

Licitações em situação emergencial na Administração pública: emergência fabricada

Bidding in an Emergency Situation in the Public Administration: Fabricated Emergency.

Igor Pizolio Cazulo¹
Cláudio Aparecido Bonfim Trevizan²
João Geraldo Nunes Rubelo³
Helton Laurindo Simoncelli⁴

RESUMO

Este artigo tem por objetivo demonstrar a excepcionalidade da regra que permite licitar através da contratação direta, prevista nas Leis nº 8.666/1993 e 14.133/2021. Para tanto, foram apresentados os princípios básicos da Administração pública e da licitação, obedecendo ao disposto no artigo 37, caput e inciso XXI da Constituição Federal. Em seguida, foram abordadas as modalidades de licitação previstas em nosso ordenamento. Ao final, foram apresentados os entendimentos acerca das situações de “emergência fabricada” para embasar irregularmente a dispensa de licitação, de modo a analisar condutas praticadas pelos gestores públicos e as possíveis consequências trazidas pela contratação direta irregular. A fim de levantar como ocorrem as contratações na Administração pública, foram consideradas pesquisas de legislação, doutrina e jurisprudência.

Palavras-Chave: Administração pública; Contratação direta; Emergência fabricada; Licitação e contratos.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the exceptionality of the rule that allows bidding through direct contracting, provided in Laws 8.666/1993 and 14.133/2021. To this end, the basic principles of public administration and bidding were presented, in accordance with the provisions of Article 37, caput and XXI of the Federal Constitution. Next, the types of bidding foreseen in our legal system were discussed. At the end, the understandings about "fabricated emergency" situations were presented as a basis for irregularly waiving the bidding process, in order to analyze the conduct practiced by public administrators and the possible consequences brought about by irregular direct contracting. In order to understand how hiring occurs in the public administration, we considered research of legislation, doctrine and jurisprudence.

Keywords: Public Administration; Bidding and Contracts; Direct Contracting; Fabricated Emergency.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar, no âmbito do direito administrativo, situação excepcionalmente prevista na Lei nº 8.666/1993 e

¹ Acadêmico do 10º termo do curso de Direito no Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSalesiano Campus Araçatuba.

² Auditor Fiscal da Receita Estadual – SEFAZ/SP e Mestre em Direito do Estado – PUC/SP. Docente do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UniSalesiano Campus Araçatuba.

³ Filósofo e Mestre em Geografia. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSalesiano Campus Araçatuba.

⁴ Advogado e Mestre em Direito. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSalesiano Campus Araçatuba.

também na Lei nº 14.133/2021, ao tratar da aquisição de bens e consumos por dispensa de licitação na Administração pública, além de evidenciar a conduta dos gestores públicos que por ação ou omissão, de forma dolosa ou culposa, recorrem à contratação direta, encontrando facilidades para indicar determinada empresa, fabricando uma emergência para se beneficiarem do dinheiro público.

Para tanto, será demonstrado que a Administração pública deve obedecer ao disposto na Constituição Federal de 1988 no artigo 37, caput e inciso XXI, seguindo os princípios básicos da Administração pública e da licitação.

Serão abordadas as modalidades de licitação previstas no ordenamento brasileiro. Para tanto, serão levados em conta apontamentos doutrinários, pesquisas de jurisprudência e a análise da legislação.

Princípios básicos da Administração pública e da Licitação

O Direito Administrativo no Brasil encerra um conjunto harmônico de princípios e regras jurídicas que comandam os órgãos, os agentes e as atividades públicas, em consonância com os objetivos fundamentais da República.

Isso posto, o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal – CF (BRASIL, 1988) estabelece de modo expresse cinco princípios básicos da Administração pública, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Podem-se citar, ainda, vários outros princípios implícitos, devendo, pois, a Administração pública obedecer a eles para um melhor cumprimento de suas obrigações.

Na mesma linha, o artigo 3º, caput da Lei nº 8.666/93, (BRASIL, 1993), prevê os princípios da licitação: [...] *legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo [...]*.

