

A ponderação na dispensa de licitação por emergência (com base na Lei Federal nº 14.133/2021)

Simone Zanotello de Oliveira

Advogada e consultora jurídica na área de contratações públicas. Doutora em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre em Direito da Sociedade da Informação (ênfase em políticas públicas com o uso da TI) pela UniFMU-SP. Pós-Graduada em Direito Administrativo pela PUC-SP. Atua como Conselheira de Administração de Empresa Estatal. Possui Certificação CP³P-F (Certificado Profissional Internacional de Parcerias Público-Privadas). Professora de Direito Administrativo e Linguagem Jurídica do Centro Universitário Padre Anchieta – Jundiaí-SP. Gestora de Administração e Gestão de Pessoas da Prefeitura de Jundiaí-SP. Autora de diversas obras e artigos na área de contratações públicas. Integrante da Academia Europeia de Alta Gestão, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo Sancionador e do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo.

1 Introdução. 2 O dever de licitar e as hipóteses de afastamento da licitação. 3 A dispensa de licitação – panorama geral. 4 A dispensa de licitação nos casos de emergência e de calamidade pública. 5 Alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a dispensa por emergência. 6 A ponderação de valores na dispensa de licitação por emergência. 7 Considerações finais. Referências

1 Introdução

O presente artigo busca fazer uma análise acerca do instituto da licitação como sendo obrigatório, por força constitucional e legal, para a aquisição de bens e para a execução de serviços e de obras por parte da Administração Pública. Com isso, verificaremos alguns princípios que norteiam a realização de um processo licitatório, tais como, supremacia do interesse público, isonomia, busca da proposta vantajosa, impessoalidade, moralidade administrativa e competitividade.

Por outro giro, também estudaremos os casos em que há previsão legal para o afastamento do certame, por meio da licitação dispensada, da licitação dispensável (ou dispensa de licitação) ou da inexigibilidade de licitação.

Aprofundaremos nossos estudos na dispensa de licitação, que representa hipóteses nas quais a realização de um procedimento licitatório, embora fosse possível, seria incompatível com o interesse público. E, nesse contexto, daremos enfoque na dispensa de licitação por calamidade pública ou por emergência, prevista no art. 75, inc. VIII, da nova Lei de Licitações – Lei 14.133/2021, com destaque para esta última, a qual representa situações em que a demora na realização de um processo licitatório poderia resultar numa contratação ineficaz, sem resultados práticos, visto que as demandas necessitariam de atendimento imediato, sob pena de causar prejuízos ao interesse público.

Por fim, trataremos a ponderação como uma ferramenta para auxiliar a análise que deverá ser efetuada pelo administrador no momento de eleger a forma de contratação nos casos de emergência, sopesando os valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

2 O dever de licitar e as hipóteses de afastamento da licitação

A regra geral que disciplina as contratações públicas, e que possui base constitucional, tem como premissa a obrigatoriedade da realização de processo licitatório para a aquisição de bens e para a execução de serviços e de obras por parte da Administração Pública.¹

Para Marçal Justen Filho, essa obrigatoriedade tem como principal fundamento a ideia de cumprimento do princípio da supremacia do interesse público, por meio da realização prévia de um procedimento que irá garantir uma melhor contratação para a Administração Pública, utilizando-se de critérios para a eleição de uma proposta vantajosa para o interesse público primário, bem como observando-se o princípio da isonomia. O autor dispõe, ainda, que a licitação seria um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas.²

A ideia de que a exigibilidade de licitação tem por causa o princípio da isonomia é reforçada por Joel de Menezes Niebuhr, o qual, de uma forma indireta, acabaria por respaldar os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.³

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que são licitáveis unicamente aqueles tipos de objeto que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, tendo em vista que a licitação pressupõe disputa, fazendo com que haja uma concorrência entre os ofertantes.⁴

Com esse cenário, concluímos que a competitividade é a condição essencial para a realização de um processo licitatório, pois quanto mais licitantes participarem do certame, mais chances a Administração Pública terá de encontrar a proposta mais vantajosa para as suas contratações.

