



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
LUANA TANA GEMINI FARIAS DA ROSA

DISPENSA DE LICITAÇÃO:
O PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO LIMITE AOS ATOS DISCRIONÁRIOS
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ARARANGUÁ/SC

2020

LUANA TANA GEMINI FARIAS DA ROSA

**DISPENSA DE LICITAÇÃO:
O PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO LIMITE AOS ATOS DISCRIONÁRIOS
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Karlo André Von Mühlen, Esp.

Araranguá

2020

LUANA TANA GEMNI FARIAS DA ROSA

**DISPENSA DE LICITAÇÃO:
O PRINCÍPIO DA MORALIDADE COMO LIMITE DOS ATOS DISCRICIONÁRIO
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Araranguá, 09 de Dezembro de 2020.

Professor e orientador Prof. Karlo André Von Mühlen, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Luana Tana Gemini Farias da Rosa, Aluno.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Fátima Hassan Caldeira, Dra.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho a minha família: meu filho, minha avó, meus sogros e meu pai, que obviamente participaram ativamente desta jornada, auxiliando em todos os momentos bons e ruins, de diferentes maneiras.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, é indispensável agradecer a Deus, pois a vontade dele sempre prevalece. Que bom que a Dele coincidiu com a minha, obviamente nunca esquecendo a minha família, que sempre me encorajou a jamais desistir.

Em especial a minha avó, que sempre me apoiou nos momentos mais difíceis, fazendo com que o meu objetivo de estudar pudesse se concretizar, levando pra fazer provas, mandando estudar, e sempre fazer um lanchinho da tarde, meu anjo.

Meu pai, que não está mais entre nós, mas que aonde estiver, deve estar muito satisfeito, por mais essa fase da minha vida concluída.

Meus sogros, Luiz e Dona Elza, que me ampararam com relação ao meu filho Theo, cuidando e amando incondicionalmente, me fazendo ficar tranquila para que continuasse a estudar, agradeço enormemente.

Meus amigos e colegas que, de forma geral, tornaram esta jornada mais leve, alegre e feliz; conheci excelentes pessoas que irei levar pra vida, em especial Luana Corrêa, Vitoria Gomes e Guilherme.

Luana Tana Gemini Farias da Rosa.

RESUMO

O procedimento licitatório no Brasil, é o meio pelo qual ocorrem as contratações na Administração Pública, sendo regra a observação da licitação, conforme estabelece previsão constitucional. Apesar disso, o presente trabalho tem enfoque nas situações excepcionais, que ensejam e dispõem a possibilidade da dispensa de licitação. A Lei 8.666/93, trouxe previsão de exceções da obrigatoriedade de licitar, havendo limite para atos discricionários, como a moralidade administrativa, devendo esta ser observada pelo administrador, limitando assim os atos da atividade pública do Estado. Portanto, primeiramente, serão demonstrados parâmetros e critérios para a realização da atividade pública. Num segundo momento, serão demonstradas possibilidades da ocorrência da exceção de licitar, a desobrigação, incidindo na contratação direta na administração pública, com ênfase na possibilidade da dispensa de licitação fundado na ocorrência do artigo 24, inciso IV, da Lei de Licitações nº 8.666/93, que se caracteriza pela situação emergencial ou calamitosa, observados seus contornos definidores e explanar sobre ambas as situações. Demonstrando e configurando as características e regras de aplicação da dispensa, tendo em vista o cenário atual mundial, que traz uma crise de saúde que exige gastos emergenciais, que devem ocorrer de maneira célere, para que o objetivo da Administração Pública seja alcançado, o atendimento do interesse público. Quando não observado os critérios e preceitos inerentes ao momento da dispensa de licitar, seja por falta de técnica na execução da atividade administrativa, seja pela falta de boa-fé na gestão dos recursos da administração pública, com intenções obscuras ao alcance da finalidade que é o interesse público. Finalmente, desta forma, observamos o princípio constitucional da moralidade administrativa e improbidade administrativa como limite regulador da dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública. Sendo demonstrado através de casos concretos a atividade administrativa do estado no momento da dispensa, observando a fragilidade da aplicação da moralidade e probidade administrativa. Para tanto, este trabalho teve como método de pesquisa empregado o dedutivo. Sendo que as pesquisas utilizadas no projeto de monografia foram um tipo de pesquisa qualitativa, teórica com uso de material bibliográfico e documental-legal.

Palavras-chave: Licitação, dispensa, emergência, calamidade, moralidade

ABSTRACT

The Brazilian bidding process is the means by which contracts take place in Public Administration as established in the Federal Constitution. This paper focuses on exceptional situations where the possibility of waiving bidding. In the Brazilian Law, article 8.666/93 describes bidding processes and thus limiting the acts of public activity of the State. Therefore, emphasis will be given in waiving bidding in cases like emergency or calamitous situations as depicted in Article 24, item IV. Public administration aims to get demands of the Public interest. However, sometimes there are deviations in these interests that generate room for administrative misconduct often reported in the media. This paper is based on qualitative and theoretical research based in articles, researches and legal documents.

Keywords: Word, Mot ou Palabra. Word, Mot ou Palabra. Word, Mot ou Palabra.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
2.1 DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
2.2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	15
2.3 DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	15
2.4 DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....	16
2.5 DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	18
2.6 DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	18
3 DA LICITAÇÃO	20
3.1 CONCEITO E FINALIDADE.....	21
3.2 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	22
4 DA LEI 8.666/93	25
4.1 DOS ASPECTOS GERAIS	25
4.2 DA DIFERENÇA ENTRE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE.....	26
4.3 DISPENSA DE LICITAÇÃO CONFORME ART. 24 DA LEI DE LICITAÇÕES.....	28
4.3.1 DA DIFERENÇA ENTRE CALAMIDADE PÚBLICA E EMERGÊNCIA.....	29
4.4 PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA APLICAÇÃO DO ART. 24, INCISO IV, LEI DAS LICITAÇÕES.....	29
4.5 DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	34
5 MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO QUE TANGE A CALAMIDADE PÚBLICA OU EMERGÊNCIA NA LICITAÇÃO.....	38
5.1 CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	38
5.2 MORALIDADE COMO LIMITE DA DISCRIONARIDADE DO ADMINISTRADOR.....	40
5.3 DA BOA-FÉ NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PÚBLICA.....	42
5.4 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	43
5.5 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	45
5.6 CONDUTAS IRREGULARES NA APLICAÇÃO DA DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO EM CASOS DE EMERGÊNCIA OU CALAMIDADE PÚBLICA.....	46
6 CONCLUSÃO	509
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

O principal objeto de estudo deste trabalho é a lei que regula o procedimento licitatório no Brasil, a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no que concerne aos critérios da desobrigação de licitar, tendo em vista que a regra é o procedimento licitatório para a realização das atividades inerentes a Administração Pública.

Tais critérios, se tornaram assunto principal de estudo no presente trabalho, pois demonstramos exemplos da aplicação dos dispositivos da dispensa de licitação, através da Lei de Licitações e o próprio texto constitucional. Logicamente a atividade administrativa deve observar o que está disposto em lei, ou seja, deve fazer apenas o que a lei prevê, a regra é contratações através de procedimento licitatório observando critérios preestabelecidos em lei, sendo a desobrigação de licitar uma exceção à uma regra.

Desta maneira, no primeiro Capítulo, vai explanar a Administração Pública de maneira geral, conceito, finalidades e procedimentos. Neste viés, vamos expor os princípios norteadores da atividade administrativa e a base constitucional, um estudo do artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988.

Imediatamente, no segundo Capítulo, aborda-se, mais designadamente, o artigo 24, inciso IV da Lei 8.666/93, o qual prevê a dispensa de licitação por motivo de emergência ou motivo de calamidade pública. Portanto, nesta forma, será que sabemos quais situações caracterizam a possibilidade de decretação da situação de emergência ou de calamidade pública? Quais as consequências inerentes a responsabilidade do administrador público, na dispensa por motivo emergencial ou calamitosa? Como limitar o ato discricionário da administração através do conceito de moralidade administrativa? Delimitando suas peculiaridades de cada dispositivo? E quanto as irregularidades no procedimento de dispensa de licitação, ou seja, a contratação direta? Quais as ações pertinentes ao controle interno e externo da Administração Pública?

Portanto, analisa-se que tais questionamentos são de extraordinária importância, pois, além de dizerem respeito à gestão dos recursos públicos e a necessidade do atendimento imediato do Estado ao interesse público, tendo em vista a situação excepcional configurada.

Deste viés, o estudo buscará apresentar de maneira mais ampla, demonstrando uma análise objetiva das políticas de execução da atividade pública, sempre em busca do atendimento do interesse social, os princípios elencados no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, os quais são base para todas as ações do Estado, tendo em vista, a legalidade dos atos públicos.

Embora, em seguida, a própria lei de Licitações será comentada, de forma mais específica, a fim de que se possa identificar os principais critérios desta lei, no sentido de estabelecer sua identidade no que diz respeito à aplicação vinculada de seus dispositivos aos princípios constitucionais norteadores de toda a atividade público administrativa.

Assim, no terceiro Capítulo vamos tratar da questão da moralidade e probidade na Administração Pública. Para tanto, serão apresentadas definições de conceitos da moralidade e probidade. Além disso, se irá demonstrar a importância da moralidade como limitador da discricionariedade administrativa, bem como da improbidade administrativa quando há ausência de moralidade do administrador público. E, por fim, serão apresentados julgados do Tribunal de Contas da União, que demonstrarão a relevância do controle judicial, ou seja, controle externo na execução das atividades da administração Pública, onde a dispensa de licitação foi realizada indevidamente com fundamento no artigo 24, inciso IV da Lei 8.666/1993.

