência da oportunidade, as causas ensejadoras

¹⁷ JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação Direta sem Licitação**. 10ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 545.

¹⁸ Portal da transparência/ Governo do Estado ; SAGRES/ TCE-PB ; SIAF-PB

da situação emergencial ou da calamidade, as repercussões sociais e econômicas, enfim, a investigação da responsabilidade pelas causas ou agravamento da situação de emergência que demandaram o atendimento urgente e justificaram a dispensa do procedimento licitatório.

O fato é que, muitas vezes, as situações de emergências não decorrem da imprevisibilidade de um fenômeno ou a intercorrência acidental de um evento ou uma calamidade, mas de omissões, negligências e falta de planejamento na prática da gestão da coisa pública, causadoras ou amplificadoras das más consequências.

Em artigo nomeado “*Contratação emergencial e desídia administrativa*”, a advogada da União Maria Restelatto Dotti diz tratar-se de uma situação frequente a detecção, pelos órgãos de controle, tanto interno como externo, de falta de planejamento administrativo que ensejam a Dispensa de licitação

2.2 A DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ATENDIMENTO DE URGÊNCIAS E SEUS PROBLEMAS

Como já visto, a *Dispensa de licitação* vem em socorro de situações em que o procedimento licitatório, que é a regra geral, não se mostra eficaz para atender a demanda de contratação na forma e na presteza que é necessária. A configuração de situação que indica a adequabilidade da realização de uma Licitação também desqualifica a adoção da *Dispensa de licitação*, e vice-versa. Ou seja, um procedimento não indica o outro, ou seja, onde o adequado é uma licitação, a *Dispensa de Licitação* não é uma alternativa, assim como onde o adequado é uma *Dispensa de Licitação*, não é adequado licitar.

Se, por um lado, a demora da seleção da proposta mais vantajosa através da licitação corrobora para um risco de que o Poder Público não atenda, da forma necessária, a circunstância que exige sua atuação, a *Dispensa de Licitação* se impõe, e não se deve adotar a licitação. Por outro lado, quando se planeja corretamente as ações governamentais e a licitação pode ser formalizada, uma maior competitividade será promovida através do certame licitatório e, potencialmente, uma proposta ainda mais vantajosa poderá ser ofertada e, assim, a licitação é o procedimento que deve ser adotado.

Porém, a avaliação pragmática da eficácia do instituto não pode fugir da constatação de que se trata de um procedimento rigorosamente formalizado, no entanto, suscetível a questionamentos desfavoráveis, quaisquer que sejam os pontos de vista do qual são observados.

Muitas vezes mostram-se demasiadamente onerosos, em que pese a processualística aberta e a forma centralizada e direta pela qual se busca a proposta mais vantajosa, haja vista que são demandados e viabilizados em condições que exigem pronto atendimento e condições adversas e padrão de execução e aquisições fora daqueles que poderiam favorecer a obtenção de menores valores de contratação, economia de escala em compras maiores e programadas ou técnicas e projetos executivos racionalizados para obter economia ao Erário Público. Todos estes aspectos têm que ser revistos em função da urgência que sobrevém sobre o interesse público em risco.

É bem verdade que o preceito legal que prevê a Dispensa de Licitação para casos de emergência e calamidade pública não estende-se às causas que deram causa à emergencialidade ou à calamidade. Frente à necessidade de atendimento urgente, comenta Paulo Bonavides (2004, p. 396), há que ser observado o princípio da proporcionalidade, entre outros, ou seja, primeiramente deve ser verificado se a medida adotada é o meio adequado para amparar o interesse público.¹⁹

A emergência criada, chamada não real, afronta o princípio do planejamento (entre outras previsões, constante do art. 15, §7º, II, da LF n.º 8.666/93 e o artigo constitucional 74, incisos I e II).

Mas, conforme leciona Marçal Justen Filho (2002, p. 152-154), adotar a Dispensa de Licitação significa que não se deixou de atender a um interesse público, haja vista a situação emergencial, porque esta foi gerado por má gestão, desídia administrativa, culpa ou dolo dos gestores.²⁰

Inclusive, os ordenadores de despesa e aqueles que processam esta Dispensa de Licitação, nestas condições, estão isentos de responsabilidade, uma vez que agem em prol do interesse público, em vista da situação concreta e efetiva configurada.²¹

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 396.

²⁰ JUSTEN FILHO, 2002, p. 152 a 154.

²¹ TCU: este é o entendimento extraído de Acórdão do TCU, que manifesta recomendação que aponta para a responsabilização do gestor que praticou os atos que ensejaram a situação

Outras tantas vezes, as *Dispensas* mostram-se ineficientes por resultarem em compras que falham pela pouca qualidade ou pela inadequação ao atendimento da demandada, mais uma vez, sequelas indesejáveis que ocorrem em função da celeridade e disponibilidade que uma situação de emergência impõe.

Por outras perspectivas, efeitos indesejados também ocorrem quando a *Dispensa de Licitação* viabiliza contratações de serviços que perduram além dos prazos razoáveis ou necessários para que uma proposta já pudesse ter sido escolhida mediante um procedimento licitatório convencional, provavelmente, estendendo condições contratuais desfavoráveis para a Administração.

Um ponto comum em todos esses procedimentos é a dúvida que paira sobre estas contratações, seja de compra seja de contratação de prestação de serviços, acerca da certeza de que fora escolhida a melhor proposta para atendimento da necessidade ou se esta corresponde aos valores efetivamente praticados no mercado, ou seja, dúvidas quanto ao favorecimento a algum contratado (direcionamento) ou sobre os preços contratados, se são compatíveis com os preços de mercado ou se mostram-se muito acima destes, o chamado "superfaturamento" do valor contratado, devendo-se, ainda, considerar as circunstâncias que envolvem o tempo e o lugar do procedimento, a conveniência e oportunidade dos procedimentos

Ora, a devida fundamentação e formalização do procedimento da *Dispensa de Licitação*, exige uma descrição detalhada das causas e da situação emergencial que justifica o procedimento. Ademais, deve instruir o processo toda a documentação comprobatória do que se afirma, sejam boletins meteorológicos, alertas veiculados pela imprensa, pareceres técnicos etc.

Outra providência frequentemente não observada nestas formalizações diz respeito a necessidade de que os responsáveis demonstrem a relação que existe entre o objeto da contratação e o estrito atendimento de urgência que a situação emergencial exige. A situação emergencial que serve de lastro legal para a dispensa de licitação é aquela que advém da imprevisibilidade, que foge do que o

emergencial, que demandou atendimento urgente e, portanto, impôs a dispensa do processo licitatório, mas, por outro lado, isenta de responsabilidade aqueles que autorizaram e processaram a contratação direta diante da urgência ocasionada, desde que atendidos os demais pressupostos legais. Acórdão TCU n. 1490/ 2003. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisajurisprudencia>. Acesso em: 21/11/2018.

administrador poderia esperar e tomar providências mitigadoras dos riscos e dos prejuízos, e não da inércia administrativa.²²

Fontes de muitas outras denúncias de fraudes, porta de muitas outras contratações que se revelam distantes dos interesses públicos e em alguns casos, até mesmo, sem qualquer resultado constatável quanto ao atendimento do interesse público, impõem-se a busca por melhores cadenciamentos de providências para compor a rotina da *Dispensa de Licitação*, de forma a viabilizá-la como um procedimento eficaz, eficiente e transparente, realizado em concomitância com outras formas de controle de abusos contra a devida gestão da coisa pública.

A questão que se coloca pertinente ao fato de que é grande o número de *Dispensa de Licitação* nas rotinas administrativas. Ocorrem com bastante frequência, embora seja um procedimento que deveria ser a exceção. Boa parte delas, possuem por fundamento jurídico o art. 24, inciso IV da Lei n.º 8.666/93, o qual se destina ao atendimento de necessidades ligadas à casos de emergência.

Ocorre que, muito raramente, a situação que se procura demonstrar para adoção da *Dispensa de Licitação* deixa de caracterizar um caso de emergência, que demanda um atendimento de urgência, para a qual, indubitavelmente, se vislumbra os potenciais riscos para a segurança de pessoas, obras, serviços ou equipamentos, do patrimônio público ou privado

A crítica que fazemos, a partir das observações cotidianas das gestões administrativas e achados dos órgãos de controle, é sobre os, atos, omissões e circunstâncias que antecedem a formação dessas situações emergenciais. É Sobre os eventos que precedem não só a formalização da *Dispensa de Licitação*, mas àqueles que precedem a própria situação emergencial instalada.