Nessa esteira, o professor Ricardo Marcondes Martins apresenta dois questionamentos muito importantes para a existência de um processo licitatório: 1) Como garantir o acesso às contratações estatais ao máximo possível de administrados?; 2) Como escolher, dentre as propostas, a melhor, do ponto de vista objetivo para a Administração? E a resposta está justamente na instauração de um processo administrativo que possibilite uma ampla participação de interessados (o máximo possível), o qual deverá estar disciplinado por regras legais e editalícias, que possuam como objetivo garantir um tratamento isonômico entre todos os participantes, promover uma justa competição e efetuar a escolha do vencedor com a utilização de critérios o máximo possível objetivos.⁵

No entanto, como em toda regra há exceções, e não seria diferente em matéria licitatória, a Lei Federal 8.666/93 dispunha algumas hipóteses nas quais a obrigatoriedade de realizar a licitação restaria afastada, o mesmo ocorrendo com a Lei Federal 14.133/2021 – a nova Lei de Licitações. Nesse caso, a concretização de um processo licitatório seria impossível ou inadequada para as funções estatais. José dos Santos Carvalho Filho esclarece que essas hipóteses, pela sua particularidade, não seriam compatíveis com o rito e a demora de um processo licitatório.⁶

As hipóteses de afastamento da licitação possuem base constitucional, no mesmo dispositivo já citado (art. 37, XXI), por meio da expressão inicial “ressalvados os casos especificados na legislação”. Com isso, deixa-se a possibilidade de serem fixadas, por meio de lei ordinária, as situações em que a licitação deixa de ser obrigatória. Portanto, essa base fundamenta a ação do legislador na disposição das situações em que a contratação se dará de uma maneira direta, sem o prévio procedimento licitatório.

1. Constituição Federal – Art. 37 [...] XXI - *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*

2. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 328.

3. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008, p. 47.

4. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 561.

5. MARTINS, Ricardo Marcondes. Licitação: dispensa e inexigibilidade. In: *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 345.

6. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014, p. 252.

Marçal Justen Filho reforça que a flexibilidade trazida pela legislação para se contratar afastando o procedimento licitatório, não significa uma discricionariedade na escolha das hipóteses de contratação direta, haja vista a previsão legal dessas hipóteses.⁷

No entanto, é importante frisar que uma contratação feita de forma direta, em momento algum representa o abandono aos princípios básicos que orientam a atuação da Administração Pública. Mesmo nesses procedimentos mais simplificados⁸, ainda se busca a seleção de uma proposta vantajosa para o interesse público primário, preservando-se o princípio da isonomia.

Outra análise que merece cautela refere-se à ideia que muitos compartilham no sentido de que o comum, o certo, é licitar, e que não licitar é incomum, é errado. Essa ideia não deve prosperar, pois a legalidade deverá ser aplicada tanto na regra quanto na exceção. Segundo Renato Geraldo Mendes e Egon Bockmann Moreira, não seria apropriado afirmar que a licitação é regra, e que a dispensa e a inexigibilidade são exceções, pois ambas são soluções que encontram prestígio equivalente tanto na Constituição Federal quanto na legislação ordinária.⁹

Uma grande parte da doutrina classifica os casos de afastamento de licitação em três figuras distintas: a licitação dispensada, a licitação dispensável (ou dispensa de licitação) e a inexigibilidade de licitação. Primeiramente, vamos nos ater ao que seria uma diferenciação entre licitação dispensável e licitação dispensada disposta por alguns estudiosos. Na licitação dispensável, o administrador, se quisesse, poderia realizar o procedimento licitatório, sendo, portanto, uma faculdade, materializada por meio dos incisos previstos no art. 75 da Lei 14.133/2021. Com relação à licitação dispensada, o administrador não poderia licitar, visto que já se teria uma definição da pessoa com quem se firmaria o contrato, utilizando-se das hipóteses trazidas pelo legislador nos art. 76 e 77, referentes às alienações. Nessas hipóteses, a Administração Pública estaria excluída da obrigação de licitar com fundamento em expressa determinação legal.

Niebuhr reconhece que, embora fosse viável a competição, há situações em que não seria útil empreender uma licitação, visto que o interesse público seria comprometido. Para ele, em determinados casos, em vez de proteger o interesse público, a realização de um processo licitatório iria fulminá-lo.¹⁰ Por essa razão, o próprio legislador resolveu não tornar a licitação obrigatória em todas as hipóteses.