Logo, a temática deste trabalho, em suma, busca direcionar o estudo a uma observação crítica da aplicação do dispositivo de dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública em face do princípio constitucional da moralidade administrativa e da improbidade administrativa.

Podemos observar que, muito embora em tese devam os atos da administração serem vinculados a lei, sendo óbvio que a exceção, aqui mencionada no trabalho, abre uma margem relativamente grande para uso da discricionariedade, é nesse momento que se observa uma fragilidade na aplicação da lei, devendo os preceitos preencher lacunas para a realização da atividade de gestão do Estado.

Por fim, o estudo abordará as questões da moralidade e probidade na Administração Pública, tendo em vista à má gestão dos recursos públicos em detrimento de interesses escusos ao interesse público, a responsabilidade do agente público na gestão dos recursos públicos. Nota-se, neste aspecto, a questão da corrupção, da má gerência dos recursos públicos, as quais, decisivamente resultam no prejuízo aos administrados e, de maneira geral, a todos os cidadãos do nosso país.

2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O conceito de Administração Pública é bastante amplo. A organização político-administrativa do Brasil é constituída pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, todos autônomos, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Essas entidades são as responsáveis por gerir e liderar as atividades essenciais à população, exercendo cada uma o papel que lhe é cabido segundo os termos da Constituição que elenca as competências e deveres de cada um deles em artigos específicos.

Conforme o trecho a seguir de Gasparini, o mesmo conceitua;

De acordo com o critério material, é um complexo de atividades concretas e imediatas desempenhadas pelo Estado sob os termos e condições da lei, visando o atendimento das atividades coletivas (2014, p. 97).

Num entendimento mais atualizado, demonstra Mazza:

Administração Pública é o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa, independentemente do Poder a que pertençam. [...] “administração pública” designa a atividade consistente na defesa concreta do interesse público. (2019, p.74).

A Administração Pública serve fundamentalmente como gestora do estado para cumprir a vontade do povo e fazer valer direitos inerentes a cada indivíduo dentro da coletividade.

Podemos dizer que o Direito Administrativo, tem como objetivo principal fazer uma boa gestão das atividades administrativas do Estado, fazendo com que a máquina esteja sempre em funcionamento, observando as necessidades da coletividade.

Tal Administração, ou seja, gestão da máquina, deverá ressaltar princípios constitucionais. Di Pietro, (2019, p. 67), compreende “que o Direito Administrativo é o conjunto de princípios que regem a Administração Pública”, garantindo a legitimidade para alcançar o objetivo maior que é o interesse público.

2.1 DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para o Direito Administrativo é de suma importância que sejam observados e respeitados os princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, conforme corrobora o Art. 37 da Constituição Federal de 1988;

A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte; (BRASIL, 2020, CF/88);

Tais princípios possuem uma espécie de dupla funcionalidade: quando suprem uma lacuna já existente na norma, ou quando trazem o significado de determinada norma. Todo ato emanado da Administração Pública deve observar normas legais, ou seja, o Administrador tem como limite de suas ações a lei, fazendo sempre o que a lei determina ou autoriza. Compreende assim Carvalho Filho:

“Princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da administração Pública. Representam cânones pré-normativos [sic], norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas” (2020, p. 18).

Logo podemos dizer, neste momento, que a Administração Pública é pautada nas leis e normas vigentes, mas sempre fazendo uso dos princípios inerentes a gestão administrativa do Estado.

Observa-se que os princípios basilares da Administração Pública são de extrema importância para que o equilíbrio entre Administração e Administrados prevaleça, compreendendo assim Di Pietro:

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. (2019, p.91).

Podemos salientar que os princípios constitucionais regem a Administração pública, preenchendo lacunas e trazendo significados às diretrizes normativas, dando amparo legal para que as atividades de gestão do Estado possam ser realizadas de forma legal.

Assim vamos evidenciar os princípios trazidos pelo texto da Constituição Federal de 1988, em seu Art. 37, caput, sendo estes os princípios que regem toda a atividade administrativa do Estado, que são: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

2.2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade está presente em diferentes ramos do Direito, mas no que tange as atividades administrativas do Estado, é basicamente a obrigação que o Administrador tem de fazer só o que a lei determina ou autoriza, conceitua Oliveira, (2013, p.70) [...] “supremacia da lei; a lei prevalece e tem preferência sobre os atos da Administração” [...].

Demonstra Oliveira;

Ao se reconhecer o papel central da Constituição e a normatividade dos princípios constitucionais, a legalidade deixa de ser o único parâmetro para verificação da validade da atuação administrativa (2013, p. 75).

Neste viés, representa a subordinação da Administração Pública ao que determina a lei, ou seja, o exercício da função da administrativa não pode se pautar na vontade da Administração ou dos servidores públicos, assim só pode a Administração praticar condutas previstas e autorizadas em lei.

Assim analisamos que este princípio liga a Administração Pública a Lei propriamente dita, sendo que qualquer ato que não esteja condizente com a Lei será considerado nulo e ilegal, sendo o Administrador responsabilizado conforme a Lei determinar.

2.3 DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O Princípio da Impessoalidade determina que nenhum administrado poderá ser privilegiado por seu prestígio ou condição social, devendo os atos serem imparciais.

Para Gasparini (2014, p. 64), "a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza."

Ficando explícito que o princípio da impessoalidade é o próprio princípio da finalidade, pois determina que a norma administrativa deverá ser interpretada e aplicada da melhor maneira possível para encontrar sua finalidade, ou seja, alcançar o fim público a que se propõem.

Para um entendimento mais profundo, exemplifica Oliveira (2013, p. 98), [...] "a atuação da Administração deve ter sempre o objetivo de atender ao interesse público, sendo vedadas, em princípio, discriminações e privilégios para determinadas pessoas "[...]. Conforme o mesmo autor, nota-se que:

Neste sentido, a igualdade deve ser interpretada e compreendida á luz da proporcionalidade: a igualdade pressupõe tratamento isonômico as pessoas que se encontrem em posição de evidente desigualdade, Igualdade, destarte, significa tratamento igual e desigual, mas proporcional, para os desiguais (2013, p. 98)

Podemos ressaltar que outros doutrinadores possuem o mesmo entendimento sobre o princípio mencionado acima, ligando o mesmo a outros princípios como da igualdade. Nota-se isto na compreensão de Carvalho Filho:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma face do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse

público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicando alguns em favorecimento de outros (2020, p.20).

Já no que tange as Licitações Públicas, é notório que o processo licitatório deverá ocorrer com toda igualdade entre os participantes, ou seja, que haja isonomia no que diz respeito aos deveres e direitos dos participantes da licitação. Sendo para a administração imprescindível definir requisitos e critérios claros, para que a concorrência ocorra de forma clara e igualitária, sem distinção alguma entre os licitantes.

2.4 DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O Princípio da Moralidade compõe os princípios constitucionais inerentes as atividades administrativas do Estado, demonstrando tal ênfase, por ser assunto principal deste trabalho.

O entendimento referente a moralidade administrativa, se observa no campo da ética, moral e bons costumes, no tange ao desenvolvimento das atividades do Estado, sempre observando a legalidade administrativa.

Segundo Di Pietro,

O princípio da moralidade [...] exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade. (2019, p. 421).

No mesmo sentido, Di Pietro, em suas palavras, as quais deixam clara a amplitude da definição deste princípio, que é;

A Lei n.º 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamento ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem. (2019, p. 422).

Sobre outro ponto de vista a mudança do Princípio da Moralidade fica demonstrada através do Direito concretizado, conforme Gasparini, no entendimento do pleno do STF:

Como exemplo, cite-se o entendimento manifesto por meio do RE579951, julgado em 20 de agosto de 2008, em que o Tribunal Pleno do STF entendeu que a vedação ao nepotismo na Administração não exige a edição de lei formal, por decorrer diretamente de princípios constitucionais, sobretudo do princípio da moralidade. (2014, p. 64)

Neste sentido, no que tange ao Princípio da Moralidade, abrange a compreensão de moral administrativa, além das diretrizes legais propostas. Este princípio reporta praticamente a ética do Administrador público no exercício de suas funções públicas. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 21).

Ainda demonstrando o entendimento de Carvalho Filho, no diz respeito a conduta do Administrador;

Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram (2019, p. 22).

É notório que o desrespeito ao Princípio da Moralidade na administração pública acarreta diversos problemas quanto ao desenvolvimento das atividades inerentes da gestão do Estado, ou seja, o não atendimento das necessidades coletivas promove o prejuízo a sociedade. Já se viu que, [...] “Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelho do Estado preordenado à realização de serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas” [...] (MEIRELLES, 2013, p. 66).

Podendo ocorrer diversas perdas ou danos a gestão do Estado, quando fica demonstrado a falta de utilização do princípio da moralidade, pois em muitos casos os atos de imoralidade administrativa também são atos de improbidade administrativa, ocasionando prejuízo aos cofres públicos, entre outros problemas. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 22).

Afinal são muitos os conceitos atribuídos ao Princípio da Moralidade, sendo deveras ampla a compreensão deste princípio. Questiona-se, portanto, a legitimidade deste conceito, onde podemos refletir nas palavras de Di Pietro (2019, p. 104), “Licitude e a honestidade seriam os traços distintos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non amno quaod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto).”

2.5 DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Um dos princípios constitucionais de melhor e mais fácil compreensão e entendimento, são os atos da Administração Pública expostos de forma pública para que qualquer cidadão possa ter acesso aos dados e até mesmo aos gastos da gestão pública. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 25).