Legalidade - O administrador público está sujeito aos mandamentos previstos em leis, devendo atender a legalidade em consonância com a moralidade e a finalidade. Além do mais, a Administração pode fazer somente aquilo que a lei expressamente autorize (MEIRELLES, 2012).

Dentro da licitação, visa averiguar a composição do processo licitatório com as normas legais vigentes. Assim, é notório que a legalidade produz segurança jurídica aos cidadãos e limita o poder dos agentes, transformando-se em um dos requisitos essenciais dentro da Administração pública.

Impessoalidade - O princípio da impessoalidade prescreve que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações. Assim, toda decisão tomada pelo administrador público deverá sempre concorrer para a consecução do interesse público, sem que beneficie ou prejudique determinadas pessoas, para que não caracterize desvio de finalidade (DI PIETRO, 2020).

Destarte, o artigo 37, inciso XXI da CF estabelece que a licitação pública deve assegurar igualdade entre os concorrentes. Espera-se, portanto, que o administrador público seja imparcial, visando, pois, somente ao interesse público e não a interesses privados de quem quer que seja.

Moralidade - Compreende o princípio da moralidade como a obediência ao conjunto de regras de relacionamento entre a Administração e seus agentes, no que tange aos princípios éticos, agindo de forma lícita e sabendo diferenciá-los não só [...] o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, honesto e o desonesto. Violar um princípio ético é violar o próprio Direito.

Meirelles (2012, p. 91) ensina que: [...] a moralidade do ato administrativo [...] além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.

Esse princípio determina que a conduta do agente deva ser sempre observada pela boa-fé, tanto no que se refere à Administração pública, quanto no que se refere ao licitante.

Publicidade - Para que ocorra a eficácia dos atos administrativos, estes devem ser levados a conhecimento do povo, mantendo a absoluta transparência, assegurando a todos a possibilidade de fiscalizar a sua legalidade, atingindo o maior número de pessoas possível, realizando assim, o princípio da publicidade.

Todo ato realizado pela Administração pública deve ser publicado em local de fácil acesso, com exceção dos atos em que previamente for declarado sigilo. Essa publicidade, atinge todas as fases dos atos e poderá ser examinado por qualquer interessado que poderá obter cópias autenticadas (MEIRELLES, 2012).

Eficiência e Economicidade - A atividade administrativa deve ser exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, não se contentando apenas em desempenhar as funções administrativas com legalidade, exigindo resultados melhores e atendendo as necessidades da comunidade (MEIRELLES, 2012).

A eficiência é uma qualidade na qual o administrador público busca atingir

resultados positivos, assegurando a todos os direitos básicos, em que toda ação deve se concretizar com a finalidade prevista em lei. Dentro da licitação, esse princípio orienta a busca e a escolha da proposta mais vantajosa, zelando sempre pelo dinheiro público, utilizando da solução mais eficiente e mais econômica.

Isonomia e Equidade - Conforme previsão especificada no artigo 3º, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93, quaisquer mecanismos da lei de licitação ou regulamentação de um específico processo licitatório deve ser explicitado com base no princípio da isonomia.

O Tribunal de Contas da União – TCU (2003, p. 15), por sua vez, define o princípio da isonomia: *Significa dar tratamento igual a todos os interessados. É condição essencial para garantir competição em todas as fases da licitação.*

A isonomia, portanto, busca a diminuição das desigualdades, proporcionando uma equidade na aplicação das leis, não devendo fazer distinção entre pessoas, assegurando oportunidades iguais em condições diferentes.

Igualdade - O princípio da igualdade, no que tange à licitação, zela pelo tratamento de modo igualitário entre os licitantes por meio de cláusulas previstas no edital ou convite, de modo a não favorecer nenhum deles.

O não atendimento a esse princípio constitui a forma insidiosa de desvio de poder, em que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão que enseja anulação de editais e julgamentos (MEIRELLES, 2012).

Assim, esse princípio determina que deve ser dado tratamento igualitário a todos os participantes do processo licitatório, a fim de assegurar a competição entre todos, garantindo a melhor proposta para a Administração pública.

Probidade Administrativa - O respeito ao princípio da probidade administrativa é considerado dever de todo administrador público, encontrando-se previsto no artigo 37, § 4º da CF.