A outra figura seria a inexigibilidade de licitação, que é caracterizada pela inviabilidade de competição, indicando situações nas quais não se encontram os pressupostos de um processo licitatório. Ela está contemplada no art. 74 da Lei 14.133/2021, com um rol meramente exemplificativo de hipóteses nas quais a competição seria inviável¹¹.

Nesses casos, o administrador não tem a faculdade para licitar, em virtude de não haver competição com relação ao objeto a ser contratado, condição essa imprescindível para um procedimento licitatório. Segundo Niebuhr, a inexigibilidade de licitação representa hipóteses em que não se poderia exigir a realização de um processo licitatório, pois, mesmo que a Administração Pública quisesse realizá-la, ela restaria infrutífera, por força da inviabilidade de competição.¹²

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, na inexigibilidade de licitação temos a ausência dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação.¹³

7. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações [...]*, op. cit., p. 328.

8. Marçal Justen Filho destaca que a contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa, nem permitem uma atuação livre do administrador, sendo que ele está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, que assegure todos os princípios jurídicos fundamentais. Portanto, não se trata de uma contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem a adoção de cautelas necessárias e sem nenhuma documentação. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações [...]*, op. cit., p. 329.)

9. MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação: repensando a contratação pública e o dever de licitar*. Curitiba: Zênite, 2015, p. 51-2.

10. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública [...]*, op. cit., p. 62.

11. Trata-se de rol meramente exemplificativo, pois ao final do “caput” temos a expressão “em especial”, que admite outras hipóteses além daquelas expressas.

12. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública [...]*, op. cit., p. 47.

13. Celso Antonio Bandeira de Mello estabelece as seguintes conceituações: “É pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. [...] É pressuposto jurídico o de que, em fase do caso concreto, a licitação possa se constituir em

Para concluir este tópico, esclarecemos que para os fins de trabalho, aprofundaremos nossos estudos na dispensa de licitação, notadamente nos casos de emergência.

3 A dispensa de licitação – panorama geral

A dispensa de licitação é caracterizada por situações em que a realização de um procedimento licitatório seria incompatível com o atingimento do interesse público, embora fosse possível¹⁴, em tese, a competição entre particulares.

As hipóteses de dispensa de licitação estão previstas em dezesseis incisos dispostos no art. 75 da Lei 14.133/2021.

É imperioso destacar que esses incisos devem representar um rol taxativo, e que os fatos deverão se enquadrar perfeitamente à hipótese legal para que haja a configuração da dispensa de licitação.¹⁵

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na dispensa verificamos a possibilidade de competição, o que justificaria a licitação; no entanto, a legislação faculta essa dispensa, a qual fica no âmbito da competência discricionária da Administração.¹⁶

Para atendimento do princípio da motivação, que rege os atos administrativos, o processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá estar instruído com os seguintes documentos, de acordo com o art. 72 da Lei 14.133/2021: (i) documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; (ii) estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 da Lei; (iii) parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; (iv) demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; (v) comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; (vi) razão da escolha do contratado; (vii) justificativa de preço; e (viii) autorização autoridade competente.

Nesse caso, o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Não podemos nos olvidar que a Lei de Licitações prevê consequências caso seja detectado uma contratação direta realizada em desconformidade com a Lei. De acordo com o art. 73 da Lei 14.133/2021, na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Por fim, o art. 337-E do Código Penal dispõe como crime a “contratação direta ilegal”, que se constitui em “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”, com pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 560-3.)

14. Nesse contexto, é interessante o posicionamento de Joel de Menezes Niebuhr, que dispõe que a nomenclatura – dispensa de licitação – é pertinente, pois só se dispensa algo que poderia ser realizado, ou seja, só de dispensa aquilo de que se dispõe, e não o que está fora de alcance. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública [...]*, op. cit., p. 63.)

15. Nesse conceito de taxatividade, trazemos o posicionamento de Jessé Torres Pereira Júnior de que lei estadual, municipal ou distrital, bem como regulamento interno de entidade vinculada, não poderá criar hipótese de dispensabilidade. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 259.)

16. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 395.

4 A dispensa de licitação nos casos de emergência ou de calamidade pública

O art. 75, inc. VIII, da Lei 14.133/2021, estabelece a hipótese de dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública.¹⁷ Portanto, o dispositivo em questão autoriza a dispensa de licitação em duas situações distintas, que deverão ser demonstradas pelo administrador.¹⁸

Os casos de emergência caracterizam-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Se a Administração Pública não agir, poderá ser considerada omissa, inclusive respondendo no âmbito criminal. De acordo com Hely Lopes Meirelles, situação de emergência é, portanto, toda aquela que põe em perigo ou causa dano à segurança, à saúde ou à incolumidade de pessoas ou bens de uma coletividade, exigindo rápidas providências do Poder Público para debelar ou minorar suas consequências lesivas.¹⁹

De acordo com Antonio Carlos Cintra do Amaral, a hipótese de dispensa em face de emergência nem representaria um caso de dispensabilidade de licitação, por entender que há um dever jurídico de contratar sem licitação. O autor destaca que a emergência caracteriza uma inadequação do procedimento formal licitatório à hipótese fática.²⁰

Entretanto, o estado de emergência deve caracterizar uma situação imprevisível, que exige um atendimento imediato, e não uma ausência de planejamento e de gestão administrativa, conforme nos ensina Jessé Torres Pereira Júnior. Esta última trata-se da chamada “emergência fabricada ou ficta”, resultado da desídia do administrador, que não tomou tempestivamente as medidas necessárias para a realização de um novo processo licitatório. O autor afirma que nesses casos há negligência, não urgência.²¹

Agustín Gordillo adverte que a chamada urgência ou emergência em verdade pode encobrir a incompetência administrativa por não se ter sabido resolver oportunamente a questão, ou que pode a urgência perder a sua caracterização se, logo após invocada, há uma demora no processo de contratação direta, demonstrando que não se evidencia a alegada urgência, podendo até se acreditar que ela não existia.²²

Por outro giro, uma contratação por dispensa fundada em fato superveniente, encontra total amparo. Imagine-se uma situação na qual a Administração instaura processo licitatório em tempo hábil, porém, durante a fase de divulgação do edital, essa licitação é contestada em âmbito judicial, e há decisão pela suspensão da abertura do certame. Com isso, haverá necessidade de contratação, porém sem licitação que lhe dê respaldo, razão pela qual se busca a dispensa de licitação, para que o objeto da contratação não sofra solução de continuidade, o que poderia trazer prejuízos ao interesse público.

Já a calamidade pública tem origem em ações da natureza, como inundações, terremotos, vendavais, epidemias, dentre outras, que atingem a população, trazendo consequências desastrosas à

17. Art. 75. É dispensável a licitação: [...] VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos 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 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

18. Muito interessante a observação trazida por Joel de Menezes Niebuhr no sentido de que muito embora a calamidade pública pressuponha uma situação de emergência, nem toda emergência pressupõe uma calamidade pública, pois pode haver situação de caráter emergencial de forma isolada, que atinge apenas um segmento da sociedade e, por essa razão, não configuraria uma calamidade pública. Inclusive, ele cita um exemplo: que a falta de mediamente em um hospital seria uma situação de emergência, mas não serviria para justificar uma calamidade pública. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública* [...], op. cit., p. 76.)

19. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 98.

20. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Dispensa de licitar por emergência*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acessado em: 18 jul. 2021, p.4.

21. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações* [...], op. cit., p. 266.

22. Texto original: “Por lo demás, la doctrina advierte que la llamada urgencia o emergencia en verdad puede encubrir la incompetencia administrativa por no haber sabido resolver oportunamente la cuestión, o que puede la urgencia perder su caracterización si luego de invocada se demora de todos modos el proceso de contratación directa, demostrando la administración en los hechos que no evidencia la alegada urgencia como tal, y que por lo tanto quizás ella en verdad no exista.” (GORDILLO, Agustín. Legalidad y urgencia en el derecho administrativo. In: *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, p. 716. Disponível em: <http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues6.pdf>. Acessado em: 21 jul. 2021.

saúde, aos bens, às atividades, etc. No entanto, para que seja possível a utilização desta hipótese de dispensa de licitação, é preciso que o Executivo declare esse estado de calamidade, via decreto, embasando, por consequência, essas contratações.²³

A utilização da dispensa tem como base o custo temporal da licitação, ou seja, naquelas situações em que a demora na realização de um processo licitatório poderia resultar numa contratação ineficaz, sem resultados práticos, visto que as demandas necessitam de atendimento imediato, sob pena de se sacrificar o interesse público e causar prejuízos irreparáveis²⁴.