Conforme mesmo entendimento, a publicidade deve ser dada aos atos administrativos, para que se possa garantir a sua legitimidade e qual o grau de eficiência de tais atos provenientes da administração pública. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 25).

Segundo Mello, podemos ir além, o não entendimento correto deste princípio acarretaria a instabilidade no Estado Democrático de Direito, conforme segue;

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida. (2014, p.117).

Por fim, fica demonstrado não haver grande necessidade de mais explicações quanto ao tema, porem sua aparente clareza na definição não diminui sua importância para o desenvolvimento das atividades inerentes da Administração Pública.

2.6 DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O Princípio da Eficiência pode-se conceituar como a qualidade com que o serviço público é prestado, sendo que passou a compor os princípios constitucionais a partir da EC nº19/1998, considerado um princípio novo. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 30).

De acordo com Carvalho Filho (2019, p. 30), "pretendeu o Governo conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetiva aos prestadores."

Da mesma maneira entende Di Pietro;

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (2019, p. 111).

Observamos que este princípio se liga integralmente com os demais, ficando demonstrado nas palavras de Di Pietro;

Vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito. (2019, p.111).

Sendo a eficiência exigência legal para a prática dos atos da Administração Pública, é preciso que o desenvolvimento das atividades do Estado ocorra com total produtividade e objetividade na prestação do serviço público. Conforme salienta Gasparini, que:

A eficiência exige que o responsável pelo serviço público se preocupe sobremaneira como bom resultado prático da prestação que cabe oferecer aos usuários. Ademais, os serviços, por força dessa exigência, devem ser prestados sem desperdício de qualquer natureza, evitando-se, assim, onerar os usuários por falta de método ou racionalização no seu desempenho. (2014, p. 357).

Ainda podemos salientar que o administrador/gestor público pode “buscar o máximo de resultado com um mínimo de investimento, barateando a sua prestação e, por conseguinte, o custo para os usuários.” (GASPARINI, 2014, p.358).

Por fim, tal princípio fora acrescentado ao texto constitucional, dada sua importância, para que a gestão da máquina pública ocorra de maneira produtiva e objetiva; deveria também mudar a forma de agir dos responsáveis pela administração da máquina pública; o que precisa ocorrer é um maior interesse em atingir-se o interesse da coletividade, sem que seja priorizado o interesse do governante. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 30).

3 DA LICITAÇÃO

Sempre no exercício de suas funções, deve a Administração buscar o interesse público. Mas para alcançar tal interesse, deve fazer uso de procedimentos como a licitação, trazendo mais segurança para as contratações da Administração.

Desta forma, salienta Carvalho Filho:

A licitação veio contornar esses riscos. Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração. (2019, p.380).

A Administração Pública exerce sua função respeitando uma serie de princípios constitucionais já mencionados no trabalho, tendo como objetivo maior o atendimento e prestação de serviços de interesse público.

Logicamente, para conquista e atendimento deste interesse público, tais atos devem ocorrer através de ferramentas jurídicas cabíveis, fazendo com que tais princípios sejam respeitados, representando mais que uma ficção jurídica, contida somente nos livros, sendo integralmente aplicáveis na prática.

Demonstrando a finalidade da concessão de serviços públicos, abarcada na Administração Pública, ressalta Oliveira;

A concessão de serviços públicos pode ser definida como contrato administrativo por meio do qual o Poder Público (Poder Concedente) delega a execução de serviços públicos a terceiros. (2020, p. 296).

Desta maneira, podemos observar que a efetivação de serviços pelo setor privado não exige nenhum tipo de procedimento obrigatório anterior a sua realização, porém no setor público, para realização de serviços públicos pelo setor privado, exige a realização de procedimento obrigatório conhecido como Licitação.

Obviamente a Licitação é o procedimento administrativo que antecede a finalização do contrato administrativo entre licitante e a Administração Pública, trazendo assim mais segurança para a efetivação do contrato.

Portanto, para ocorrência de negócios entre a Administração Pública e setor privado a regra é a Licitação, conforme salienta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, observando as previsões legais impostas;

[...] “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e

econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” [...]. (BRASIL, 2020, CF/88).

Demonstrando que através da licitação é garantido à Administração pública segurança para o cumprimento das obrigações elencadas no contrato com o setor privado, assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes.

3.1 CONCEITO E FINALIDADE

Conforme já demonstrado no presente trabalho, os princípios inerentes a Administração Pública devem ser observado de maneira obrigatória; deste modo, quando se fala em parceria público privada, concessão especial, devem ser observados os preceitos normativos que regem sua ocorrência, sempre através de mecanismos jurídicos adequados, dos quais um é a Licitação.

A doutrina entende de maneira unificada o conceito de licitação, conforme destaca Gasparini;

Licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão dos critérios objetivos previamente estabelecidos, dentre os interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse (2014, p.533).

Concordante, ainda a definição do conceito de licitação por Carvalho Filho, a qual salienta que;

Podemos conceituar a licitação como o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos - a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico. (2019, p.381).

Também conceitua e salienta Mazza;

O procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta. (2019, p.828).

Do mesmo modo, ressalta Oliveira;

Licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei, com o objetivo de garantir a isonomia, selecionar a melhor proposta e promover o desenvolvimento nacional sustentável, por meio de critérios objetivos e impessoais, para celebração de contratos. (2020, p.591).

Por fim, no que tange, ao procedimento licitatório, temos como objetivo final a celebração de um contrato administrativo entre setor público e o setor privado, buscando sempre

a proposta mais vantajosa, oferecendo condições iguais aos concorrentes, sendo este um dever da Administração Pública elencada no Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

3.2 DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Podemos observar que não há uma uniformidade entre doutrinadores, no tange aos princípios inerentes as Licitações. No entanto, a Lei 8.666/93, em seu Art. 3º, define os princípios aplicáveis as Licitações Públicas:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 2020, LEI DE LICITAÇÕES).

O procedimento da Licitação é obrigatório e deve anteceder a celebração de contratos pela Administração Pública, devendo escolher de modo imparcial a melhor proposta para efetivação do contrato, oferecendo condições iguais aos concorrentes, respeitando princípios aplicáveis, conforme salienta Mazza;

Os imperativos da isonomia, impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público, que informam a atuação da Administração, obrigam à realização de um processo público para seleção imparcial da melhor proposta, garantindo iguais condições a todos que queiram concorrer para a celebração do contrato (2019, p. 826).

Ainda sobre os princípios inerentes a Licitação, ressalta Gasparini;

São, notadamente, nos termos do art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93, princípios da licitação: 1º) legalidade; 2º) impessoalidade; 3º) moralidade; 4º) igualdade; 5º) publicidade; 6º) probidade administrativa; 7º) vinculação do instrumento convocatório; 8º) julgamento objetivo; 9º) fiscalização da licitação pelos interessados ou qualquer cidadão (2014, p.535).

Observamos que existe muita referência entre os princípios presentes na Lei das Licitações e os constantes no Art. 37 da Constituição Federal de 1988; contudo notamos que existem alguns princípios próprio que ainda não demonstramos, que envolvem o procedimento licitatório, iremos destacar os com maior relevância e abrangem, todavia alguns já foram previamente tratados no capítulo I do trabalho.

O Princípio da Isonomia, salienta Oliveira:

O princípio da isonomia tem profunda ligação com os princípios da impessoalidade e da competitividade, motivo pelo qual a Administração deve dispensar tratamento igualitário (não discriminatório) aos licitantes, sendo certo que as restrições à participação de interessados no certame acarretam a diminuição da competição (2020, p.594).

Impondo tratamento discriminatório para todos os concorrentes, ou seja, Oliveira (2020, p.594), [...] “tratamento desigual entre as pessoas que não se encontram na mesma situação fático-jurídica” [...] “desde que respeitado o princípio da proporcionalidade” [...], sendo caracterizado praticamente pelo Princípio da Igualdade.

Contudo, podemos dizer que a Licitação, segundo Carvalho Filho (2019, p. 387), veio “prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outras levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade”.

Os Princípios da Moralidade e a Probidade Administrativa são os mais importantes dos princípios que regem a Administração Pública, sendo regra ou dever que esse procedimento ocorra nos devidos parâmetros legais de honestidade e seriedade.

Estando o Princípio da Moralidade e Probidade administrativa vinculados através de seus conceitos de honestidade, boa-fé, e ética por parte dos participantes, ou seja, Couto (2020, p. 136), [...] “quando a conduta do agente público, embora em consonância com a lei, ofender a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade” [...], demonstrando assim desrespeito ao Princípio da Moralidade, exemplo claro é a Sumula 13 do STF, que aborda da conceituação e proibição do nepotismo.

O Princípio da Moralidade Administrativa, conforme Knoplock:

O princípio da moralidade diz respeito à atuação dos agentes públicos, que deverá sempre se pautar pela ética. A Administração e seus agentes devem atuar não apenas com vistas na lei, mas sobretudo buscando preservar a moral, os bons costumes e a justiça (2018, p. 90).

Desta forma, o Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa, compreende Mazza (2019, p. 126) [...] “exige uma atuação administrativa, que além de respeitar a lei, seja ética, leal e séria” [...].

A Probidade Administrativa, segundo Carvalho Filho;

Exige o princípio que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível. (2019, p.391).

Também de importante relevância, se demonstra o Princípio da Vinculação do Instrumento Convocatório, salienta Gasparini (2014, p.542) “submete tanto a Administração Pública licitante como os interessados na licitação, os proponentes, à rigorosa observância dos termos e condições do edital ou da carta-convite.”