Assim, pode-se notar a sua associação com o princípio da moralidade, ao passo que alguns atos, independentemente de serem legais, podem ser moralmente incorretos. Portanto, a Administração pública deve agir sempre assegurando a honestidade, a boa-fé e a ética (ZANZONI, 2015).

Vinculação ao Edital ou Instrumento Convocatório - O edital ou instrumento convocatório é o meio pelo qual o ente público divulga as normas do processo de licitação para que as empresas interessadas possam concorrer. Nele estão contidas

as especificações do objeto licitado, os documentos para habilitação, o modo de julgamento das propostas, sanções, condições de pagamentos, prazos e outros.

Assim, a Administração pública deve seguir fielmente as regras que haja previamente fixado para regular o certame, conforme previsto no artigo 41, da Lei nº 8.666/93 e no artigo 164, da Lei nº 14.133/21.

Esse princípio tem a finalidade de evitar que a Administração pública ou o particular descumpram os mandamentos fixados. Após a sua publicação, não é lícito ao poder público alterar seus termos sem que os prazos sejam recontados, fazendo com que o processo licitatório se desenvolva nos termos do ato convocatório.

Julgamento Objetivo - O Princípio do julgamento objetivo implica dizer que o administrador deve observar as definições previstas no ato convocatório para julgamento das propostas. Não podendo utilizar-se de critérios não previstos, independentemente de quem seja o beneficiado. Tal previsão encontra-se no artigo 45, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Segundo esse princípio, os julgamentos das propostas obedecerão sempre a critérios objetivos definidos claramente no instrumento convocatório, a fim de evitar que o julgamento ocorra por meio de critérios desconhecidos pelos licitantes.

Esse princípio almeja impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora (MELLO, 2015).

Competitividade

O princípio da competitividade é um princípio implícito no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, o que prevê que é vedado ao agente público qualquer atitude que restrinja ou frustre o caráter competitivo da licitação, pois, para que ocorra uma licitação, normalmente há uma competição.

Portanto, a competitividade é fundamental para que ocorra a seleção da proposta mais vantajosa à Administração, mantendo uma competição isenta de interesses, cuidando para que as condições do certame sejam imparciais a todos, sendo essa a finalidade da licitação.

Modalidades, Limites e Dispensa de Licitação

Modalidade de licitação pode ser entendida como a forma em que o

processo de compra de produtos e serviços deverão ser conduzidos pela Administração. O artigo 22 da Lei nº 8.666/93 estabelece de modo expresse cinco modalidades de licitação: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão.

Não obstante, em 2002, a Lei nº 10.520 (BRASIL, 2002) instituiu a modalidade de licitação denominada Pregão, sendo presencial ou de forma eletrônica, destinada à aquisição de bens e serviços comuns.

A Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021) trouxe alterações aos diplomas anteriores citados, prevendo a revogação desses diplomas após decorridos 02 (dois) anos da publicação desta. Assim, em seu artigo 28, estabelece como modalidades de licitação: Pregão, Concorrência, Concurso, Leilão e Diálogo Competitivo.

Além do mais, é possível a contratação por meio de Dispensa ou Inexigibilidade de Licitação, de acordo com previsão legal.

Concorrência

A Concorrência pública é a modalidade voltada para transações de maior vulto. Está prevista no § 1º, artigo 22, da lei nº 8.666/93, e no artigo 6º, inciso XXXVIII, da Lei nº 14.133/2021, que a definiu como a modalidade para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia.

É obrigatória nas contratações de obras, serviços e compras, também, na compra ou alienação de bens imóveis e na concessão de direito real de uso, convocando-se o maior número possível de interessados (MEIRELLES, 2012).

Observa-se que, com o advento da denominada nova Lei de Licitações, a Concorrência será utilizada nas hipóteses em que se tratar de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia que não possam ser considerados comuns.

Tomada de Preços

A Tomada de Preços é uma modalidade prevista no artigo 22, inciso II, da Lei nº 8.666/93, cujo parágrafo § 2º dispõe que os interessados devem estar devidamente cadastrados ou que atendam as condições de cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

O procedimento para a realização é o mesmo da Concorrência. O que difere

um do outro é a existência de habilitação prévia dos licitantes através dos registros cadastrais, onde a habilitação prévia se resume na verificação de dados constantes dos Certificados de Registros dos interessados (MEIRELLES, 2012).