No mesmo sentido, temos Gordillo que adverte que em nosso direito, não é meramente a urgência que permite prescindir da licitação, mas o estado de necessidade pública, que se configura legalmente através dos prejuízos que a demora pode ocasionar.²⁵

Marçal Justen Filho alerta que, nesses casos, se fosse realizado um processo licitatório, quando esse estivesse concluído, o dano já estaria concretizado, sendo que uma contratação imediata representaria uma espécie de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela do Estado.²⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro dispõe que a dispensa em razão de situações excepcionais é possível naquelas hipóteses em que a demora do procedimento licitatório mostra-se incompatível com a urgência em se celebrar o contrato, bem como nos casos em que a realização da licitação pode, em vez de favorecer, ir de encontro ao interesse público.²⁷

A admissibilidade de uma contratação direta nesses casos também está ligada à demonstração de que essa contratação seria o instrumento adequado para fazer cessar o risco de dano, não havendo alternativa. Cabe ao administrador demonstrar os problemas que poderão ocorrer se houver a paralisação do fornecimento, serviço ou obra, com a caracterização de prejuízo ao interesse público. Há que restar configuradas a imprescindibilidade e a essencialidade da contratação direta, com a devida instrução do processo administrativo.

O dispositivo legal também trouxe uma limitação importante para seu uso – “e somente para aquisição dos 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 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso” – o que afasta a dispensa para a contratação de quaisquer outros objetos que não estejam correlacionados, de modo a evitar um desvio de finalidade por parte do administrador. Diogenes Gasparini traz o seguinte exemplo: se são necessários duzentos cobertores para atender aos flagelados, não pode a Administração comprar mil, para utilizar os sobejantes oitocentos na campanha de inverno que se avizinha.²⁸

Portanto, a contratação por dispensa de licitação, que possui como fundamento a situação emergencial ou a calamidade pública, chamada de situação contingencial²⁹, tem como objetivo eliminar o risco de dano ou prejuízo, representando o mínimo de intervenção. Nesse sentido, há que se destacar

23. HIGA, Alberto Shinji; BAPTISTA, Antonio Sérgio, et. al. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Rideel, 2021, p. 325.

24. Segundo Marçal Justen Filho, a expressão “prejuízo” deve ser interpretada com cautela, tendo em vista as várias significações possíveis. Não é qualquer “prejuízo” que daria fundamento para uma dispensa de licitação. Esse prejuízo necessitaria ser “irreparável”, que não poderia ser recomposto posteriormente. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações [...]*, op. cit., p. 339.)

25. Texto original: “Como se advierte, en el derecho brasileño no es meramente la urgencia lo que permite prescindir de la licitación, sino el estado de necesidad pública, que se configura legalmente a través de los perjuicios que pueda ocasionar la demora”. (GORDILLO, Agustín. *Legalidad y urgencia en el derecho administrativo*. In: *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*, p. 716. Disponível em: <http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues6.pdf>. Acessado em: 21 jul. 2021.

26. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações [...]*, op. cit., p. 338.

27. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, op. cit., p. 398.

28. GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 527.

29. Joel de Menezes Niebuhr define como situações contingenciais os eventos externos e incertos, frequentemente imprevisíveis, cuja ocorrência seria presumida de forma abstrata pelo legislador, que resolve afastar a obrigatoriedade de realização da licitação com o objetivo de evitar o perecimento de bens, objetos e valores úteis aos membros da sociedade ou à regularidade das atividades administrativas. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública [...]*, op. cit., p. 75.)

que a legislação estabelece que o prazo de execução do contrato não deverá superar o prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedada a prorrogação do respectivo contrato.