Toda esta cadeia de fatos precedentes e suas repercussões merecem ser verificados quanto às circunstâncias de sua formação, sua inevitabilidade, sua previsibilidade, os atos ou omissões que repercutiram em tal conjuntura e, por total pertinência, as implicações, prejuízos e repercussões passadas e futuras da instalação desta condição emergencial ou calamitosa, e, até mesmo, os danos e riscos gerados pela expectativa negativa.

²² ESCOBAR, J.C. Mariense. *Licitação, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1993.

É a situação que se caracteriza, por exemplo, num caso de necessidade de construção de adutora ou elevatória destinada a abastecimento de água, demandada por conhecimento técnico suficiente a apontar o colapso do fornecimento para uma população, a qual, durante meses, e até ano, assistiu o padecimento de sua municipalidade na má expectativa do caos, sem que qualquer providência tenha sido tomada, chegando a rigorosos racionamento do fornecimento de água, até à iminência da suspensão total do fornecimento de água.

Tais fatos e os consequentes rumores dela decorrentes repercutem e se tornam novos fatos que efetivamente causam mais prejuízos pessoais, sociais e econômicos na municipalidade. São percalços passados e futuros, seja na forma de investimentos adiados ou mesmo realocados, por exemplo.

Tudo isto leva a população a assistir à formalização de contratos milionários, dispensando-se a devida licitação, fundamentado, na “emergência” da situação e na necessidade de atendimento de urgência, representada pela obra. Urgência esta circunstancial mas não eventual, fortuita, total ou parcialmente. Podem se caracterizar como urgência forjada, devido a atos de negligência ou omissão, reiterados, que culminam em uma situação caótica na qual tanto o Poder Público como as empreiteiras chegam a um denominador comum que viabiliza as providências que deveriam ser tomadas de forma antecipada, de forma mais econômica, transparente e eficiente, exposta a competitividade do mercado, de forma a resolver a real necessidade sem todos os prejuízos sociais e econômicos ocorridos por consequência da falta da ação correta e tempestiva.

O Acórdão 272/ 2002²³ - Segunda Câmara – Tribunal de Contas da União, exemplifica estas situações em que a emergência e o atendimento de urgência são avocadas para justificar Dispensas de Licitação, quando, na verdade, tratam-se, total ou parcialmente de falta de planejamento administrativa, má gestão, dolo ou culpa dos gestores:

Desde a assinatura dos contratos de prestação dos serviços já se sabia que, após o decurso de 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

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo 006.932/1995-9, 2002.

urgência que efetivamente ocorreu ao final da vigência dos ajustes respectivos.

É diante desta conjuntura de utilização dos procedimentos de Dispensa de Licitação para atender demanda de situação emergencial que propomos que, concomitante com o reconhecimento da situação emergencial que se instalou, e que ensejou a situação de atendimento de urgência, a qual serve para respaldar os fundamentos legais para a *Dispensa da Licitação*, seja aberto procedimento para verificar os vetores que direcionaram a tal situação urgencial, para esquadrihar se foram realmente imprevisíveis, se responsabilidades, por ação ou omissão, negligência, culpa ou dolo, podem ser constatadas, e de que forma se configuram fatores motivadores destas situações emergenciais utilizadas para justificar a dispensabilidade de licitações ou se, ainda, se não causaram, potencializaram seus efeitos.

Há que ser demonstrada a origem da conjuntura deflagrada da situação de emergência, de forma a provar que, nem todas as situações evocadas como precursoras de uma *Dispensa de Licitação*, na verdade, se constitui um advento que foge da previsibilidade administrativa ou mesmo tem a potencialidade de criar essas situações que demandam atendimento de urgência, sobre todos os eventos e sujeitos envolvidos²⁴.

Situação frequentemente²⁵ objeto de achados de auditoria interna ou externa, as dispensas de licitação fundamentadas no art. 24, inciso IV da lei de licitações, ou seja, as *Dispensas de Licitação* fundamentadas em casos de emergência, que demandam atendimento urgente, deveriam respaldar-se na imprevisibilidade dos eventos²⁶ que a justificam mas, na realidade administrativa, devem-se mais à falta de planejamento da gestão.

Tal desídia ou omissão administrativa acaba por criar uma situação de riscos à segurança de pessoas, obras, serviços ou equipamentos ou enseja prejuízo ao

²⁴ O TCU estabeleceu que se observe que a contratação com base no art. 24, IV, da Lei n. 8.666/93, aplica-se aos casos em que a situação adversa, a título de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis. Ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação. TCU: Acórdão 3754/ 2009 – Primeira Câmara. Publicado em 21/07/2009.

²⁵ Marinês Restelatto Dotti in Revista do TCU n.º 108.

²⁶ Escobar, J.C. Mariense. Licitação: teoria e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1993.

patrimônio público ou privado, e precisa ser atribuída à responsabilidade de quem os tinha sob tutela.

É certo que a *Dispensa de Licitação*, verificada seus pressupostos, deve ser autorizada. Uma vez que esteja instalada a situação emergencial, colocando em risco a segurança de pessoas e bens e causando riscos de prejuízos a bens sob tutela do poder público, a *Dispensa de Licitação* deve ser autorizada, ainda que se duvide da imprevisibilidade das causas que a ensejaram, total ou parcialmente, e haja dúvidas quanto à sua dimensão. Até mesmo se o poder público não demonstrar que considera as más expectativas e tomar alguma providência, danos já podem ser causados.

Suponhamos, novamente, que um conjunto de cidades esteja sobre a iminência do colapso do fornecimento de água devido ao baixíssimo nível de água do reservatório que serve ao seu abastecimento. O fato, apenas pela expectativa que cria, já induz ao adiamento de investimentos e a diminuição dos negócios na região, produzindo um considerável risco a ser considerado pelos vários níveis sociais e econômicos daquelas cidades. No entanto, em que pese depender de um fenômeno climático, ações governamentais podem servir de garantia ou de solução que venham a amenizar os efeitos de tais circunstâncias sobre os vários setores daquela sociedade (econômicas, sociais, psicológicas etc), de forma que tais condições não representem ainda mais prejuízos à comunidade e ao Erário Público.

Outro exemplo seria as inundações que ocorrem nas ruas das cidades no período de inverno, trazendo prejuízos materiais e não materiais, os quais, ainda que atribuídos a precipitações pluviométricas muito acima da média, mesmo assim, não se justificam se houve omissão do poder público em implementar ações que, se não evitassem os danos, pelo menos, os minimizariam.

Nos dois exemplos de ilustração, o que veríamos, muitas vezes, é a deflagração de uma contratação de emergência, porque de emergência se reveste a situação, por *Dispensa de Licitação*, naturalmente, posto que não se pode esperar a instauração de um processo licitatório, em se tratando de demanda de atendimento urgente. Daí que, todos os atos pertinentes à escolha do executor dos serviços e dos fornecedores dos bens, os valores de contratação e a técnica utilizada, obedecem à dinâmica da urgência do atendimento, o que, obviamente, não contribui para a otimização dos recursos, porque prioriza celeridade e disponibilidade.

As *Dispensas de Licitação* fundamentadas em situações emergenciais também se baseiam em Decretos governamentais que declaram “situações de calamidade pública” sobre determinadas regiões, pertinentes a períodos fixos ou com data que se estende pelo período máximo de 180 (cento e oitenta dias) dias. Estes Decretos, por si, já justificam a *Dispensa de Licitação* (LF n.º 8.666/93, art. 24, IV).

Num exemplo de amplo alcance, temos o Decreto n.º 38.195/2018²⁷, o qual incluiu 87% das cidades paraibanas em situação de urgência, autorizando-as a dispensar licitações nos seguintes termos:

Art. 4º Conforme previsão constante no inciso IV do artigo 24 da Lei n.º 8.666/93 e, considerando a urgência da situação vigente, **ficam dispensados de licitações**, os contratos de aquisição de bens e serviços necessários às atividades de resposta ao desastre, locação de máquinas e equipamentos, de prestação de serviços e de obras relacionadas com a reabilitação do cenário do desastre, desde que possam ser concluídas no prazo estipulado em lei (grifo nosso) (Dec. 38.195/ 2018. Diário Oficial. Paraíba. 03 abr. 2018).