Portanto, caso não ocorram os devidos atos pertinentes ao instrumento convocatório, acarretará na nulidade do procedimento. Tais regras trazem maior segurança para o procedimento, conforme Carvalho Filho (2019, p.391), [...] “e se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa” [...].

Ainda sobre o mesmo princípio, Di Pietro (2019, p. 423) ressalta sua importância, quando afirma que sua [...] “inobservância enseja nulidade do procedimento” [...].

Exemplifica, Oliveira;

A obtenção da melhor proposta será auferida necessariamente a partir do critério de julgamento (tipo de licitação) elencado no edital; os licitantes serão inabilitados caso não apresentem os documentos expressamente elencados no edital etc. (2020, p. 595).

Para Oliveira (2020, p. 595), o princípio trata da [...] “aplicação específica do princípio da legalidade, razão pela qual a não observância das regras fixadas no instrumento convocatório acarretará a ilegalidade do certame” [...].

A função reguladora da Licitação, não pode ser observada somente pelo ângulo econômico, devem ser levados em consideração outros fatores, conforme menciona Oliveira;

O desenvolvimento nacional sustentável (art. 3.º, caput e § 5.º, I, da Lei 8.666/1993), a promoção da defesa do meio ambiente (“licitações verdes” ou sustentáveis),¹⁷ a inclusão de portadores de deficiência no mercado de trabalho (art. 3.º, § 5.º, II, da Lei 8.666/1993), o fomento à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte (LC 123/2006), o incentivo à contratação de mão de obra oriunda ou egressa do sistema prisional (art. 40, § 5.º, da Lei 8.666/1993 e Decreto 9.450/2018), entre outras finalidades [sic]extraeconômicas.(2020, p.597).

Previsto no art. 15, inciso I, do Estatuto das Licitações, o Princípio da Padronização consiste, basicamente, em buscar adequação de especificações técnicas e de desempenho, considerando a manutenção, assistência técnica e garantia, propiciando a administração Pública a obtenção mais econômica e vantajosa de seus fins (GASPARINI, 2014, p. 536-544).

Já no princípio do julgamento objetivo, ressalta que o administrador deve observar os critérios definidos no ato convocatório (edital ou carta-convite), com o fim de evitar que o julgamento se faça segundo os critérios desconhecidos pelos concorrentes (GASPARINI, 2014, p. 547).

Contudo, já demonstrado os princípios inerentes a confecção deste trabalho, observando conceituação de modo geral, e as principais características e aplicações do procedimento licitatório, não havendo a necessidade da avaliação dos demais princípios faltantes.

Por fim, demonstrado que o procedimento licitatório foi criado através de fundamentos próprios, seus princípios vinculados a lei, sendo o norte para ações da Administração Pública, sua essencialidade no procedimento licitatório se comprova na ocorrência de ilegalidade em caso de desrespeito aos princípios inerentes a licitação.

4 DA LEI 8.666/93.

O instituto da licitação foi introduzido no direito brasileiro, fazendo com que toda a atividade da Administração Pública deva observar de forma integral o dispositivo, quando se fizer necessário.

Ainda, no que tange as Licitações, é competência privativa da União legislar sobre normas gerais inerentes ao procedimento licitatório, conforme Art. 22, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
[...] XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] (BRASIL, 2020, CF/88).

No que tange ao procedimento licitatório se demonstra de grande relevância a Lei 8.666/93; ressaltamos o que compreende Mazza;

Estabeleceu as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (2019, p. 833).

Desta maneira, a Lei 8.666/93 foi alterada pela Lei 8.883/94, modificando diversas ferramentas como, critérios de reajuste de preços em contratos administrativos, a ordem cronológica dos pagamentos feitos pela Administração Pública, entre outros dispositivos.

4.1 DOS ASPECTOS GERAIS DA LEI DE LICITAÇÕES

A Lei, 8.666 de 21 de junho de 1993, mas conhecida como Lei das Licitações, é uma ferramenta importante para a Administração Pública, pois através dela se estabelecem normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 2020, LEI DAS LICITAÇÕES).

Através da Lei 8.666/93, podemos ressaltar cinco modalidades de licitações, previstas pelo Art. 22 da referida lei, são elas: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e o leilão. Entretanto, devemos observar mais dois outros institutos, a consulta regida pela Lei nº 9.472/97, modalidade exclusiva das agências reguladoras, e o pregão, ocorrendo de forma presencialmente ou eletrônico, regido pela Lei 10.520/2002, sendo criado para tornar mais célere a aquisição de bens, e serviços comuns. (MAZZA, 2019, p. 856).

Há quatro critérios de julgamento de propostas mais vantajosa à administração, elencados pelo Art. 45 da Lei 8.666/93: melhor preço, sendo escolhida a proposta que apresentar o melhor preço, obviamente, e respeitar regras presentes no edital ou convite; melhor técnica (art.46, da Lei 8.666/93), sendo utilizado unicamente para serviços de cunho intelectual; melhor técnica e preço (art. 46, § 2º da Lei de Licitações), exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual; e maior lance ou oferta, utilizado apenas para a modalidade leilão (MAZZA, 2019, p. 854-855).

As etapas do procedimento licitatório podem ocorrer na fase interna ou externa, divididos em abertura, habilitação, classificação, homologação e adjudicação. Podemos observar que as modalidades de licitações podem ser executadas de duas formas: direta, quando ocorrer através de órgãos ou entidades administrativas, ou indireta, por meio da contratação de terceiros. (OLIVEIRA, 2020, p.600).

A Lei das Licitações é a base legislativa disciplinadora básica, e nela foram elencadas algumas proibições aos entes federativos; podemos destacar, segundo Carvalho Filho (2019, p.883), [...] “a que proíbe a ampliação dos casos de dispensa e inexigibilidade e dos limites de valor para cada modalidade de licitação, bem como a redução dos prazos de publicidade e dos recursos”[...].

4.2 DA DIFERENÇA ENTRE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A obrigação da realização do procedimento licitatório se demonstra como regra geral aplicável. As contratações da Administração Pública, contudo, possibilitam algumas exceções, em virtude de suas particularidades, havendo a necessidade do procedimento se tornar mais célere, para que se alcance a finalidade, prevalência do interesse público.

Mesmo nos casos de contratação Direta não é dispensado, na maioria das vezes, o procedimento prévio, com a apuração e comprovação das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, através de motivação da decisão administrativa. (OLIVEIRA, 2020, p. 627).

Contudo, podemos perceber que a Lei das Licitações aduz as possibilidades nas quais o procedimento licitatório não se faz obrigatório, os contidos no art. 17, inciso I e II, dispensa legal, no art. 24, que prevê os casos de dispensa discricionária e art. 25 do Estatuto, que prevê a inexigibilidade (CARVALHO FILHO, 2019, p.898).

Portanto, a Licitação dispensada (art.17, I, II) possui quatro características essenciais, rol taxativo, objeto do contrato é limitado, alienação de bens, e falta de

discricionariedade do administrador, pois o próprio legislador dispensou antecipadamente a exigência.

Neste entendimento, discorre Oliveira:

[...]a alienação de bens, nos casos de licitação dispensada, deve ser motivada (“interesse público justificado”) e precedida de avaliação (“avaliação prévia”). Em relação aos bens públicos imóveis da Administração direta e das entidades administrativas de direito público (autarquias e fundações estatais de direito público), exige-se, ainda, a autorização legislativa prévia para efetivação da alienação. (2020, p.628).

Neste viés, salienta Di Pietro:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável (2019, p.431).

Desta maneira, vamos evidenciar as diferenças entre dispensa discricionária (art. 24) e inexigibilidade (art. 25), pois no que tange a inexigibilidade, havendo somente uma pessoa que possa cumprir os requisitos exigidos pela Administração, ou existindo apenas um objeto que observe os critérios determinados ou solicitados pela administração, não há a possibilidade de competição, sem necessidade de Licitação.

Neste viés, corrobora Oliveira:

A licitação será considerada inviável por ausência de competição ou será inconveniente (ou inoportuna) para o atendimento do interesse público. Nessas situações, a legislação admite a contratação direta devidamente motivada e independentemente de licitação prévia. (2020, p.627).

Já no que consiste a dispensa discricionária, a lei não determina situação, ou seja, a lei não estabelece critérios objetivos para a desobrigação da realização do procedimento licitatório, e sim faculta ao administrador público essa alternativa.

Desta feita, confirma Mazza:

Assim, nos casos de dispensa, a efetivação da contratação direta é uma decisão discricionária da Administração Pública. Exemplo: contratação de objetos de pequeno valor. (2019, p.903).

Da mesma forma, segundo Mazza (2019, p. 903), “Há dispensa do procedimento licitatório quando, apesar da possibilidade de sua realização, for inconveniente para a Administração Pública realizá-lo”.

Por sua vez, podemos dizer que o artigo 24, da Lei de Licitações, é taxativo, nas hipóteses e condições, ou nos casos aos quais a contratação deverá ocorrer de forma direta, e

excepcional fugindo à regra, sem obrigatoriedade de licitar. (CARVALHO FILHO, 2019, p.397).

Ademais, mantendo a mesma linha de raciocínio, pode haver vícios nos atos administrativos, quando não observadas as diretrizes pertinentes anteriormente exibidas. Conforme, compreende Gasparini, segue:

Pode-se afirmar que a realização da licitação nesses casos prestigia os princípios da moralidade administrativa, da igualdade e da competitividade, mas isso em tese, porque haverá vício, sim, se a realização da licitação configurar um disparate e com ela se onerar a Administração Pública[...]. (2014, p.578).