No que tange ao prazo de vigência da contratação, uma questão que surge é qual procedimento deverá ser adotado se a situação emergencial ou de calamidade pública não cessar no prazo de 1 (um) ano.

Na égide da Lei 8.666/93, Carvalho Filho analisou esse prazo como sendo, em tese, de caráter peremptório, como forma de impedir desvios de finalidade. No entanto, o autor reconheceu que, em alguns casos, atendendo ao espírito da norma, poderia ser admitida a sua flexibilização quando impossível seu cumprimento, desde que, obviamente, não houvesse culpa da própria Administração pela não observância desse prazo.³⁰

Há que se analisar que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, ainda analisando a Lei 8.666/93, teria vislumbrado a possibilidade de ser ultrapassado o limite de 180 dias, desde que a situação de emergência persistisse, permanecendo o risco de prejuízo ou de comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.³¹ Seria uma prorrogação em caráter excepcional, por período estritamente necessário à conclusão do contrato, decorrente de fato superveniente ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que resultasse na impossibilidade da conclusão do contrato no prazo inicialmente estabelecido.

Por outro giro, é importante destacar que o legislador acabou por proibir somente a prorrogação. No entanto, não houve a proibição para a celebração de um novo contrato, com as mesmas cláusulas, ou seja, que tenha conteúdo idêntico, representando uma recontração.³² No entanto, há vedação legal no sentido de que essa recontração seja feita com a mesma empresa. Logo, na hipótese da necessidade de uma recontração, deverá ser buscado um novo contratado.

E, para finalizar, Marçal Justen Filho avalia a vedação de recontração da mesma empresa como salutar, visto que, em muitos casos, a inviabilidade de conclusão tempestiva de uma licitação decorre de medidas promovidas pelo próprio particular, que pretende prolongar a sua contratação, e beneficia-se com a prorrogação. Com a vedação, elimina-se o incentivo à adoção de práticas destinadas a impedir a instauração e conclusão da licitação.³³

5 Alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a dispensa por emergência

Niebuhr reforça a premissa de que uma situação de emergência não pode ser resultado de uma incúria da Administração Pública, que deve planejar suas ações e prever todas as suas necessidades. Por outro lado, se o interesse público demandar a realização da dispensa de licitação, mesmo que tenha havido desídia do administrador, ela deve ser reconhecida como lícita. Ele reforça que não seria razoável desautorizar a dispensa, prejudicando o interesse público, o qual, sem a contratação emergencial, acabaria desatendido.³⁴

Nessa mesma linha de raciocínio, temos Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que estabelece que, se ficar caracterizada a emergência, pouco importaria se essa seria decorrente da inércia do administrador ou não, pois, caracterizada a hipótese, não poderia a sociedade ser duplamente penalizada pela incompetência do administrador, ficando sem o serviço, o fornecimento ou a obra.³⁵

30. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, op. cit., p. 255.

31. Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.134/2011 – 2ª. Câmara, Rel. Min. Raimundo Carreiro.

32. Alguns doutrinadores criticam essa possibilidade, apontando que essa solução – novo contrato em vez da prorrogação – seria esdrúxula, e teria o mesmo efeito da prorrogação. Niebuhr esclarece que sob a ótica jurídica, esse novo contrato, mesmo que idêntico ao antecedente, não se confundiria com a prorrogação, pois para a formalização de um novo ajuste, o contratado deveria novamente cumprir todas as formalidades da contratação direta. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008, p. 78.)

33. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 1055.

34. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública [...]*, op. cit., p. 76.

35. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Curitiba: Fórum, 2016, p. 315.

Corroborando esse mesmo entendimento, Ronny Charles esclarece que caracterizados os requisitos legais, tanto em situações objetivas (resultantes de acontecimentos ou situações desvinculadas da vontade administrativa) como nas decorrentes de fatores subjetivos (quando se identifica que o gestor, por desídia, gera a situação de urgência), é possível a contratação direta. Isso porque o fundamento da hipótese de dispensa está relacionado à situação de caráter emergencial e não à natureza (objetiva ou subjetiva) da ocorrência. E que a desídia do agente público não impede a caracterização da situação emergencial, embora possa gerar a sua responsabilização.³⁶

Nesse caso, teríamos a premissa de que o fundamento da contratação emergencial seria a essencialidade do serviço ou do bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que fizessem com que a contratação precisasse ser feita de imediato. A ideia é se analisar os efeitos de sua não realização, e não a causa da emergência.