No ano anterior, a situação de calamidade pública abrangeu 196 cidades, através do Decreto n.º 37.688/2017, publicado no Diário Oficial do dia 02 de outubro de 2017, sendo este posterior, como uma prorrogação do que antecedeu, cada um vigindo por 180 dias.

Outra situação que enseja a emergência que vem a justificar a *Dispensa de Licitação* diz respeito a situações da rotina de expediente das instituições como o vencimento esperado de um contrato por decurso de prazo haja vista a demora de uma licitação ou sequer sua deflagração, ou, ainda, a falta de planejamento administrativo que ocasiona uma demanda não esperada, tomada como o caso de uma emergência.

Por *Dispensa de Licitação*, enquadrado nas situações emergenciais, temos as contratações, por exemplo, de professores e outros profissionais, como prestadores de serviços “temporários”. Contratações estas que se estendem por mais do que 180 dias, em muitos casos, são prorrogadas por diversos anos sem que se faça concurso público para o atendimento desta demanda. A título de exemplo, no Poder

²⁷ PARAÍBA. Decreto n.º 38.195/18. Decreta situação anormal caracterizada como SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA as áreas dos municípios, constantes do ANEXO ÚNICO afetadas por ESTIAGENS (COBRADE 1.4.1.1.0), e dá outras providências. Disponível em: <http://www.paraiba.gov.br/diario-oficial--de-03-04-2018/diario-oficial-03-04-2018/>.

Executivo do governo estadual, há o registro de 8.042 prestadores de serviço só na Secretaria de Saúde e 7.965 classificados como professores, na Secretaria de Educação, e mais 7.271 classificados como “prestadores de apoio”, em diversos órgãos do Governo, contratados sem concurso público, muitos deles através de contratações que se estendem e se prorrogam por diversos anos, e com fundamento na *Dispensa de Licitação*, contrastando com apenas 337 classificados como “contratos de emergência”. Nestes dados, há contratos que datam de até 2011, lotados na Secretaria de Estado da Educação.²⁸

A coleta de dados quantitativos não é fácil, estes procedimentos não ficam claramente disponíveis. Veja-se o caso das licitações registradas no sistema SAGRES do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE-PB). Cotejando o período e as prefeituras que estão amparadas pelo Decreto que reconhece o estado de calamidade pública supracitado. Temos a opção de pesquisa para procedimentos realizados por *Dispensa de Licitação* em duas modalidades, “*dispensa por valor*” (quando representa 10% do valor fixado para a modalidade convite (LF n.º 8.666/93, art. 24, I) e “*dispensa por outros motivos*”.

Considerando que o artigo 24 da lei de licitações, que tece um rol exaustivo de possibilidades de uso da Dispensa, elencados em 35 incisos, comporta as mais variadas situações, entre elas as dispensas justificadas em situações de emergência, verifica-se a dificuldade de levantamento de dados nestes dois principais sistemas integrados de informação.

O que podemos extrair é que, no período compreendido apenas nestes dois decretos supracitados, temos a realização de despesas por *Dispensa de Licitação* que importam em milhões de reais, porém sem maiores detalhamentos no maior sistema de registro de despesas, quanto aos motivos e fundamentação legal pelos quais se lastreiam as contratações que se realizaram dispensando-se a licitação.

Temos um exemplo bastante representativo da situação em que a *Dispensa de Licitação* é usada com fundamento em situação que demanda emergência de atendimento sendo, porém, que tal situação emergencial foi ensejada por falta de planejamento, desídia administrativa, não ocorrendo as medidas oportunas e adequadas que poderiam ter evitado a situação de urgência. É o caso objeto do Acórdão n.º 272/ 2002 – Segunda Câmara, que trata de um processo de *Dispensa*

²⁸ Fonte: SIAF, TCE/PB – SAGRES e Portal da Transparência.

de *Licitação*, fundamentada em situação de urgência, em vista do decurso de prazo de um contrato, sem que, tempestivamente, fosse deflagrado o devido processo licitatório.

No sentido contrário de gestões administrativas temerárias, sob gestão administrativa adequada, são nomeados gestores para os contratos, cuja funções incluem a de acautelar-se dos prazos de termo e a deflagração de procedimentos necessários para evitar a interrupção das aquisições e dos serviços necessários ao cumprimento das responsabilidades sob tutela do poder público, evitando-se a Dispensa de Licitação em situações de urgência que poderiam ser evitadas.²⁹

Pelo exposto, vê-se que são muitos os problemas e as repercussões que circundam a utilização do instituto da *Dispensa de Licitação*. Faz-se necessários outras formas de execução e controle desta atividade, que é de fundamental importância para a condução das atividades administrativas, mas que, no entanto, carecem de procedimento vinculados mais próximos e eficazes para mitigar, especialmente, os riscos de falta de transparência e da não responsabilização pelas causas ou maximização dos efeitos dos casos de emergência que servem de lastro justificador para a dispensa dos procedimentos licitatórios convencionais.

2.3 A DISPENSA DE LICITAÇÃO, A DESÍDIA ADMINISTRATIVA E A SUA RESPONSABILIZAÇÃO

Fator da mais alta relevância é observar se os atos praticados na gestão da coisa pública atende aos reclames fixados pelos princípios administrativos. Utilizaremos os julgados do TCU e dos TCEs, bem como a jurisprudência em julgados sobre a matéria, para aprofundar o tema sob a ótica dos princípios administrativos.

²⁹ O Ministério Público da Paraíba expediu Instrução Normativa, criando um capítulo chamado "DO ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS, CONVÊNIOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES" no qual o artigo 25 caput e §1º preceituam: art. 25 após a celebração do contrato, convênio ou instrumenot congênere será designado pelo Procurador-geral de Justiça um Membro/Servidor que ficará responsável pelo acompanhamento da execução do pacto. §1º. Será denominado gestor do contrato, convênio ou instrumento congênere o membro/Servidor designado para acompanhar a execução. MPPB: Instrução Normativa n.º 001/ 2018, Art 25 caput e §1º. Publicada em 29/01/2018.

O TCU, também, faz recomendações já no Edital de Licitação quanto à participação do gestor do contrato e condiciona prorrogações a emissão de relatório favorável por parte do gestor do contrato. TCU: Acórdão 2947/2006 e Acórdão.

Todos os procedimentos desejáveis objetivam fazer com que o instituto da *Dispensa de Licitação* cumpra o que se baliza pelos princípios da Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e princípio da boa administração, também chamado, constitucionalmente, (CF, art. 37, caput) como princípio da eficiência, além de outros expressos ou implícitos na legislação correlata e recepcionados como consequência daqueles outros princípios e do próprio Estado de Direito Constitucional³⁰, a exemplo do Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, princípio da finalidade, princípio da motivação, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos, princípio da segurança jurídica etc.

Na administração pública, toda despesa envolve uma contratação, nas diversas formas que este instrumento possa assumir, considerando a segurança, o valor e a assistência técnica posterior que o objeto ou serviço demande. É o resultado desta contratação, ou seja, a vantagem aos interesses públicos que deve ser avaliado à luz dos princípios da devida gestão pública

O Professor Hely Lopes Meirelles define contrato administrativo como “*um ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.*”³¹

Estas condições estabelecidas pela própria Administração é que tem que trazer a forma, os meios e os resultados demandados pelo Administrados, o interesse público, balizado pela perspectiva dos princípios da administrativos.

Ocorre que, fundamentado na legislação atual, não é de hoje que se procura responsabilizar mal gestores por situações criadas ou ensejadoras de prejuízos e riscos à população e aos bens públicos e privados, em processos viabilizados por *Dispensa de Licitação*, fundamentados em casos de urgência.

No entanto, quando ocorre qualquer levantamento de responsabilidades, isto se faz em procedimentos apartados daquele pelo qual se instruiu a *Contratação Direta*, provocados por órgãos de controle, cuidando-se, quase exclusivamente, de acudir situações a muito pretéritas, e de difícil aferição.

³⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª Edição – Editora Malheiros, 2010.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Há que se atentar que, na maioria das vezes, são dentro das próprias gestões administrativas que se encontram os responsáveis pelas causas da emergencialidade ficta ou agravada.