Destarte, uma das mudanças apresentadas na nova Lei de Licitações foi a não contemplação das modalidades Tomada de Preços e Carta Convite. Assim ambas deixam de existir, após decorrido o período de dois anos após a publicação da Lei.

Convite

A Carta Convite está prevista na Lei nº 8.666/93, no artigo 22, § 3º, que dispensa a publicação de edital, uma vez que é enviada diretamente às possíveis pessoas que possam apresentar propostas escolhidas pela Administração.

Na modalidade Convite não existe a obrigação de publicar o edital e/ou aviso de licitação, bastando que a Administração escolha e convide no mínimo três interessados, tendo como prazo mínimo até o recebimento das propostas o de cinco dias úteis, conforme inciso IV, § 2º, artigo 21 da Lei nº 8.666/93.

Embora esteja vigente a presente modalidade, o posicionamento do TCU é de que: *É irregular a utilização de convite quando o valor total do objeto a ser contratado se enquadra na modalidade tomada de preços.* (BRASIL, PRIMEIRA CÂMARA. ACÓRDÃO 5271/2010. MIN. AUGUSTO NARDES. 24/08//2010).

Portanto, o administrador deve ser cauteloso ao utilizar a referida modalidade, a fim de evitar frustrar o caráter competitivo da licitação.

Concurso

Esta modalidade de licitação é destinada para escolha de trabalho técnico ou artístico, de criação intelectual, em que, normalmente há atribuição de prêmio aos classificados ou oferta de remuneração de acordo com o artigo 22, § 4º da Lei nº 8666/93.

Finda-se o concurso com a classificação dos trabalhos e o pagamento dos prêmios, não oferecendo contratos com a Administração. A execução do projeto escolhido será objeto de nova licitação, utilizando-se das modalidades Concorrência, Tomada de Preços ou Convite (MEIRELLES, 2012).

Leilão

Leilão é a modalidade de licitação prevista no artigo 22, § 5º da Lei nº 8666/93, sendo utilizada pela Administração pública para a venda de bens móveis inservíveis e semoventes ou em alguns casos, para a alienação de bens imóveis.

Salienta-se que, será o detentor do bem leiloado aquele que oferecer maior lance, desde que seja igual ou superior ao valor previamente avaliado pela Administração.

Pregão

O pregão surgiu em decorrência da Lei nº 10.520/2002, pode ser realizado de forma presencial ou eletrônica, sendo destinado à aquisição de bens e serviços comuns que, por sua vez, são aqueles usualmente fornecidos no mercado.

Meirelles (2012, p. 361) complementa que: *O que caracteriza os bens e serviços comuns é a sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência.*

Após entregue as propostas, proceder-se-á à respectiva abertura e a verificação da conformidade de acordo com os requisitos estabelecidos no edital, sendo desclassificadas aquelas que não preencherem. Para quem cumprir os requisitos estabelecidos, poderão oferecer novos lances verbais e sucessivos, até chegar aquele que apresentou o menor preço (MEIRELLES, 2012).

Diálogo Competitivo

Instituído pela Lei nº 14.133/2021, o Diálogo Competitivo é a modalidade de licitação que visa contratar uma inovação tecnológica ou técnica, ou seja, algo novo que usualmente não é encontrado no mercado e que seja impossível realizar as especificações técnicas.

Diferente das demais modalidades, o Diálogo Competitivo será utilizado nos casos previstos no artigo 32 da Lei nº 14.133/21. Nota-se que essa modalidade tem a função de oferecer soluções para contratações complexas da Administração pública, nas quais o órgão licitante define suas necessidades e condições com os licitantes selecionados, a fim de obter a solução mais adequada.

Limites da licitação

O artigo 23 da Lei nº 8.666/93 estabelece que as modalidades de licitação

serão definidas em função dos seus limites, com base no valor estimado da contratação. O Decreto Federal nº 9.412, de 18 de junho de 2018 (BRASIL, 2018), atualizou os valores dos limites estabelecidos.