Desta feita, fica desobrigada a Administração a realizar procedimento licitatório; porém quando for escolher a proposta mais vantajosa, deverá, ainda assim, o administrador respeitar todas as outras formalidades, como demonstra Gasparini (2014, p.579), “verificação da personalidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade fiscal, empenho prévio, celebração do contrato, publicação”.

Logicamente, leva-se em conta a validade da Licitação, em observância ao Art. 24 do Estatuto, somente sendo considerada válida presentes os preceitos legais de: calamidade pública, emergência e custo dentro dos limites legais, respeitando normas de controle administrativo. (GASPARINI, 2014, p.579).

Assim, estabelecida pela Constituição Federal, para a Administração Pública, a dispensa de Licitação é conceito inverso ao dever de licitar do Administrador, sendo que tal dispensa não ocorre de modo automático, ou seja, mesmo que presentes as hipóteses previstas pelo art. 24 do Estatuto, deverão ser reverenciadas as normas trazidas pela própria lei, bem como os procedimentos internos, conforme evidenciado.

4.3 DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CASO DE CALAMIDADE PÚBLICA E EMERGÊNCIA, CONFORME ARTIGO 24 DA LEI DE LICITAÇÕES

Como já demonstrado, de maneira geral, as possibilidades de dispensa de Licitação, elencadas de forma taxativa no Art.24 da Lei 8.666/93, que regulamentam as Licitações no Brasil, no que tange as diversas situações que amparam a dispensa de Licitação, este trabalho traz ênfase à dispensa de licitação em caso de calamidade pública e emergência.

Desta maneira, é cabível evidenciar o texto legal, que traz previsão no Art.24 da Lei das Licitações, em seu inciso VI, conforme se segue:

Art. 24. É dispensável a licitação:
[...] IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a

segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;[...] (BRASIL, 2020, LEI DE LICITAÇÕES).

Portanto, entendemos que é dispensável a licitação em situações de flagrante excepcionalidade, ocorrendo em casos de guerras ou grave perturbação da ordem (art. 24, III), calamidade pública ou emergência (art. 24, IV); entretanto, é preciso que se caracterize grave dano ao bem público. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 399).

A possibilidade de contratação direta é um meio pelo qual a Administração Pública dispõe para atender as necessidades da sociedade como um todo, que tenham urgência, de maneira que a falta do atendimento deste interesse coletivo cause prejuízo irreparável ao bem público.

O estado de calamidade pública e emergência devem ser reconhecidos pela administração, através da declaração feita pelo Poder Executivo Federal, Estadual ou Municipal, condizente com o caso concreto. Desta forma, somente após a realização da solenidade da dispensa será possível a desobrigação do dever de licitar. (CARVALHO FILHO, 2019, p.399).

4.3.1 Da diferença entre Calamidade Pública e Emergência

Tal possibilidade ampara duas alternativas de contratação direta, os casos de calamidade pública ou emergência. Desta feita, é cabal que no caso concreto o administrador defina em qual possibilidade poderá se apoiar para executar a contratação direta, dentro dos critérios objetivos contidos no Art. 24, inciso IV, do Estatuto Contratos e Licitações.

Ou seja, a Administração Pública não estará desobrigada de licitar apenas por afirmar que existe uma situação de emergência ou calamidade pública, deve ocorrer a declaração do estado de calamidade ou emergência; sem esta decretação não se formaliza a desobrigação de licitar. (GASPARINI, 2014, p. 585-886)

Desta feita, segundo Carvalho Filho:

[...]calamidade pública, situação, natural ou não, que destrói ou põe em risco a vida, a saúde ou os bens de certos agrupamentos sociais. Normalmente deriva de fatos naturais, como chuvas torrenciais, alagamentos, transbordamentos de rios e outros fenômenos naturais. Verificada tal situação fática, a licitação se torna dispensável, dada a necessidade de contratação rápida de obras, serviços e compras. (2019, p. 399).

Pode-se afirmar que a contratação direta por dispensa de licitação, com base no Art. 24, inciso IV, do Estatuto, é legal e plenamente possível, desde que atendidos os critérios dispostos na referida lei.

A lei previu também a desobrigação de licitar em casos de estado de emergência, que se caracteriza basicamente pela iminência de danos à saúde e aos serviços públicos. Já o estado de calamidade pública é decretado quando se instalam tais danos. Concordante, ressalta Carvalho Filho;

Em ambos os casos, as situações devem caracterizar-se pela urgência no atendimento, de modo que não causem prejuízo ou comprometam a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. (2019, p.400).

Desta forma, deverá ser observada qual a natureza da dispensa do dever de licitar da administração, se emergência ou calamidade, pois se o procedimento for realizado, através do fundamento errado, sendo calamidade pública no caso concreto, e ser decretada a emergência, estas contratações restarão viciadas, sendo constatada através da avaliação técnica da situação.

Tais contratos não podem ser prorrogados, tendo prazo de 180 dias para realização, conforme ressalva Carvalho Filho;

Os contratos, nessas hipóteses, não podem ser prorrogados e somente podem abranger os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e, assim mesmo, devendo concluir-se as obras e serviços no prazo máximo de 180 dias. O prazo, em princípio, deve ser considerado peremptório, impedindo-se o cometimento de desvios de finalidade, mas, atendendo ao espírito da norma, tem-se admitido a sua flexibilização quando inviável a sua observância sem culpa da Administração. (2019, p.400).

Desta feita, para não haver interpretações distintas na comprovação de situações de emergência ou de calamidade, o Decreto nº. 7.257, de 4 de agosto de 2010, que "regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC", definiu, para esta finalidade, as características de ambas as situações, sendo que a calamidade pública caracteriza-se por:

Art. 2º - Para os efeitos deste Decreto, considera-se:
[...] IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido; (BRASIL, 2020, MEDIDA PROVISORIA Nº 494/10).

Esta conceituação tem como particularidade a evidência de que é uma situação na qual a Administração Pública fica incapaz de prestar o atendimento através dos meios que são habitualmente aplicados para fazê-lo, ou seja, a prestação do atendimento pelo ente público

resta, conforme ressalva o dispositivo, substancialmente comprometida. (GASPARINI, 2014, p.584).

Apesar do conceito de emergência se confundir com o da calamidade pública, foi definida e ressalvada por Gasparini como:

Situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido (2014, p.585).

Também é demonstrada conceituação idêntica de emergência no Decreto nº. 7.257/2010, como segue;

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

[...]

III - situação de emergência: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido; (BRASIL).

Já nesta situação, tem-se mais em evidência a figura do prejuízo causado pela demora na prestação do atendimento pelo Estado. Assim, salienta-se na situação de emergência que a demora na prestação do atendimento ensejaria prejuízo e até mesmo comprometeria sobremaneira o andamento de obras, e poria em risco a segurança de administrados. (GASPARINI, 2014, p.585).

Ainda, dentro deste mesmo entendimento, exemplifica Gasparini que a situação de emergência ocorre quando;

O conserto do reservatório de água da cidade cujo vazamento ameaça sua segurança e a restauração do equipamento de balsa, destruído por uma enchente anormal do rio, são casos de emergência (2014, p. 585).

Neste viés, notou-se que os critérios de definição de tais situações são completamente objetivos, mas devem ser atribuídos à situação fática com responsabilidade.

4.4 PROCEDIMENTOS LEGAIS PARA APLICAÇÃO DO ART. 24, INCISO IV, DA LEI DAS LICITAÇÕES

Neste trabalho já mencionamos as diversas hipóteses de dispensa de licitação, porém há de se deixar evidenciado que a regra geral é a realização do procedimento licitatório nas contratações realizadas pela Administração Pública, muito embora haja situações excepcionais que fazem necessária a contratação direta, sempre observando o procedimento devido, para evitar a invalidação do ato de dispensa.

Além disso, já mencionamos o caráter técnico e objetivo dos critérios de definição e comprovação das ocasiões de emergência ou de calamidade pública, através do estudo do Decreto n. 7.257, de 4 de Agosto de 2010, definindo com mais exatidão como tais situações ocorrem no setor jurídico.

Desta feita, a partir desta compreensão, é preciso buscar mais conhecimento: entender como a Administração Pública deve proceder quando conclui que de fato há uma situação que faz necessária a dispensa do procedimento licitatório.

Logicamente é de suma importância destacar o que traz a Lei 8.666/93, que estabelece os requisitos necessários para a aplicação do disposto no Art. 24, inciso IV, definindo impecavelmente os conceitos e aplicações da emergência ou da calamidade pública.

Portanto, devemos considerar o que dispõe o artigo 26 da referida regulamentação legal, o qual demonstra etapa por etapa o procedimento que deverá ser aplicado pela Administração Pública:

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 ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso (BRASIL, 2020, LEI DE LICITAÇÕES).

O procedimento demonstrado pelo art. 26 do referido texto legal aprecia etapas de um procedimento interno, para que assim possa ser constatada a situação emergencial ou calamitosa, configurada pela impossibilidade de atendimento das necessidades de interesse público, que em outro momento poderiam ser atendidos. (GASPARINI, 2014, P.585).

Após procedimento interno, deverá ser declarada, a liberação da obrigação de licitar. Desta forma, compreende Gasparini;

A liberação, segundo essa regra, somente irá ser legítima em relação aos contratos e atos ligados ao estado de calamidade pública, visando combatê-los ou minorar seus efeitos, e tão só para aquisição dos bens para isso necessário (2014, p. 585).

Ou seja, deverá ser contratado somente se necessário para suprir a demanda da situação calamitosa ou emergencial, devendo ocorrer de maneira imediata, evitando assim que a demora cause danos ou prejuízos aos administrados (GASPARINI, 2014, p. 585).