Sobre isto, Diógenes Gasparini (2006, p. 214), ensina:

Assim, não é de emergência real a situação que deve ser resolvida de imediato, quando já se tinha conhecimento muito tempo antes. Nesta hipótese diz-se que a emergência é ficta ou fabricada. Em tais casos, há negligência, não urgência. Apesar disso, contrata-se e, pela negligência, responderá a autoridade omissiva.³²

Abreu Dallari escreve:

Em matéria de licitação, a urgência não pode funcionar como palavra mágica, autorizadora de todos os abusos, garantindo imunidade ao controle judicial, tal como acontece com a imissão provisória da posse na desapropriação. (...) toda alegação de urgência deve ser devidamente motivada e instrumentada com a comprovação dos fatos que a houverem ensejado, para que possa haver efetivo controle administrativo ou judicial.³³

Pelo exposto, este trabalho possui a convicção de que, se não houver uma norma impositiva, advinda de uma alteração na atual legislação da matéria, promovendo uma evolução no trato da matéria, que vincule a autorização para a Dispensa de licitação a abertura de procedimento destinado a levantar responsabilidades (sindicância e inquérito administrativo), dificilmente tal iniciativa será implementada, como se pode verificar na atual conjuntura.

Jorge Ulisses Jacoby, renomado mestre da matéria, enxerga uma evolução no advento da atual legislação (LF n.º 8.666/93), quando passou a prever sanções para os gestores que dispensem ou inexijam licitações fora das hipóteses previstas nesta Lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, prevendo penas de detenção de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa (art. 89). Porque, antes, na legislação anterior, as justificativas, provas documentais e demais procedimentos da Dispensa só eram elaborados após a contratação e, às vezes, após a própria execução do objeto. A evolução, a partir da exigência legal mais ostensiva, representou, segundo o mestre, uma maior preocupação dos

³² GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. Ed. Saraiva, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 214.

³³ DALLARI, DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59.

gestores com os procedimentos que dever ser implementados na instrução dos processos de Dispensa, para que esta seja considerada regular.³⁴

É por isso que propomos, através deste trabalho, levar a proposta de substitutivo para inclusão da deflagração automática de abertura de sindicância e a consequente instauração de processo disciplinar, na forma que a legislação rege estes institutos, na legislação que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores civis, seja da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos municípios ou dos poderes.³⁵

É consenso doutrinário e jurisprudencial de que, legítima ou não, a situação emergencial deve ser atendida, ou seja, a ação governamental deve agir para segurança e para evitar prejuízos aos bens que estão sob sua tutela.

Portanto, sem prejuízo da devida gestão pública, faz-se necessário incluir entre os pressupostos contidos nos artigos 24 e 26 da Lei Geral de Licitação, que preceituam sobre a formalização da *Dispensa de licitação*, um ato concomitante e vinculado à autorização, determinando a imediata abertura de sindicância destinada a apurar indícios de eventuais responsabilidades sobre atos que possam ter causado ou piorado situação emergencial, as quais demandaram atos para atendimento de urgência do poder público, por poder ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

³⁴ JACOBY, 2016, p. 545.

³⁵ P. ex. LF nº 8.112/90.

3 A AUTORIZAÇÃO DA DISPENSA DE LICITAÇÃO VINCULADA À ABERTURA DE SINDICÂNCIA

A finalidade do procedimento da *Dispensa de Licitação* fundamentada em casos de emergência, quando caracterizada a urgência de atendimento, é viabilizar uma ação administrativa mais célere em situações que para as quais a demora do atendimento possa comprometer a eficácia da ação pública, pondo comprometendo a segurança de pessoas, bens, serviços e equipamentos ou representar riscos de prejuízos a bens, públicos ou privados, sob cuja responsabilidade recai competência ao Poder Público

No dizer de Antonio Carlos Cintra do Amaral³⁶:

A caracterização de emergência pode, em certos casos, resultar de uma valoração técnica – de engenharia, por exemplo – e diante disso a Administração não age dentro dessa margem de discricionariedade, mas, na lição de Alessi, vinculadamente. Acentua-se, assim, o poder-dever de dispensar a licitação.

Ocorre que, por vezes, o procedimento pelo qual se viabiliza a *Dispensa de Licitação*, embora formalmente instruído da forma correta exigida pela legislação, não observa cuidados que devem ser implementados para que a ação governamental transcorra de forma plena e responsável, contemplando não só a eficiente e eficaz ação pra atender a demanda da situação emergencial mas, também, indo além, não se omitindo quanto às eventuais responsabilidades pelas causas ou agravamento das repercussões, investigando as circunstâncias pelas quais ela se deu, se agravou ou não foi amenizada e, até, evitada.

Decorre daí, a proposta que este trabalho apresenta para contribuir para uma Gestão Pública não só eficaz, mas também transparente e responsável, abordando as circunstâncias e providências que devem ser observadas já como pressupostos para a devida legalidade da autorização da *Dispensa de Licitação*, nos casos de situação emergencial, quando caracterizada urgência de atendimento, do qual trata o artigo 24, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.666/93, e suas alterações. Esta alteração dos procedimentos servirá para que a situação de emergência não enseje, na

³⁶ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Dispensa de Licitação para contratação de empresa municipal criada para prestar serviços à Prefeitura*. Revista Trimestral de Direito Público. RTDP n. 20. São Paulo: Malheiros e Instituto de Direito Administrativo Paulista. 1997.

verdade, toda uma conjuntura forjada ou hipervalorizada que servirá de base para justificar um procedimento que, se correto, no mínimo, tem se sobrecarregado de descrédito e dúvidas quanto aos valores contratados e a escolha de fornecedores/prestadores de serviço, acabando por tornar-se um procedimento não transparente.

3.1 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

Considerando que a lei de licitações precisa aperfeiçoar-se na prática do instituto da *Dispensa de Licitação*, nos procedimentos em que se fundamenta em casos de urgência previsto no art. 24, inciso IV, da LF n.º 8.666/93, uma vez que a condição emergencial avocada nos processos de Dispensa de Licitação muitas vezes³⁷ não são, total ou parcialmente, consequência da imprevisibilidade de evento e não tem sua causas, consequências e responsabilidades levantadas.

Tais situações emergenciais, por vezes, instalam-se e tem suas consequências agravadas devido à má gestão administrativa, desídia, omissão ou negligência, podendo, inclusive, haver dolo, objetivando situação que possa favorecer terceiros interessados.

A *Dispensa de Licitação*, após atendidos os pressupostos formais, necessita de uma autorização para que ela produza seus efeitos através da indicação de uma proposta para *Contratação Direta*, sem licitação.

Inobstante verificar-se a ocorrência de uma situação de urgência ficta, mais ensejada por desídia administrativa do que pela imprevisibilidade de um evento, os riscos à segurança de pessoas, obras, serviços e equipamentos, além dos riscos de prejuízos ao patrimônio público ou privado tem que ser adequadamente tratados. A responsabilidade do poder público não desaparece ou diminui conforme a origem da situação emergencial, seja ela devida a desídia ou omissão, seja ela devida a fatos realmente imprevisíveis para o gestor.

Ora, segundo o TCU, a desídia e a falta da devida ação administrativa não pode dar azo a situação emergencial que venha a justificar uma Dispensa de Licitação: “a falta de planejamento ou o planejamento inadequado das ações a

³⁷ Acórdãos do TCU: Ac 1876/07; Ac 3058/10 etc.

serem executadas não permite que o administrador, em etapa posterior, invoque a dispensa de licitação sob a alegação de situação de emergência”.³⁸

No entanto, mesmo que a *Dispensa de Licitação* se imponha, uma vez que o Poder Público não pode eximir-se de assumir sua responsabilidade pelos bens que tutela, há que ser concomitantemente apurada a responsabilidade pelas omissões, desidias, negligências, culpa ou dolo que se praticou nos atos de gestão que criaram ou pioraram a situação de urgência.³⁹

Também o Acórdão TCU n.º 1490/ 2003, segunda Câmara, reforça o entendimento daquela corte de contas, no sentido de que, ainda que por inércia da administração, desídia, culpa ou dolo do gestor, a contratação direta se impõe, diante da urgência de atendimento instalada, recomendando, no entanto, que seja apurado “a responsabilidade pela motivação da situação emergencial ensejadora da contratação direta”

Marçal Justen Filho faz coro a este entendimento, ensinando que este procedimento não contraria os interesses públicos, o contrário seria sacrificar este interesse em face da desídia do administrador.⁴⁰

Alinha-se o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, expondo que, estando presentes os pressupostos legais para a dispensa de licitação, independentemente da culpa ou dolo do servidor, que não empreendeu as ações administrativas devidas, se a demora pode causar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, bens ou serviços, a contratação direta deve ser efetivada, porque o interesse público está em jogo.⁴¹

³⁸ TC 007.826/94, DOU de 10/10/95; o Acórdão 771/05 confirma e atualiza a orientação, seguido pelo Acórdão 1.122/08 de 13/06/08. Vide ainda: Rigolin, Ivan Barbosa. Construção emergencial de obra. Demonstração de necessidade. Natureza da matéria de comprovação. BLC n. 10 p. 482. Também no Acórdão 348/03, DOU de 25/03/03, foi negada a hipótese de emergência, tendo por objeto serviços de assistência técnica e manutenção de jardins interno e externo do Palácio Itamaraty do Ministério do Exterior. Apud de Carlos Pinto Coelho Mota, em MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. 11ª Edição – Editora Del Rey, 2008. p.281.