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, a definição da modalidade de licitação será em razão da sua complexibilidade e não mais em razão dos limites estabelecidos.

Inexigibilidade de Licitação

A inexigibilidade de licitação ocorre nos casos em que há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, seja pela natureza específica do objeto, ou pelos objetivos pretendidos. Os casos em que é possível a utilização da inexigibilidade de licitação está prevista no artigo 25, da Lei nº 8.666/93.

Em contrapartida, o artigo 74 da Lei nº 14.133/2021 manteve alguns casos de inexigibilidade já estabelecidos em lei com atualização e ampliou as hipóteses. Assim, a nova lei retirou a previsão da natureza singular como elemento essencial para circunstâncias de enquadramento de inexigibilidade e incluiu os casos de serviços especializados de natureza intelectual.

Dispensa de Licitação

Usualmente denominada Compra Direta, a lei prevê casos em que a licitação pode ou deve deixar de ser realizada. Assim, tem-se a licitação dispensada e a licitação dispensável. A primeira, ocorre nos casos em que o administrador público não tem escolha, ou seja, a licitação não pode ser realizada, pois a lei expressamente dispensou o procedimento, mesmo sendo viável a competição. Tal previsão encontra-se nos §§ 2º e 4º do artigo 17 e nos incisos I e II do mesmo artigo.

No tocante à licitação dispensável, a lei enumera os casos em que o procedimento licitatório é possível, mas não é obrigatório. Meirelles (2012, p. 301) defende que *Licitação dispensável: é toda aquela que a Administração pode dispensar se assim lhe convier. A lei enumerou vinte e nove casos (art. 24, I a XXIX) [...]”*.

À vista disso, a Lei nº 8.666/93 dispõe sobre os casos de licitação dispensável em seu artigo 24, incisos de I a XXIX. Por sua vez, a Lei nº 14.133/2021 trouxe as hipóteses em que a licitação é dispensável em seu artigo 75, e os casos de licitação dispensada no artigo 76, incisos I e II, e seu § 6º.

A inovação da Lei nº 14.133/2021 é que o prazo máximo da contratação passou (ou passará) de 180 dias para 1 (um) ano, bem como a previsão da vedação da prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada.

Distinções entre urgência e emergência

Nas contratações em que o fundamento legal for o artigo 24, inciso V da Lei nº 8.666/1993, ou o artigo 75, inciso VIII da Lei nº 14.133/2021, o gestor deverá comprovar a impossibilidade de esperar o tempo hábil para a realização de uma licitação, tendo em vista os riscos de prejuízo ou comprometimento de segurança das pessoas, devendo, ainda, justificar a escolha do fornecedor e o preço contratado.

Emergência

Pode-se dizer que emergência representa a necessidade de contratação, em que não é possível aguardar o curso habitual de um processo licitatório, sob pena de responsabilidade do ente público.

Para que seja adotada a dispensa de licitação com fundamento no inciso VIII, do artigo 75 da Lei nº 14.133/2021, ela deverá ter como objetivo a continuação do serviço público, observando os limites estabelecidos em lei, adotando as providências necessárias, sem que causem prejuízos aos agentes públicos.

Emergência Fabricada

Para que ocorra uma contratação por emergência, é necessária a presença de uma situação emergencial ou calamitosa decorrente de fato imprevisível, tendo que demonstrar que a situação não se tenha originado pela falta de planejamento.

A emergência fabricada em geral decorre de ação ou omissão, dolosa ou culposa, do gestor público, por vezes em razão da falta de planejamento, sendo caracterizada pela má gestão dos recursos públicos.

Além de ferir os princípios da Administração pública e da licitação, ao fabricar uma emergência, o processo licitatório estará eivado de vícios que poderão trazer consequências jurídicas e administrativas ao gestor público e ao contratado, notadamente se resultar em danos graves ao Erário.