Demonstra ser de suma importância a constatação da situação fática, devendo a autoridade pública justificar a dispensa, bem como a escolha dela, comunicando a autoridade

superior num prazo de três dias, para que possa homologar, ratificar e publicar em cinco dias em imprensa oficial. (GASPARINI, 2014, p. 585-589).

Segundo Di Pietro, o contrato ao qual foi dispensado o procedimento licitatório em razão de circunstâncias calamitosas ou emergenciais, terá prazo de 180 dias para efetivação e, caso necessite de prazo maior, deverá ser obrigatório o procedimento licitatório;

A situação referente ao prazo (180 dias), prevista na parte final do inciso IV, soma-se à outra, já referida, que aplica o princípio da razoabilidade; além de ser relacionada com o atendimento da situação emergencial ou calamitosa, o contrato ainda não pode ultrapassar de 180 dias; se exigir prazo superior, a licitação tornar-se-á obrigatória; (2019, p. 434).

Contudo, auxilia destacar que a interpretação deste dispositivo nos casos reais vai além de sua mera aplicação restrita. É o que esclarece o Tribunal de Contas da União. Segundo GASPARINI (2014, p.586), o órgão, um dos principais fiscalizadores dos contratos celebrados pela Administração Pública, em todas as esferas, Municipal, Estadual e Federal, vem, reiteradas vezes, retificando e complementando o entendimento deste artigo, salientando que, além das formalidades estabelecidas pelo artigo em comento, são necessárias também, para a acertada decretação dos casos de emergência ou de calamidade pública, as seguintes:

a) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; b) a existência de urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas; c) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; e d) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente para afastar o risco iminente detectado. (GASPARINI, 2014, p.587).

Deste modo, é importante observar que mesmo a lei desobrigando o administrador da aplicação do procedimento licitatório, no caso da dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública, a mesma estabelece previamente uma série de requisitos os quais devem ser ressaltados na aplicação desta dispensa.

Portanto, ainda que esteja demonstrada a liberdade para o administrador, essa deve obedecer a critérios, sendo que ao mesmo tempo que há discricionariedade, trazendo legalidade ao ato.

4.5 DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle da Administração Pública tem como objetivo principal coibir condutas condenáveis por parte do administrador, subordinando-se ao controle do Poder Judiciário e Legislativo, exercendo ela mesmo o controle de seus próprios atos (DI PIETRO, 2019, p. 921).

Nas palavras de Di Pietro, o controle tem abrangência além do Poder Executivo, incluindo a administração direta e indireta;

Esse controle abrange não só os órgãos do Poder Executivo, incluindo a administração direta e a indireta, mas também os dos demais Poderes, quando exerçam função tipicamente administrativa; em outras palavras, abrange a Administração Pública considerada em sentido amplo (2019, p. 921).

Sempre observando os princípios inerentes a Administração Pública, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade, devendo o administrador fazer uso do sistema de controle, não somente em seu benefício individual, mas também em prol da coletividade (DI PIETRO, 2019, p. 921).

Conforme art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 2020, CF/88)

Devemos salientar que a Emenda Constitucional nº 19/98, ao incluir o parágrafo 3º, do Art. 37 da Constituição Federal, disponibilizou ao cidadão uma ferramenta importante de controle da administração:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide Lei nº 12.527, de 2011).

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 2020, CF/88).

A instituição que opera com grande importância no controle da Administração Pública é o Ministério Público, que atua na defesa de interesses difusos e coletivos, inclusive

para a coerção a atos de improbidade administrativa, exercendo a função de denunciar crimes cometido pelo administrador (DIPIETRO, 2019, p.921).

Para garantir a observância dos princípios constitucionais trazidos pelo Art. 37 da Constituição Federal, o controle da Administração deve fiscalizar e corrigir atos ilegais, através dos três órgãos, administrativo, legislativo e Judiciário (DI PIETRO, 2019, p. 921).

Conforme demonstra Di Pietro, existem várias espécies de controle da Administração Pública;

[...] “Quanto ao momento em que se efetua, pode ser prévio, concomitante ou posterior.” [...] “ainda pode ser interno ou externo” [...] “ainda pode ser de legalidade ou de mérito” [...] “O primeiro pode ser exercido pelos três Poderes; o segundo cabe à própria Administração e, com limitações, ao Poder Legislativo” [...] (2019, p. 922).

Estando todos os órgãos de controle sujeitos as Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, salienta Di Pietro;

Qualquer que seja o órgão de controle, ele está sujeito às normas da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655, de 25-4-18, no que diz respeito à segurança jurídica, à motivação quanto às consequências administrativas e jurídicas das decisões, à dosimetria das sanções, à possibilidade de celebração de compromisso para eliminar irregularidades, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, à possibilidade de compensação a ser garantida em decorrência de benefícios indevidos ou prejuízos anormais. (2019, p. 922).

Como exemplo de controle da Administração Pública podemos citar diversos instrumentos: ação de improbidade (art. 37, § 4.º, da CRFB e Lei 8.429/1992); a ação popular (art. 5.º, LXXIII, da CRFB e Lei 4.717/1965); a ação civil pública (art. 129, III, da CRFB e Lei 7.347/1985) e as hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 1.º da LC 64/1990, alterada pela LC 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”). Através destes instrumentos se realiza o controle moral da Administração Pública (MAZZA, 2019, p. 126).

4.5.1 Do Controle do Processo Licitatório

O controle do procedimento licitatório é uma ferramenta de grande importância para garantir a boa-fé de toda a ação, em todas as suas formas, bem como, de maneira geral, cuidar do uso e aproveitamento dos recursos públicos pela Administração Pública quando da contratação de bens, serviços, entre outros.

Se demonstrando essencial, dada a atual situação fática de nosso país, ao qual fica explícita a incidência da má-fé, e a não observância dos princípios da moralidade, probidade e legalidade, tendo em vista, as frequentes operações de investigação deflagradas pela Polícia Federal, visando apurar diversos crimes de corrupção, má administração dos recursos públicos,

e utilização de recursos indevidamente. No que tange ao procedimento licitatório, não é diferente.

Portanto, vamos tratar de forma detalhada os meios que são usados para uso correto dos recursos públicos na realização do procedimento licitatório, bem como na ocorrência da dispensa por circunstâncias que necessitam da prestação do atendimento ou serviço de forma rápida, demonstrando nesta alternativa, como já foi explanado no trabalho, ser o momento de máxima fragilidade no que diz à moralidade administrativa.

Desta forma, são muitos os dispositivos utilizados para controlar o procedimento licitatório; vamos observar, de maneira inicial, a classificação geral das formas de controle da atividade administrativa, segundo Di Pietro;

O controle ainda pode ser interno ou externo, consoante decorra de órgão integrante ou não da própria estrutura em que se insere o órgão controlado. É interno o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. É externo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro; como também o controle da Administração Direta sobre a Indireta (2019, p.921).

Esta relação de controle se dá do órgão controlado para com o órgão controlador, sendo que, quando o órgão controlado realiza o próprio controle, dá-se que este é o chamado de controle interno; já quando o órgão controlador é um órgão estranho ao órgão controlado, dá-se como o controle externo. (GASPARINI, 2014, p.1039).

Segundo Di Pietro, a atuação no controle interno ou externo das atividades da Administração Pública é o próprio amparo aos princípios norteadores da atividade administrativa:

A Constituição Federal, no capítulo concernente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, prevê o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 71) e o controle interno que cada Poder exercerá sobre seus próprios atos (arts. 70 e 74). Esse controle interno é feito, normalmente, pelo sistema de auditoria, que acompanha a execução do orçamento, verifica a legalidade na aplicação do dinheiro público e auxilia o Tribunal de Contas no exercício de sua missão institucional (2019, p. 921).

Neste viés, segundo Di Pietro, no que tange ao controle interno, este [...] "decorre do poder de autotutela que permite à Administração pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes." [...] (2019, p. 922).

Demonstra Di Pietro, fundamento da revisão dos atos da administração, através do controle interno;

O poder de autotutela encontra fundamento nos princípios a que se submete a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da predominância do interesse público, dos quais decorrem todos os demais. Com efeito, se a Administração está sujeita à observância da lei e à consecução do interesse público, não há por que negar-lhe o controle sobre os próprios atos para assegurar a observância daqueles princípios,

mesmo porque, não o fazendo, sujeita-se ao controle pelos demais Poderes, aumentando os ônus do Estado na missão suprema de tutela do direito. (2019, p.923).

Por outro lado, no que tange ao controle externo de suas atividades, observa-se que este deva ser executado obedecendo os limites estabelecidos em lei, pois caso isso não ocorra, poderemos afetar a autonomia da Administração Pública. (DI PIETRO, 2019, p. 922).

Entretanto, necessita-se salientar, designadamente, como os procedimentos licitatórios são regulados por este controle interno e externo. Neste sentido, apreciando o que a Constituição Federal regula sobre o controle, nos art. 70, 71 e 74, conforme segue;

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

[...]

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

[...]

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

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. (BRASIL, 2020, CF/88)

Portanto, sabemos que toda a atividade da Administração Pública é controlada de maneira interna e externa, denunciando assim irregularidades ou ilegalidade nas atividades da administração.

Desta forma, observando o caráter financeiro que envolve o procedimento de contratação da Administração Pública, devemos mencionar o Tribunal de Contas, órgão de controle externo, que tem como legitimado para representar: qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica, conforme dispõem Art.113, §1º, da Lei das Licitações (BERWIG, 2019, p. 300).

Logicamente, a lei de licitações, Lei 8.666/93, possui tal previsão de controle externo, mencionando o Tribunal de Contas como órgão fiscalizador por competência, conforme se vê no artigo 113 da Lei:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. (BRASIL, 2020, LEI DE LICITAÇÕES).