³⁹ O TCU, através do Acórdão n. 46/ 2002, do plenário, entende que a dispensa de licitação é possível, mesmo quando decorre da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, no entanto, recomendando que seja analisada, para fins de responsabilização, a conduta do agente público que poderia ter tomados medidas preventivas. TCU: Acórdão n. 3.521/ 10, 2ª Câmara, relator Ministro Benjamin Zymler, publicado em 06/07/2010.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª edição – São Paulo: Dialética: 2002, p. 152 A 154

⁴¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di et al. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 80.

Dessa forma, propomos destaque na Lei Geral de Licitações (LF n.º 8.666/93) ou no Projeto de Lei que trata do novo marco regulatório de licitações, no capítulo destinado à *Dispensa de Licitação*, para que o ato de autorização para a realização deste procedimento, quando fundamentado em casos de emergência (LF 8.666/93, art. 24, IV), esteja vinculado à determinação de abertura, concomitantemente, de Sindicância para apurar indícios de responsabilidades pela criação ou agravamento da situação emergencial, pelo que, constatado mínimos indícios de responsabilidades, O procedimento repercute em instauração do devido *Processo disciplinar*.

Esta responsabilização deve estender-se a todos os responsáveis, servidores, fornecedores ou prestadores de serviços, na medida da responsabilidade de cada um.

A investigação deflagrada junto com a autorização para a realização da *Dispensa de Licitação* visa apurar se a emergência relatada realmente trata-se de uma situação que foge da previsibilidade ordinária ao alcance da gestão administrativa, ou seja, serve pra confirmar ou não a imprevisibilidade da emergência e/ou de todos os seus efeitos, os quais servem de fundamentam para o procedimento de *Dispensa*, podendo concluir que a situação de emergência, que repercutiu em urgência de atendimento, foi causada ou piorada pela própria administração, por ação, omissão, negligência, culpa ou dolo da Administração.

A todas estes cuidados, somam-se os que estão preceituados no artigo 26 da lei de licitação, quais sejam: a) caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; b) razão da escolha do fornecedor ou executante; c) justificativa do preço; d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Outra situação que enseja contratações fundamentadas em emergências, caracterizando-a como situação de urgências de atendimento, são aquelas advindas de licitações desertas, ou fracassadas. Nestes casos, também propomos que apenas seja autorizada a adjudicação direta (LF 8666/93, art. 24, VII) se, da mesma forma, concomitantemente, forem apuradas a legitimidade dos motivos que motivaram o fracasso ou a não apresentação de propostas em licitação.

Resta claro que muitas situações caracterizadas como emergências podem não se dever a circunstancialidades administrativas, eventualidades, mas podem se dever a má gestão, imprevisões, omissões, culpa ou negligência que poderiam ser evitadas atentando-se pra eventos que estão dentro das previsibilidades ordinárias ao alcance do administrador.

É pelo todo exposto, que este trabalho visa criticar a eficácia dos critérios previstos na legislação para a *Dispensa de Licitação* para atendimento de situações de emergência, propondo adendos aos critérios existentes na Lei Geral de Licitação e/ou em proposições dentro de diversos Projetos de Leis que objetivam criar um novo marco regulatório para Licitações, de forma que venha a ser uma exigência legal a apuração das causas, circunstâncias, potencial e responsabilidades, total ou parcial, pelas situações emergenciais evocadas a servir de lastro para a deflagração de contratações através de dispensa da regra geral do Processo Licitatório.

A previsão legal desta possibilidade de Dispensa é originária da primeira versão do diploma legal e é a que está preceituada no Art. 24, inciso IV, da Lei de Licitações e que se repete, *ipsi literis*, nos projetos de leis da matéria na Câmara e no Senado, *in verbis*:

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos (Lei Federal n.º 8.666/93, Art. 24, IV).⁴²

A emergência de uma situação está, indubitavelmente, ligada à sua imprevisibilidade ou, pelo menos, à impossibilidade de antecipar medidas que evitem ou amenizem os acontecimentos que a ensejaram, uma vez que ela implicará, principalmente, em riscos aos administrados, ao patrimônio e aos demais interesses da população ou, pelo menos, à todos os eventos não desejados que envolvem ou são expectados por uma situação emergencial. Tal conjuntura emergencial, pode

⁴² BRASIL. Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Publicada em DOU, em 22/06/1993 e republicado em 06/07/1994.

ocasionar no ambiente sobre o qual se abate, superestimações de expectativas, adiamento ou supressão de investimentos, queda nas expectativas econômicas favoráveis etc, pelo que, não sendo decorrente de ato imprevisível ou fato príncipe, aponta para ações que motivaram a situação de exceção, ou emergencial, tipificando muito mais do que uma mera irregularidade legal ou uma simples aplicação inadequada da Lei de Licitações, mas, indo além, caracterizando-se como gestão temerária precedente à situação emergencial, seja por culpa, negligência ou imprudência, omissão ou mesmo dolo, gerador de prejuízos ao Erário, riscos à segurança da população e má gestão dos recursos públicos, podendo até se caracterizar como *ato de improbidade administrativa* (LF n.º 8.429/ 92).

Desta lei que dispõe sobre a caracterização e as sanções aplicáveis ao agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, inferimos que improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, o ato que causa lesão ao Erário, por qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens do patrimônio público.

No caso do objeto deste trabalho, a tipificação contempla a dispensa de licitação, pois frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, também se enquadra como atos de improbidade administrativa.⁴³

Logo, a tipificação destes atos como crime previsto Lei de Improbidade Administrativa (LF n.º 8.429/92) diz respeito, principalmente, aos atos que possam se caracterizar como desídia ou omissão do agente público, pelo que, o projeto de lei do novo marco regulatório de licitação no senado, o PLS 559/ 2013, propõe que, em Dispensas de licitação fundamentadas em casos de urgência ficta, por desídia ou omissão, o ato seja punido na forma do art .11, inciso VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei n.º 8.429/1992. Tal proposta compõe o §3º do art. 57 do Projeto de Lei do Senado (PLS).

Propomos que a investigação automática inicie-se com o conhecido instituto da *sindicância*, procedimento sem forma legal rígida, destinado a verificar mínimas

⁴³ BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 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.

correspondências ou evidências da hipótese de desvio da devida e legal ação administrativa. Busca verificar, inicialmente, se os atos e/ou omissões antecessores da situação emergencial causaram ou contribuíram para a formação de situação crítica, ao ponto de ser razoável a emergência de uma conjuntura que possa comprometer a segurança de pessoas, bens, serviços ou equipamentos, e causar danos a bens, públicos ou privados.

Confirmado que há indícios de responsabilidades (fatos e documentos), o regulamento da própria sindicância aponta as penalidades possíveis sob sua competência, entre elas, apontar para instauração de processo disciplinar, que aponta para maiores penalidades, conforme procedimento já conhecido da prática da gestão de pessoas na administração pública. Tudo sem prejuízo de possíveis responsabilizações civis e criminais. Ademais, este processo disciplinar, deve ser noticiado às Curadorias do Patrimônio Público do Ministério Público Federal ou Estadual, Controladoria Geral da União ou do Estado e, ainda, ao Tribunal de Contas da União ou do Estado.