Entendimento dos Tribunais de Contas acerca da urgência fabricada

Cada vez mais vem sendo pacificado no âmbito dos tribunais de contas o entendimento acerca das situações em que gestores incorrem na denominada urgência fabricada, sendo que a desídia e a falta de planejamento não são motivos concretos para a formalização das contratações emergenciais.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo reconheceu a irregularidade na contratação emergencial, na chamada urgência fabricada:

[...] Chefia de ATJ, todavia, entendeu que os documentos constantes dos autos são insuficientes para justificar a contratação direta por emergência. No seu entender, apesar da Prefeitura alegar que o ajuste decorreu da suspensão, por este Tribunal, do certame destinado à contratação dos serviços, o que se verifica é a urgência fabricada, a exemplo do ocorrido nos processos TC-25032/026/98, 16804/026/99 e 12475/026/99 [...] (BRASIL, 2009)

Desse modo, a Administração pública deve zelar pela observância dos princípios e também organizar-se para que não se formalize uma contratação de forma emergencial ofendendo-os, devendo sempre zelar pelo dinheiro público.

Não restam dúvidas, portanto, que, para a realização da contratação direta em caráter emergencial ou em situação de calamidade pública, é necessário que se atenda aos termos do ato que os autorizou, justificando a emergência e o preço, tendo como finalidade o afastamento de prejuízos.

Consequências Jurídicas da contratação direta irregular

Quando a Administração pública utiliza a contratação direta para a formalização de um contrato, deverá apreciar a conveniência e oportunidade de dispensa de licitação, atentando-se aos princípios, como também averiguando a personalidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade fiscal e trabalhista, empenho prévio, celebração do contrato, publicação e outros.

Tudo isso significa que a referida contratação deve atender aos requisitos da Lei nº 8.666/93, nos termos do seu artigo 27; a habilitação jurídica prevista no artigo 28 da Lei nº 8.666/93; e a regularidade fiscal prevista no artigo 29.

É imperioso salientar que o administrador público não tem poder para contratar segundo seu próprio entendimento, nem mesmo podendo prevalecer a sua própria vontade, limitando-se apenas às imposições legais previstas em leis. Assim, a obrigatoriedade de licitar é uma forma de assegurar a observância dos princípios da impessoalidade, legalidade, eficiência, da publicidade e da moralidade.

Diante do exposto, não restam dúvidas de que o administrador público deve cumprir os deveres que lhe são impostos por lei, a fim de evitar ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente.

Superfaturamento

O superfaturamento condiz com a contratação efetuada por valores superiores àqueles usualmente encontrados e/ou praticados no mercado. O modo mais fácil de identificar um preço elevado é quando este for proposital ou que o bem adquirido ou o serviço contratado não seja integralmente realizado. Assim, a Administração pagará por um valor superior ao que realmente deveria ter sido pago.

Assim, ocorrendo superfaturamento, a responsabilidade será solidária e responderão por ela todos os envolvidos, sendo estes a Fazenda Pública, o fornecedor ou prestador de serviços e o agente público. Para o agente público, caberá ainda a imputação de responsabilidade administrativa, bem como por ato de improbidade; já para o agente público e contratado, caberá ainda responsabilização criminal.

Com a entrada em vigor da nova Lei de Licitações, o seu artigo 73 prevê que o agente público e o contratado respondem solidariamente pelo dano causado ao Erário, bem como a aplicação de outras sanções cabíveis.

Configuração da improbidade administrativa

Expressamente, o artigo 11 da Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992 (BRASIL, 1992) dispõe sobre os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração pública.

Notório, portanto, que dispensar um processo licitatório indevidamente, fabricando uma situação emergencial, constitui ato de improbidade administrativa, uma vez que causa lesão ao Erário.

A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu no ARE138248/2021 que foi caracterizado ato de improbidade administrativa a emergência fabricada. Nos termos do referido acórdão, considerou-se que a dispensa de licitação foi feita de forma fabricada, resultando em ato de improbidade administrativa, fixando-se indenização de 20% do valor econômico das avenças, suspendendo os direitos políticos, bem como proibição de contratar.

Violação dos princípios da Administração pública

Consonante ao tema da improbidade administrativa, violar os princípios da Administração pública configura ato ímprobo, conforme o que restou decidido nos autos de Recurso Especial nº 2007/0068020-06 do Superior Tribunal de Justiça.