Devendo o TCU, segundo Couto, julgar as contas;

Dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. (2020, p. 863).

Através do Controle externo do Poder Judiciário, podem ser analisadas as legalidades dos atos administrativos, a conduta funcional e moral do administrador, segundo Couto (2020, p. 871), “[...]oferecendo os instrumentos de controle judicial da Administração pública: habeas data, mandado de injunção, mandado de segurança, ação popular e ação cível pública[...]”.

Portanto, o controle externo exercido pelo poder judiciário, segundo Berwig;

O controle pelo poder judiciário se dá mediante a provocação do interessado por meio de interposição de ações diversas, como mandado de segurança, ação popular e ação ordinária e destina-se a analisar a legalidade das ações administrativas na licitação, podendo implicar em análise na verificação da conduta funcional e sua lealdade com a instituição a que esteja vinculado. (2019, p. 300).

Desta feita, compreende Couto;

O controle interno tem o dever apoiar no controle externo na sua missão instrucional, tendo também seus responsáveis, sob pena de responsabilização solidária, o dever funcional de dar ciência ao Tribunal de Contas das irregularidades ou ilegalidades de que tiverem conhecimento (2019, p. 861).

Enfim, é imprescindível salientar que os instrumentos de controle das atividades da Administração Pública são de extrema importância para que se possa ter atos administrativos emanados dentro das regras e princípios estabelecidos para a Administração Pública, especialmente os consagrados no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Logicamente, no que tange ao procedimento licitatório, é importante se ter meios de controle pelos quais se possam garantir contratações públicas com toda a boa-fé e seriedade no que diz respeito a recursos públicos e a administração da máquina pública que deve se desenvolver com toda a lisura possível.

Portanto, é tarefa de suma responsabilidade gerir a máquina pública com integridade e honestidade, não renunciando de forma alguma aos princípios e preceitos morais que norteiam as atividades da Administração Pública, muito além, até mesmo, do que os

próprios dispositivos legais possam garantir. Portanto, tem-se que o controle das atividades licitatórios exercem regulação destas premissas.

5 MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO QUE TANGE A CALAMIDADE PÚBLICA OU EMERGÊNCIA NA LICITAÇÃO

5.1 CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio jurídico da moralidade exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade na prática diária de boa administração. No tange a moralidade administrativa segundo Di Pietro (2019, p. 104) [...] “Licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral” [...]” nem tudo o que é legal é honesto” [...].

Conforme Couto, demonstra que no século XIX, restou se concretizada a diferença entre Moral e Direito, segue:

A moral está ligada à vontade pura como imperativo categórico que não comportam juízo externo de valor, está vinculada ao desejo interno e não comporta e não comporta qualquer convenção. O Direito é vinculado ao dever-ser, comportando conduta contrária à convencionalmente desejada e, consequentemente, sanção (2020, p. 133).

Podemos observar que o dispositivo da Moralidade ainda é tratado como novidade, às vezes nem chega a ser reconhecido por alguns doutrinadores, conforme Di Pietro (2019, p. 104) [...] “o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade.” [...], e por muitas vezes, confundido com o Princípio da Probidade.

Tal confusão, entre a moralidade administrativa e a probidade administrativa, é compreensível, tendo em vista seus conceitos, que estão extremamente ligados, sendo praticamente sinônimas, conforme Araújo, exemplifica conceito de Moralidade Jurídica:

Moralidade jurídica, que é atingida pela observância dos princípios administrativos como supremacia e indisponibilidade do interesse público, legalidade estrita, igualdade, impessoalidade, com algo mais que é a decisão do agente sobre o que é honesto ou desonesto, moral ou imoral, pois muitas vezes o que é formalmente legal pode não ser honesto ou moral, e o ato pode ser praticado de forma a prevalecer, na sombra, o interesse imoral, ilegítimo e inconfessável (2018, p.603).

Desta feita, a observância da Moralidade administrativa tem muito a ver com a aplicação da discricionariedade do administrador público, sendo uma decorrência da outra.

Já no Brasil, a moralidade na Administração Pública, embora permaneça qualificada como princípio administrativo, elencado no caput do artigo 37 da Constituição

Federal, é apresentada por vários doutrinadores como de conceito abstrato, fazendo parte do próprio conceito e princípio de legalidade. (DI PIETRO, 2019, p.104).

Entretanto, tendo em vista a posição dos já mencionados doutrinadores, deve se levar em conta que para se ter um ato emanado pela Administração Pública fundado em legalidade, não deverá ser somente vinculado ao cumprimento absoluto da legalidade, como se a observância exclusiva deste princípio assegura-se o procedimento administrativo legal.

Desta feita, demonstra quem deve observar referido princípio Di Pietro, conforme segue:

Além disso, o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São frequentes, em matéria de licitação, os conluíus entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio. (2019, p. 105)

Portanto, além disto, respeitar todos os princípios constitucionais para que o ato da administração ocorra com legalidade, respeitando os preceitos legais, conforme esclarece Araújo (2018, p. 604), [...]“sujeitando os respectivos atos à invalidação, pois a violação dos princípios éticos corresponde à violação do próprio direito”[...].

Ainda, como demonstra a disposição Constitucional, é cabível salientar que ela estabeleceu como norte da atividade da Administração Pública o princípio da moralidade, sendo que, da mesma forma, deliberou a obrigatoriedade da proteção à moralidade e a consequente responsabilização do agente público amoral ou imoral. (DI PIETRO, 2019, p.104).

Esta relação entre moralidade e legalidade, deve ser usada como controle nas hipóteses de desvio de poder. Di Pietro afirma, conforme segue:

Certamente, com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa (2019, p. 92).

É notório então, que a moralidade administrativa prescinde não somente a obediência absoluta aos seus preceitos legais, mas sim, muito além disso, diz respeito também a obediência às regras não-escritas da Administração Pública. (ARAUJO, 2018, p. 85-86).

Assim, é claro entender que, estando o agente público inserido nesta sensibilidade: de obediência às regras escritas e também as regras não-escritas, pode ele alcançar o pleno atendimento dos objetivos da Administração Pública no que tange ao interesse público.

Ademais, a não observação e efetivação da moralidade (no contexto das regras escritas e das regras não-escritas) pelo administrador público no exercício de sua atividade

pública, enseja ato imoral ou, até mesmo, ato que caracterize a improbidade administrativa, sujeitando-se assim as sanções legais previstas.

5.2 MORALIDADE COMO LIMITE DA DISCRICIONARIDADE DO ADMINISTRADOR

A Moralidade no exercício da Administração Pública, é um tema que ganha a cada dia mais evidência, tendo em vista a atual situação fática do mundo, com a proliferação do vírus COVID-19, que acabou configurando estado crítico com relação a saúde para algumas nações, inclusive para o nosso país, que decretou Estado de Calamidade pública em 20 de março de 2020, que deverá perdurar até dia 31 de dezembro de 2020, obviamente podendo ser prorrogado.

No que tange à gestão de recursos públicos, é notória a incidência de corrupção, desonestidade ou a má-fé na gestão da máquina pública, desta forma, deixando de observar o principal objetivo da Administração Pública que é o atendimento ao interesse público, e interesse coletivo, ou seja, ausência absoluta da observância dos preceitos constitucionais, utilizados para suprir lacunas na própria norma.

Neste viés, além da própria previsão constitucional do artigo 37, que abarcou o princípio da moralidade na carta constitucional, como já se viu, também, pode-se observar a importância da moralidade administrativa no artigo 5º, inciso LXXIII, onde se prevê que a lesão à moralidade administrativa pode ser alicerce de ação popular. (DI PIETRO, 2019, p. 105).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (BRASIL, 2020, CF/88).

Podemos observar, que mesmo com a previsão legal, que dispõem que o agente público deve fazer somente o que está previsto em lei, há momentos em que a própria norma estabelece a possibilidade de o agente público fazer uso do chamado poder discricionário. Sendo este poder de escolha do agente, que possibilita maior incidência de atos imorais ou até mesmo ilegais (DI PIETRO, 2019, p.161).

Portanto, segundo o mesmo autor, no que diz respeito a moralidade e probidade existe muita confusão, pois comparando os dois preceitos, são praticamente idênticos, porém segundo Di Pietro, se distinguem no momento da aplicação em casos de atos ilícitos:

Quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso. Na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92), a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. (2019, p. 1022).

A discricionariedade alude, basicamente, na possibilidade de escolher. De tal modo, devendo a escolha ser feita sempre ressalvada a previsão legal, o atributo que dá vida a discricionariedade é exatamente a possibilidade de escolha (MAZZA, 2019, p. 391).

Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo²⁴. O ato administrativo discricionário, portanto, além de conveniente, deve ser oportuno (GASPARINI, 2012, p. 149).

Neste viés, não se pode conceituar a discricionariedade, apenas na faculdade de escolha, mas além, pode-se demonstrar também a discricionariedade vinculada, que por sua vez, sugere uma análise cuidadosa do agente público, no tange a tomada de decisão mais adequada, decisão esta que está prevista em lei, mas deve obedecer todas as especificações normativas, buscando o efetivo interesse público. (MAZZA, 2019, p. 391).

Também neste entendimento Di Pietro saliente que:

A finalidade é sempre vinculada; para cada ato administrativo previsto na lei, há uma finalidade específica que não pode ser contrariada. Por exemplo: a finalidade do ato de demissão é sempre a de punir o infrator, de modo que se for praticado, por exemplo, para atender à conveniência do serviço será ilegal. (2019, p. 250).