Não obstante essa hipótese de reconhecimento da situação emergencial nos casos em que houve uma ausência da atuação eficiente da Administração, essa ocorrência não implica convalidar ou respaldar juridicamente a conduta omissiva do administrador, que não agiu em tempo hábil. Em situações como essa, entendemos ser imperioso a apuração de responsabilidade para se verificar quem deu causa a essa situação. Há que se analisar a conduta do agente que não adotou, tempestivamente, as providências para a abertura de um novo certame.

A corroborar tal entendimento, temos que a Advocacia Geral da União expediu a Orientação Normativa n. 11, de 1º. de abril de 2009, sob a égide da Lei 8.666/93, que entendemos válida para a nova Lei de Licitações, dispondo que “a contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, *seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.*” (grifo nosso)

Por fim, outra análise a ser feita com relação à dispensa de licitação em situações emergenciais diz respeito a necessidade ou não de elaboração do projeto básico para nortear a contratação. O Tribunal de Contas da União foi instado a se manifestar a respeito, com base na Lei 8.666/93, com relação ao processo TC -000.437/2012-3, que resultou no Acórdão 3.065/12 – Plenário, com o entendimento de que mesmo na contratação emergencial seria necessária a elaboração de projeto básico, nos termos do art. 6º., inc. IX, da Lei 8.666/93. Por outro lado, o julgado também reconheceu que seria possível admitir contratações firmadas com base em projeto básico que não apresentasse todos esses elementos, somente em situações excepcionais, desde que com o objetivo de afastar risco iminente de dano a pessoas ou a patrimônio público ou particular. Nesse caso, o processo deverá estar devidamente instruído com as razões que impossibilitaram a elaboração de projeto básico completo.³⁷ Nesse caso, entendemos válidas as lições também para a nova Lei de Licitações.

Portanto, em certas situações, devidamente justificadas, poderia o administrador realizar um projeto básico “mais simplificado” para atender a uma contratação em caráter emergencial.

6 A ponderação de valores na dispensa de licitação por emergência

Joel de Menezes Niebuhr afirma que a dispensa de licitação, em última análise, é o mecanismo que o legislador possui para salvaguardar o interesse público, sopesando os valores que o circundam, como uma forma de evitar que a realização de um procedimento licitatório erguesse barreira para a plena consecução desse interesse.³⁸

36. TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021, p. 432.

37. Tribunal de Contas da União, Acórdão 3.065/12 – Plenário. TC-000.437/2012-3, Rel. Min. Valmir Campelo, 14.11.2012.

38. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública [...]*, op. cit., p. 63.

Nesse contexto, temos que reconhecer que a contratação por emergência envolve a ponderação de interesses levando-se em conta o princípio da proporcionalidade. Para Marçal Justen Filho, as limitações impostas às contratações emergenciais deverão ser interpretadas à luz do interesse a ser tutelado.³⁹

Nessa mesma linha de raciocínio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro dispõe que esse dispositivo exige a aplicação do princípio da razoabilidade, “na medida em que exige uma relação entre meios (dispensa de licitação) e os fins (atendimento de situação emergencial ou calamitosa)”.⁴⁰

Portanto, trata-se de uma avaliação do administrador, que diante da hipótese da dispensa da licitação por emergência (que é o objeto principal de nosso estudo), deve ponderar se a realização de uma licitação realmente produziria ou não gravame ao interesse público. Nesse caso, conforme nos ensina Niebuhr, o administrador somente deve optar pela dispensa de licitação se o interesse público estiver sujeito, de forma concreta, a risco de sacrifício ou gravame de monta.