A realização de uma dispensa com fundamento na situação emergencial, é decorrente muitas vezes da falta de planejamento dos gestores públicos.

Por fim, ao fabricar uma situação emergencial o administrador incorre nas sanções administrativas, penais e cíveis previstas no ordenamento, tendo em vista que, por sua ação ou omissão, deixou de observar e seguir o que determina a lei, ferindo princípios e incorrendo em atos de improbidade administrativa.

Considerações finais

O direito administrativo brasileiro encerra um conjunto de princípios e regras com a finalidade de disciplinar os órgãos, os agentes e as atividades públicas. Toda ação administrativa deve se basear em previsões legais, objetivando o interesse público, pautando-se na ética e na honestidade, devendo ser exercida com presteza e dedicação, buscando-se diminuir a desigualdade, proporcionando uma equidade na aplicação da lei, com tratamento igualitário, dando-se publicidade dos seus atos para assegurar uma maior competitividade.

Foi possível verificar ao longo desta exposição as particularidades específicas que cada modalidade de licitação possui, valendo-se sempre do fiel cumprimento da legislação com o intuito de garantir a proposta mais vantajosa e com o maior número de competidores possível. Por outro lado, a dispensa de licitação, está prevista em lei e pode ser utilizada, desde que o administrador público a utilize somente nos casos em que há previsão legal e com a devida fundamentação e justificação. Com efeito, o gestor deverá comprovar a impossibilidade de esperar o tempo necessário para a realização de um processo licitatório.

A chamada “emergência fabricada” ocorre quando o gestor público deixa de tomar a tempo as medidas cabíveis para a realização de um processo licitatório. O entendimento dos Tribunais de Contas é no sentido de que a desídia e a falta de planejamento não são motivos para a formalização das contratações emergenciais.

Portanto, conclui-se que, para adquirir bens e consumos de forma rápida e eficaz sem infringir o dever legal de licitar, em casos de urgência e emergência, o administrador deverá comprovar a situação calamitosa decorrente de fato

imprevisível, justificando a contratação e seguindo as previsões legais.

Referências Bibliográficas

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

____ (1992). Lei Nº 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. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 03 jun. 1992, p. 6993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 18 ago. 2021.

____ (1993). Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 22 jun. 1993, p. 8269. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

____ (2002). Lei Nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 18 jul. 2002, p. 01. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 01 mai. 2021.

____ (2009). Despacho. Processo TC-1092/009/08. Cons. Fulvio Julião Biazzi. São Paulo, SP, 08/09/2009. Disponível em: <https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/40676.pdf>. Acesso em: 07 ago 2021.

____. Primeira Câmara. Acórdão 5271/2010. Representação sobre possíveis irregularidades na aplicação de recursos do FNS. Conhecimento. Procedência. Rejeição das razões de justificativa. Multa. Min. Augusto Nardes. Brasília, DF, 24/08/2010. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/n%25C3%25A3o%2520recomendado%2520Convite/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/13/sinonimos%253Dtrua>>. Acesso em: 05 maio 2021.

____ (2018). Decreto Nº 9.412, de 18 de junho de 2018. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília – DF, 19 jun. 2018, p. 17. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9412.htm#art1>. Acesso em: 12 maio 2021.

____ (2021). Lei Nº 14.133, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**, Brasília - DF, 01 abr. 2021, p. 1, diário extra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Aceso em: 03 mai. 2021.

____. ACÓRDÃO. ARE138248/2021. Recurso Extraordinário com agravo. Min. Luiz Fux. Brasília, DF. 05/05/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1197648/false>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

____, Tribunal De Contas Da União. Licitações e Contratos: Orientações Básicas/Tribunal de Contas da União: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2003.

DI PIETRO, Maria S. Zanella. **Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2020. E-book. Biblioteca Digital do UniSALESIANO – ARAÇATUBA – SP. Acesso em: 16 mar. 2021.

MEIRELLES, Hely L.. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ZANZONI, Luciano S. **Entendendo Licitações e Contratos Administrativos**. Aquisições e Contratações da Administração pública de forma simples e didática. Editora Gestão Pública. 2015.