É esta determinação, concomitante, de abertura de sindicância que propomos como alteração da legislação, a ser acrescido aos procedimentos de autorização da *Dispensa de Licitação*, para atendimento de urgência. Uma vez instalada a situação emergencial, não há como negar a necessidade de acudir a demanda de extrema premência. No entanto, propomos que a legislação vincule a autorização da *Dispensa de Licitação* à determinação, pela mesma autoridade, de abertura de sindicância e se a sindicância encontrar indícios, a consequente instauração de processo disciplinar, destinados à apuração de responsabilidade pela formação da situação emergencial, ou seu agravamento, que serviram de fundamentação para o procedimento da *Dispensa de Licitação*.

De outra forma, não raro, condições climáticas há muito conhecidas, são motivo para a publicação de Decretos governamentais de reconhecimento de situação calamitosa em regiões que envolvem diversos municípios ou mesmo grande parte do território de estados da federação, o que, por si, já se constitui em justificativa suficiente para a adoção de procedimentos que dispensam o devido processo licitatório, uma vez que tal situação está prevista no mesmo inciso IV, do artigo 24 da Lei de licitações, uma vez que a situação de calamidade pública e emergência está instalada e reconhecida.

Segundo Diógenes Gasparini⁴⁴ (2003, p. 436 – 437), calamidade pública é a situação de perigo, generalizada ou particularizada a uma região, que resulta de eventos da natureza, tais como inundações, vendavais, secas e epidemias. É a situação que se caracteriza pela impossibilidade de atendimento adequado por parte da administração Pública com a utilização dos meios e recurso que normalmente estão a seu dispor. Detectada a situação, dever ser declarada pelo Poder Público.

Porém, a calamidade pública, por si, não enseja necessariamente um padrão de situação emergencial para todas as ações administrativas e também não induz ao reconhecimento de que todas as consequências da situação emergencial, seja fenômenos meteorológicos ou outros fatos imprevisíveis e inevitáveis, não devam ser avaliados quanto às responsabilidades por ações ou omissões que deveriam ter sido tomadas e que provocaram os danos e riscos ou agravamento da situação.

Chuvas torrenciais, por exemplo, até um pouco acima da média para o período e local considerado, não servem de justificativas para alagamentos e quedas de barreiras além de outros riscos à população e prejuízos ao Erário Público se providências de rotina na área de segurança, equipamentos de drenagens de águas pluviais e até a simples limpeza de canais, ralos e bocas-de-lobo foram negligenciados.

Há que se apurar em cada ocorrência, além do fato fenomenológico, circunstancial, eventual, as responsabilidades pelos protocolos de segurança, as manutenções preventivas e repercussões, extensões e demais implicações de eventos esperados que, por omissão, negligência, imperícia ou até mesmo culpa ou dolo, que ensejaram a amplitude dos riscos e efetivos danos a pessoas e prejuízos ao patrimônio público ou privado, devem ser apuradas. Até mesmo os efeitos causados pela iminência de sua ocorrência devem ser levantados, uma vez que até mesmo as expectativas negativas já geram efeitos nocivos para a sociedade, também na forma de riscos a segurança e prejuízos a bens, públicos ou privados. Desta forma, é necessário que as contratações emergenciais sejam viabilizadas, para atender às demandas urgentes ocasionadas, porém, não sem, concomitantemente, ser deflagrado procedimento pelo qual se apure as responsabilidades envolvidas, a partir da autorização da *Dispensa de Licitação*.

⁴⁴ GASPARINI, Diógenes. op. cit., p. 436-437 apud de Vanessa Carina Zanin em “Contratação direta sem licitação e caracterização da emergência ficta”. Curitiba. 2004. UFPR.

O mestre Jorge Ulisses Jacoby comenta que, a partir da inclusão de novas exigências, mais ostensivas, para a instrumentação da dispensa de licitação, houve uma evolução que levou a uma maior preocupação dos gestores com os procedimentos que dever ser implementados na instrução dos processos de Dispensa, para que esta seja considerada regular.⁴⁵

Por tudo exposto, pelo novo dispositivo que propomos que seja acrescentado à lei, a autorização do procedimento de *Dispensa de Licitação* deve deflagrar, no mesmo ato, a abertura de sindicância e, posteriormente, se for o caso, a instauração de Processo disciplinar, destinados a apurar responsabilidades, claro, sem prejuízo de quaisquer responsabilização civil ou criminal já previstas na legislação.

Ou seja, este substitutivo proposto ao projeto de lei do novo marco regulatório das licitações, visa tornar condição *sine qua non* a deflagração de mecanismo de apuração de responsabilidades no mesmo ato em que se autoriza a Dispensa de Licitação fundamentada em casos de emergência. Então, a sindicância e o processo disciplinar, institutos conhecidos e consolidados, presentes nos estatutos dos servidores civis, vão seguir tramitação paralela à autorização e ao contrato.

A proposta nasce da constatação de que a lei de licitações precisa aperfeiçoar-se na prática do instituto da *Dispensa de Licitação*, nos procedimentos em que se fundamenta em casos de urgência previsto no art. 24, inciso IV, da LF n.º 8.666/93, uma vez que a condição emergencial avocada nos processos de Dispensa de Licitação muitas vezes⁴⁶ não foram, total ou parcialmente, consequência da imprevisibilidade de evento.

Ademais, porque tais situações emergenciais, por vezes, instalam-se e tem suas consequências agravadas devido à má gestão administrativa, desídia, omissão ou negligência, podendo, inclusive, haver dolo, objetivando situação que possa favorecer terceiros interessados.

A partir da autorização do *Ordenador de Despesa*, a *Dispensa de Licitação*, após atendidos os pressupostos formais, produz seus efeitos, qual seja, a indicação de uma proposta para *Contratação Direta*, sem licitação. Inobstante verificar-se a ocorrência de uma situação de urgência ficta, mais ensejada por desídia administrativa do que pela imprevisibilidade de um evento, os riscos à segurança de

⁴⁵ JACOBY FERNANDES, J. U. **Contratação Direta sem Licitação**. 10ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 545.

⁴⁶ Acórdãos do TCU como Ac 1876/07; Ac 3058/10.

peças, obras, serviços e equipamentos, além dos riscos de prejuízos ao patrimônio, público ou privado, tem que ser adequadamente tratados. A responsabilidade do poder público não desaparece ou diminui conforme a origem da situação emergencial.

Mesmo que a *Dispensa de Licitação* se imponha, uma vez que o Poder Público não pode eximir-se de assumir sua responsabilidade pelos bens que tutela, há que ser concomitantemente apurada a responsabilidade pelas omissões, negligências, culpa ou dolo que se praticou nos atos de gestão que criaram ou pioraram a situação de urgência.

É dentro deste contexto que propomos destaque no Projeto de Lei que trata da nova lei de licitações, no capítulo destinado à *Dispensa de Licitação*, para que o ato de autorização deste procedimento, quando fundamentada em casos de urgência, esteja vinculado à determinação de abertura, concomitantemente, de sindicância para apurar indícios de responsabilidade pelo criação ou agravamento de situação de urgência, pelo que, constatado mínimos indícios de responsabilidade, repercuta na instauração do devido processo disciplinar.

Esta responsabilização deve estender-se a todos os responsáveis, servidores ou fornecedores/ prestadores de serviço, na medida da responsabilidade de cada um.

A investigação deflagrada junto com a autorização para a realização da *Dispensa* visa apurar se a emergência relatada realmente trata-se de uma situação que foge da previsibilidade ordinária ao alcance da gestão administrativa, ou seja, serve pra confirmar ou não a legitimidade da emergência que fundamenta o procedimento de Dispensa, podendo concluir que esta situação emergencial, que repercutiu em urgência de atendimento, foi causada ou piorada pela própria administração.

Ora, a devida fundamentação e formalização do procedimento da *Dispensa de Licitação*, exige uma descrição detalhada das causas e da situação emergencial que justifica o procedimento. Ademais, deve instruir o processo toda a documentação comprobatória do que se afirma, sejam boletins meteorológicos, arquivos veiculados pela imprensa, pareceres técnicos etc.

Outra providência frequentemente não observada nestas formalizações diz respeito a necessidade de que os responsáveis demonstrem a relação entre o objeto

da contratação e o estrito atendimento das necessidades que a situação emergencial exige. A todas estes cuidados, somam-se ao que está preceituado no artigo 26 da lei de licitação, qual seja: I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço; IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Outra situação que enseja contratações fundamentadas em emergenciais, caracterizando-a como situação de urgências de atendimento, são aquelas advindas de licitações desertas, ou fracassadas. Nestas, inclusive, propomos que apenas seja autorizada a adjudicação direta se, da mesma forma, concomitantemente, forem apuradas, por sindicância, a legitimidade dos motivos que motivaram o fracasso ou a não apresentação de propostas em licitação.