Para a análise da ponderação prevista neste tópico, temos que nos valer dos ensinamentos do professor Ricardo Marcondes Martins. Ele defende seu posicionamento por meio da análise de valores concretizados. Nesse contexto, o autor define que “P1” seria a garantia do tratamento isonômico, escolha da melhor proposta objetivamente considerada, garantia do mais amplo acesso dos administrados às contratações estatais, fomento das pequenas empresas e do mercado interno, ao passo que “P2” representaria todos os valores afetados pela realização do certame. Nesse contexto, se fosse igualmente razoável e justo concretizar “P1” ou “P2”, haveria discricionariedade do administrador na escolha. O autor destaca que, para que haja a decisão pela não realização do certame por meio da dispensa, faz necessário a autorização legislativa, ou seja, a necessidade de que a hipótese para a contratação direta esteja prevista em lei. No entanto, ele esclarece que já houve uma ponderação legislativa para se definir os casos de dispensa de licitação, e essa ponderação legislativa deverá ser confirmada pela Administração à luz das circunstâncias do caso concreto. Portanto, se no mundo fenomênico, “P1” apresentar maior peso do que “P2”, deverá a Administração realizar o certame. Por outro giro, se “P2” apresentar maior peso do que “P1”, o procedimento licitatório deverá ser afastado, realizando-se a contratação direta.⁴¹

Em suma, trazendo esses ensinamentos para a hipótese da dispensa por emergência, poderíamos elencar como “P2” o risco de perecimento do objeto, o não atingimento do interesse público, a necessidade imediata de resolução do problema, os prejuízos irreparáveis à população, o comprometimento da segurança, o custo temporal da licitação, a situação emergencial ou calamitosa que necessita de providências imediatas, dentre outros valores afetados, conforme o caso, para se avaliar o seu peso e embasar a decisão do administrador em se utilizar da contratação direta.

Portanto, a ponderação apresenta-se como uma ferramenta essencial para auxiliar a análise que deverá ser efetuada pelo administrador no momento de eleger a forma de contratação nos casos de emergência, sopesando os valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

7 Considerações finais

Pelo que foi exposto, verificamos que para a contratação de bens, serviços e obras por parte da Administração Pública, a licitação representa um instituto obrigatório, por força constitucional e legal. No entanto, essa obrigatoriedade não é absoluta e encontra respaldo em algumas hipóteses em que o procedimento licitatório restará afastado.

Nesse contexto, temos na legislação os casos de aplicabilidade da licitação dispensada, da licitação dispensável (ou a dispensa de licitação) e da inexigibilidade de licitação, disponíveis para a utilização do administrador por ocasião da ocorrência do fato concreto.

Nas hipóteses de dispensa de licitação, restou demonstrado que há casos em que a realização de um procedimento licitatório, embora fosse possível, seria incompatível com o interesse público.

39. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações [...]*, op. cit., p. 345.

40. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, op. cit., p. 399.

41. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Licitação: dispensa e inexigibilidade [...]*, op. cit., p. 354-58.

E, tendo em vista o enfoque dado por este estudo na dispensa de licitação por calamidade pública ou por emergência, prevista no art. 75, inc. VIII, da Lei 14.133/2021, notadamente nesta última, pudemos concluir que há situações nas quais a demora na realização de um processo licitatório poderia resultar numa contratação ineficaz, sem resultados práticos, visto que as demandas necessitariam de atendimento imediato, sob pena de causar prejuízos ao interesse público.

E, concluindo, pudemos verificar que a ponderação representa uma ferramenta essencial para o administrador, pois por meio dela ele poderá realizar uma análise mais técnica e apurada, no momento de eleger a forma de contratação em situações de emergência, sopesando os valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

Referências

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Dispensa de licitar por emergência*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível em: <<http://www.direito-doestado.com.br/rede.asp>>. Acessado em: 18 jul. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Curitiba: Fórum, 2016.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GORDILLO, Agustín. Legalidad y urgencia en el derecho administrativo. In: *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*. Disponível em: http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc5/despues6.pdf. Acessado em: 21 jul. 2021.

HIGA, Alberto Shinji; BAPTISTA, Antonio Sérgio, et. al. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Rideel, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Licitação: dispensa e inexigibilidade. In: *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Inexigibilidade de licitação : repensando a contratação pública e o dever de licitar*. Curitiba: Zênite, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. Curitiba: Zênite, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021.