Ocorre que, tal situação pode não se dever a circunstancialidades administrativas, mas podem ter sido causadas por má gestão, imprevistos, culpa ou negligência que poderiam ser evitadas, se fossem devidamente tratadas, avaliando se estão dentro das previsibilidades ordinárias ao alcance do administrador.

Finalmente, por tudo exposto, propomos a seguinte redação para o inciso IV, do artigo 24 e para o artigo 26 da LF 8.666/93, uma vez que o atual texto vem sendo mantido Projeto de Lei do Senado n.º 559/13 e no Projeto de Lei da Câmara n.º 6814/17):

Art 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos **e vinculada sua autorização à concomitante determinação de abertura de sindicância para apuração de eventuais responsabilidades pelas causas, consequências e agravamento dos efeitos da situação emergencial ou calamitosa.** (grifos de destaque sobre a proposta de substitutivo)

(...)

Art. 26.

Parágrafo único.

I – caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso, e **informações quanto ao procedimento vinculado de que trata o inciso IV, do art. 24.**
(grifos de destaque sobre a proposta de substitutivo)

3.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PROPOSITURA

Nos casos em que se verificava que a situação emergencial não advinha de um evento que se enquadrava dentro da imprevisibilidade ordinária do administrador, o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Advocacia Geral da União (AGU) passaram a emitir opinião favorável à *Dispensa de Licitação*, embora caracterizada a chamada “emergência fabricada”, mas com duas condições; em primeiro lugar, que a contratação direta fosse estritamente pelo tempo necessário para suprir o lapso de tempo suficiente para que o procedimento licitatório selecionasse uma proposta para contratação. Em segundo lugar, que, concomitantemente, fosse apurada a causa da situação emergencial que justificou a consequente *Dispensa de Licitação* e que fossem responsabilizados os eventuais culpados.

Sobre isso, Lucas R. Furtado⁴⁷ disse que o “*entendimento do Tribunal de Contas da União vinha sendo no sentido de considerar que a desídia do administrador não poderia justificar a contratação emergencial sem licitação (...) com o advento do Acórdão nº 1.876/2007, o Plenário do TCU sinalizou mudança nesse entendimento*”⁴⁸.

Neste Acórdão, temos uma constatação de situações de fato e uma sinalização de um entendimento sobre o tratamento a ser dada à situação de urgência e à necessidade de que suas causas devem ser apuradas.

Através deste Acórdão, o TCU decidiu:

Recursos de reconsideração em processo de prestação de contas.
Questões relacionadas a licitações e contratos. Dispensas

⁴⁷ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 2ª ed., Belo Horizonte: Ed. Forum, 2009, p. 78.

⁴⁸ ANDRADE, Marina Fontoura de. A nova posição do TCU e da AGU sobre as contratações emergenciais sem licitação. Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, Ano 19, n. 4141, 2 nov. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29831>. Acesso em: 20 nov. 2018.

fundamentadas em situação de emergência. Provimento parcial ao recurso apresentado pelo administrador. Não-provimento do recurso apresentado pela empresa (ACORDÃO nº 1.876/2007).

A situação prevista no art. 24, VI, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas.”

Daí que, percebe-se que este evento não se tornou frequente recentemente, porém, em que pese a doutrina e a jurisprudência produzirem recomendações do procedimento adequado, não tem sido aplicados, não tem sido observados na prática cotidiana da gestão administrativa. Quando ocorrem, estes mecanismos de controle levam muito tempo para se efetivarem na forma de responsabilização de quem lhes deu causa.

Por outro lado, indo adiante naquilo que é o procedimento adequado do trato da coisa pública, temos que a devida formalização da *Dispensa de Licitação* exige a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano⁴⁹, relacionada à situação emergencial. Por outro lado, também deve-se demonstrar que a contratação viabilizada é a solução adequada para evitar os riscos à segurança de pessoas, bens e serviços e os prejuízos ao patrimônio público e privado.

A *Dispensa de Licitação* é uma contratação direta, pelo que, a escolha do fornecedor/ prestador do serviço deve, mais ainda, ser fundamentada, conforme exige-se no artigo 26, da LF nº 8.666/93, quanto a razão da escolha do fornecedor ou executante, em função da devida caracterização da situação emergencial,

⁴⁹ Pereira Júnior, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações da administração pública. 6. Ed. São Paulo: Renovar, 2003.

calamitosa ou grave e iminente risco à segurança pública sobre a qual se justifica a Dispensa de Licitação.

Cuida destes eventos, entre outros, o Acórdão TCU n.º 298/ 2008, o Acórdão TCU n.º 648/2007 e o Acórdão TCU n.º 1043/ 2009, enfatizando, este último, para a importância de consultar o maior número possível de propostas de potenciais interessados, de modo a aperfeiçoar parâmetros de comparação quanto à escolha do fornecedor, do objeto a ser executado e à razoabilidade dos preços contratados.

Se por um lado é objeto de suspeitas quanto ao direcionamento da contratação para fornecedores, por outro lado, a *Dispensa de Licitação* também é objeto de suspeitas, questionamentos e até constatações pertinentes ao superfaturamento dos orçamentos de suas contratações.

Demonstra bem este caso, o Acórdão do Tribunal de Contas de União n.º 3.058/ 2010 – Plenário, com a seguinte ementa:

Sumário: tomada de contas especial. Conversão determinada pelo Acórdão 3.058/2010-plenário. Dispensa de licitação e contratação por emergência. Superfaturamento. Acolhimento parcial das alegações de defesa. Comprovação da situação emergencial. Subsistência do débito. Ausência de comprovação da regularidade dos preços adotados. Contas irregulares. Débito e multa. Ciência.

Ocorre que, por si, a situação de urgência exige pronto atendimento, contratação imediata e disponibilidade de pessoal, equipamentos, capital e demais recursos necessários para o atendimento da situação que põe em risco pessoas, equipamentos, obras, serviços e pode trazer riscos de prejuízos, representando, senão por superfaturamento, uma despesa mais dispendiosa ao Erário Público, em vista das circunstâncias emergenciais sob as quais ocorrem as contratações.

Por outro lado, em que pese o artigo 26 da lei de licitações exigir a justificativa do preço contratado, a celeridade exigida para este tipo de ação do poder público, naturalmente, aumenta os riscos de lapsos ou levantamentos precários e até impossíveis de ser feitos.

Outro aspecto diz respeito a procedimentos maliciosos, viciados, que nestas circunstâncias se valem de toda sorte de justificativas baseadas no pronto atendimento, no custo de mobilização e disponibilidades etc., para justificar orçamentos superfaturados.

A adoção dos procedimentos da *Dispensa de Licitação* baseadas em situações de urgência exigem uma alteração legal que determine a investigação sobre a causa, a existência, a dimensão, a potencialidade, as origens e as responsabilidades pelos fatos que ensejam ou potencializem os efeitos da situação de urgência, na forma de riscos a pessoas, aos bens, aos equipamentos, aos serviços ou que possa ocasionar prejuízo ao patrimônio público ou privado.

A proposta de alteração da legislação pertinente à *Dispensas de Licitação* para atender a situações de urgências, na forma de determinação de abertura de sindicância vinculada à autorização, provoca uma atitude positiva e preventiva para que, mesmo se não for possível evitar os eventos imprevisíveis que causam situações de urgência, ao menos diminuam seus efeitos, já que as responsabilidades serão levantadas, se este instituto for evocado para a realização de aquisições ou a contratação de serviços. Tais providências tornam-se imprescindíveis, considerados os incalculáveis prejuízos causados, uma vez que é um fato de mercado que aquisições e contratações de serviços que exigem pronta disponibilidade, suficiente para atendimento de urgências, custam caro, representando dispêndios extras para o Erário

Ademais, estes atos até aqui comentados, merecem destaque em outros diplomas legais. Os atos de negligência, omissão ou imperícia que motivaram as situações emergenciais que demandaram contratação por *Dispensa de Licitação* indevida são tipos de crime de improbidade administrativa (LF n.º 8.429/9, Art. 10, VIII), através da consideração ampliada da condição emergencial ou calamitosa evocada, verificando se esta estaria caracterizada de fato e se serve como legalidade formal do processamento do instituto da *Dispensa de Licitação*, para permitir o afastamento da regra geral da licitação, ou se, indo além, em que pese tratar-se de situação de emergência que precisa ser atendida prontamente, não configura atos de ingerência, mal aplicados ou, até, dolosamente cometidos, para forjar ou ensejar tal conjuntura emergencial.

Ora, as condutas debatidas neste trabalho compõe tipo da Lei de Improbidade Administrativa, que prevê que tal conduta se constitui ato de improbidade administrativa, por causar lesão ao Erário Público, considerando qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação,

malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades, bem como a dispensa indevida de licitação (LF n.º 8.429/9, Art. 10, VIII).

Adiante, o mesmo diploma legal que trata da improbidade administrativa, é mais específico, preceituando que, também, são atos de improbidade administrativa relacionados a vícios em procedimentos de *Dispensa de Licitação* eventos como permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado, o chamado superfaturamento, conduta enunciada no artigo 10, inciso V, da Lei de Improbidade Administrativa (LF n.º 8.429/92)⁵⁰:

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 dessa lei, e notadamente:

(...)

V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

No mesmo artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa⁵¹, a caracterização do ato de improbidade é bastante específica em relação a procedimentos indevidos no processamento da *Dispensa de Licitação* (inciso VIII):

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 dessa lei, e notadamente:

(...)

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para a celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

Nestes casos, a Lei de Improbidade Administrativa prevê cominações, Independentemente das responsabilizações civis e administrativas previstas na legislação específica, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato praticado, podendo ser o ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer

⁵⁰ BRASIL. Lei Federal n.º 8.429/92, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivi_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em 23/11/2018.

⁵¹ BRASIL. Lei Federal n.º 8.429/92, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivi_03/LEIS/L8429.htm. Acesso em 23/11/2018.

para esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Ademais, conforme preceitua o Art. 21 a aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento.

Já pelo que prevê o artigo 22 da mesma lei, para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada, inclusive por qualquer pessoa, poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, podendo requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

Na prática da gestão administrativa comum, a situação emergencial, aponta pra uma situação comum onde a *Dispensa de Licitação* é regular nos aspectos formais, e se torna necessária para acudir as consequências da situação de risco.

Daí, o que se propõe neste trabalho é a inclusão de um dispositivo no diploma legal que regula o instituto da *Dispensa de Licitação*, instituto que se encontra inserto no artigo 24 da Lei de Licitações e contratos da Administração Pública e no Projeto de Lei para nova Lei de Licitações (PLS - Projeto de Lei do Senado nº 559/2013 e PL - Projeto de Lei - 6814/17 apensado ao PL - 1.292/1995), considerado, ainda, nos PL 7.228/17, PL 9.803/18 e PL 9.877/18), consoante com todo o arcabouço jurídico que rege a matéria.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *Dispensa de Licitação* vem sendo amplamente utilizada em diversos setores da Administração Pública, por vezes totalmente justificável, por outras justificadas parcialmente e outras sem apresentar justificativas suficientes. No entanto, considerando a evocação de situação emergencial, há a necessidade de investigar os reais motivos que estão por trás e no passado da conjuntura emergencial que demanda a ação dos gestores públicos. É de fundamental importância para a transparência dos gastos públicos e para a devida aplicação da legislação, que se atente não só para a faceta formal da instrução dos procedimentos mas que seja aprofundada a visão sobre toda a formação e repercussão dos atos praticados, especialmente sobre aqueles que ensejam a utilização de procedimentos de exceção, como é o caso da adoção da *Dispensa de Licitação*, que vem a substituir a regra geral do uso da licitação para escolha da proposta mais vantajosa, mediante atos publicados previamente e para o qual ocorrem diversos interessados.

O levantamento das responsabilidades a cada vez que uma situação emergencial for evocada como motivo para que a regra geral da licitação seja quebrada e o procedimento de exceção da *Dispensa de Licitação* seja implementado, fará com que se afira a real imprevisibilidade e a dimensão que o acidente ou fenômeno tem de eventualidade ou potencialidade para justificar o procedimento adotado.

Fatos imprevisíveis podem por em riscos a segurança de pessoas e causar prejuízos ao patrimônio público e/ou privado, mesmo, apenas, com a expectativa do seu advento. Mas, por outro lado, é possível que gestores competentes possam evitar ou amenizar os efeitos de tais acidentes ou fenômenos, pelo que, sua omissão ou má gestão pode ensejar o agravamento da situação emergencial, elementos da gestão pública que não podem passar ao largo de uma oportuna apuração.

O levantamento da responsabilidade de quem detém cargo com prerrogativa e atribuições para evitar ou amenizar fatos indesejáveis e imprevisíveis, e que criam riscos de segurança a pessoas, obras, serviços ou equipamentos e ainda possam causar prejuízos ao patrimônio público ou privado, mesmo sem realizar-se, ou seja, até mesmo pela expectativa de ocorrência, promove um novo posicionamento das

autoridades envolvidas administração dos bens públicos e na autorização e processamento da *Dispensa de Licitação*.

As conclusões do estudo poderão estender-se a diversas áreas na qual insere-se o processo de *Dispensa de licitação*, cuja tramitação vai desde o surgimento do evento até a análise dos procedimentos pelos órgãos de Controle Interno e Externo.

Diante do exposto, este trabalho vem demonstrar a necessidade de um mecanismo de controle e de responsabilização na utilização do instituto da *Dispensa de Licitação*, em casos de emergência, que demanda atendimento de urgência, na forma preceituada no artigo 24, da LF n.º 8.666/93, e o apresenta fortemente convicto da eficácia e repercussão, inquestionável, da ferramenta proposta, a ser viabilizada como proposta de alteração da legislação vigente ou dos Projetos de Leis em tramitação na Câmara e no Senado Federal.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITTENCOURT, Sidney. Curso Básico de Licitações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p.

_____. **Lei 9.784**, de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. DOU em 01/02/1999, republicado em 11/03/1999.

_____. **Lei 8.666/93**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Publicada em DOU, em 22/06/1993 e republicado em 06/07/1994.

_____. **Lei 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 adm. Publ. Direta, indireta ou fundacional. DOU em 03/06/92.

CRETELLA Júnior, José. **Das Licitações Públicas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESCOBAR, J.C. Mariense. **Licitação, Teoria e Prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1993.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2ª ed., Belo Horizonte: Ed. Forum, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. Ed. Saraiva, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, Diógenes. **Direito Administrativo**. Ed. Saraiva, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JACOBY FERNANDES, J. U.. **Contratação Direta sem Licitação**. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____, J. U. **Contratação Direta sem Licitação**. 10ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**. 5ª edição – Editora dialética: São Paulo, 2009.

_____, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª edição – São Paulo: Dialética: 2002.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª Edição – Editora Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contratos Administrativos**. p.172, 12ª Ed. - Editora Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 11ª Edição – Editora Del Rey, 2008.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PARAÍBA. **Lei n.º 3.654**, de 10 de fevereiro de 1971. estabelece normas e princípios de administração financeira. Publicada no DOE, em 20/02/1971.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____, Maria Sylvia Zanella Di et al. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo: de acordo com as lei 8.666/93 e 8.883/94**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

Portarias, Resoluções e Deliberações

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA. **Resolução CPJ n.º 05/2012**.

_____. Ato PGJ n.º 013/2012.

_____. Instrução Normativa n.º 001/ 2018, Art 25 caput e §1º. Publicada em 29/01/2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA. **Resolução Normativa RN-TC 015**, de 28 de outubro de 2009. Publicada no DOE, em 20/09/2009.

APÊNDICE A – CARTA DE APRESENTAÇÃO

Santa Rita, 30 de abril de 2018.

Prezado Professor Ronaldo Alencar

Apresento projeto de Pesquisa cujo tema é o **DISPENSA DE LICITAÇÃO POR CRITÉRIO EMERGENCIAL: contornos jurídicos e Análise da possível responsabilização do gestor administrativo.**

Sou acadêmico do curso de Direito do departamento de Ciências Sociais e Jurídicas, Departamento de Ciências Jurídicas, polo Santa Rita.

Grato pela colaboração e orientação,

Arquimedes Guedes Rodrigues

Matrícula: 11229287