Deste modo, conceitua Di Pietro a diferença entre ato discricionário e vinculado:

A distinção entre atos discricionários e atos vinculados tem importância fundamental no que diz respeito ao controle que o Poder Judiciário sobre eles exerce. Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu. Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. (2019, p. 255).

Segundo Di Pietro (2019, p.248), por estes motivos, [...] “não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade. [...]”. Ou seja, em meio a um universo de possíveis opções todas elas legalmente cabíveis a serem adotadas, a Administração Pública irá escolher por aquela que estabeleça o "mínimo ético". (DI PIETRO, 2019, p.250).

Por fim, o tema se entende que se pode ter a Administração Pública agindo por intermédio de seu poder discricionário, contudo, neste momento, haverá sempre um conexão que divide o moral do imoral nestas circunstâncias, um ligamento definido como um caminho apertado fundado pelos dois conceitos.

5.3 DA BOA-FÉ NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

A boa-fé passou a ser aplicada no direito administrativo com a Lei Federal nº 9.784, de 29/01/1999, que gere o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. (DI PIETRO, 2019, p. 114)

Segundo Di Pietro:

A lei inclui entre os critérios a serem observados nos processos administrativos a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”. Também está previsto no artigo 4º, II, que insere entre os deveres do administrado perante a Administração o de “proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé”. (2019, p. 114).

Podemos observar que o princípio da boa-fé, está nitidamente vinculado aos demais preceitos inerentes a atividade pública, principalmente a moralidade administrativa e improbidade administrativa, sendo primordial, sem exceção, a observância da boa-fé objetiva e quando necessária a utilização do poder discricionário do administrador, a utilização da boa-fé subjetiva. (MAZZA, 2019, p. 124).

O princípio da boa-fé abrange um aspecto objetivo, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, ela está agindo de má-fé. (DI PIETRO, 2019, p. 115).

Portanto, conforme entendimento de Mazza:

A boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença ou boa-fé convicção consiste na investigação sobre vontade e intenção do indivíduo, especialmente para apurar o conhecimento ou o desconhecimento da ilicitude da conduta praticada. Fala-se que o agente atuou “de boa-fé”, tendo como noção contraposta a “má-fé”. Já a boa-fé objetiva ou boa-fé conduta manifesta se externamente por meio da investigação do comportamento do agente, sendo irrelevante sua intenção. Fala-se que o agente atuou “segundo a boa-fé”, tendo como noção contraposta a “ausência de boa-fé”, e não a má-fé. (2019, p. 124).

Por fim, podemos dizer, no que tange ao procedimento da Administração, que deverão ser observados preceitos de boa-fé, honestidade, para que possa ser garantida a moralidade no exercício da atividade da Administração Pública, criando conceitos de deveres e obrigações para a garantia da boa-fé. (DI PIETRO, 2019, p. 115).

Logo, muito embora o conceito de boa-fé não seja originário do próprio direito administrativo, a aplicação dele na matéria da administração pública é de clara assimilação, pois, segundo Carvalho Filho (2020, p. 253) [...] "a estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia." [...].

5.4 DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O conceito de Improbidade Administrativa, ao longo da história, pode ser construído através de valores morais julgados relevantes ao desenvolvimento moral da sociedade, estando tais valores importantes para o exercício da atividade administrativa. (COUTO, 2020, p. 934-935).

A improbidade administrativa, tema de importante relevância para o desenvolvimento da atividade administrativa, havendo interações com outros ramos do Direito, como por exemplo do Direito Penal e Civil, estando extremamente ligado à Moralidade Administrativa.

Logicamente, no que se refere ao desenvolvimento da atividade administrativa, podemos dizer que a improbidade administrativa se caracteriza basicamente segundo Couto, (2020, p. 938), como “[...]a imoralidade administrativa contextualizada na lei. [...]”.

É notória a garantia constitucional trazida pelo artigo 37, § 4º, pois estão previstas sanções para os casos de improbidade administrativa, tais como: violação aos princípios da Administração Pública, a suspensão de direitos políticos, perda da função pública, e a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, devendo ser responsabilizado penalmente caso necessário. (DIOGO, 2014, p. 682).

Também segundo Mazza:

Atualmente, é o art. 37, § 4o, da Constituição, a fonte normativa principal sobre a matéria. Segundo o dispositivo, os atos de improbidade administrativa provocam a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível. Trata-se, sem dúvida, de sanções severas e necessárias à tutela jurídica alvejada (embora, lamentavelmente, nem sempre aplicadas). Há, ainda, outros mandamentos dotados de conteúdo correlato, como, por exemplo, o art. 37, caput (que inclui a moralidade como princípio); o art. 37, § 5o (prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao

erário); e o art. 85, V (crime de responsabilidade do Presidente da República por ato que atente contra a probidade na Administração) (2020, p. 1154).

Além disso, salientamos que a improbidade administrativa é ato ilícito tratado pelo direito positivo. Ele aborda as questões de crimes de responsabilidade administrativa para os agentes políticos, sendo que não trata de improbidade para os servidores públicos. Porém, a lei tratou do combate à corrupção, trouxe a expressão enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, aí para os servidores públicos em geral. (DI PIETRO, 2019, p.1165).

Contudo, salienta Di Pietro, os principais elementos para caracterização do enriquecimento ilícito:

Enriquecimento ilícito – Segundo o art. 9º, a conduta de improbidade gera enriquecimento ilícito quando o autor auferir “qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º” da lei. Essa é a conduta genérica, constando dos incisos I a XII as condutas específicas. (2019, p. 1116).

Desta forma, não há proibição que desautorize o enriquecimento do agente público, porém este deverá ocorrer de maneira lícita, sempre levando em consideração os princípios constitucionais da Moralidade e Probidade.

Podemos observar que Imoralidade Administrativa possui dois elementos: os subjetivos e objetivos das condutas, sendo o subjetivo caracterizado pelo dolo ou culpa do agente, e o elemento objetivo não admitido pelo nosso sistema jurídico. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 1165).

A gravidade da lesão à moralidade pode estabelecer níveis para a caracterização da improbidade administrativa, conforme Lei da Improbidade Administrativa, em seu art. 12º, podendo ser grave, média e menor.

Segundo Couto os níveis de improbidade administrativas, grave, médio e menor se caracterizam conforme segue:

De alta gravidade são os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; de média gravidade são os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e os que concedem, aplicam ou mantêm benefício financeiro ou tributário ilegal e de menor gravidade são os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. (2020, p.955)

O ato de improbidade administrativa é entendido da seguinte forma, segundo Di Pietro:

Isso permite concluir que: (a) o ato de improbidade, em si, não constitui crime, mas pode corresponder também a um crime definido em lei: (b) as sanções indicadas no artigo 37, § 4º, da Constituição não têm a natureza de sanções penais, porque, se tivessem, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo, quando admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas “sem prejuízo da ação

penal cabível”; (c) se o ato de improbidade corresponder também a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal. (2019, p.1027).

Desta feita, constatamos que o ato de improbidade administrativa, corresponde a ato ilícito administrativo, que obriga a autoridade competente a apurar responsabilidade na esfera administrativa e na esfera criminal do agente público, caracterizando ato ilícito de natureza civil e política, havendo consequências segundo Di Pietro (2019, 1027), como: [...] “a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário” [...].

Notável é a difícil diferenciação entre a moralidade administrativa e a probidade administrativa, tendo em vista que ambas tratam de conceitos de honestidade e para com a administração e a boa-fé na gestão dos recursos públicos.

Moralidade administrativa e probidade administrativa, como já demonstrado, são parecidas, visto a proximidade de sua conceituação. As duas trazem a ideia de honestidade para com a Administração Pública, tendo em vista que ato imoral implicará em desvio de finalidade (desvio de poder). Portanto, o simples cumprimento formal da legalidade no exercício da função pública não é o suficiente, há de serem observados os valores e critérios, os princípios éticos envolvidos de legalidade, boa-fé, para que ocorra uma boa administração da máquina do Estado. (DI PIETRO, 2019 p. 927).

Por fim, constatamos que todas as atividades inerentes a Administração Pública devem respeitar os princípios constitucionais de moralidade, probidade e legalidade, normas e regras demonstradas em legislação específica, e que a não observância de tais critérios acarreta nulidade do ato administrativo.

5.5 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O desenvolvimento do trabalho demonstrou que em caso de a atividade da Administração Pública não observar os preceitos legais, normas e regras descritas na legislação, ou o ato causar lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito, caberá a autoridade responsável representar perante o Ministério Público, caso necessário.

O controle da atividade administrativa do Estado, conforme Oliveira:

As fundações estatais encontram-se submetidas ao controle estatal, assim como ocorre em relação às demais entidades administrativas, públicas ou privadas. Além do controle administrativo, exercido pelo respectivo ente federado (ou Ministério), as fundações estatais são controladas pelo Tribunal de Contas, na forma do art. 71, II, da CRFB. (2020, p. 145).

Entretanto, existem exceções, conforme o mesmo autor:

Registre-se, no entanto, que as fundações estatais não se submetem ao controle pelo Ministério Público previsto no art. 66 do CC, tendo em vista três argumentos:

- a) o art. 66 do CC refere-se, exclusivamente, às fundações privadas, instituídas por particulares;
- b) o § 3.º do art. 5.º do DL 200/1967, acrescentado pela Lei 7.596/1987, afasta, em sua parte final, a aplicação das normas do Código Civil, relativas às fundações privadas, às fundações estatais; e
- c) as fundações estatais já estão submetidas ao controle do Executivo e do Legislativo, não sendo necessária a instituição de outras formas de controle estatal. (2020, p. 145).

Desta feita, podemos destacar também o controle interno da Administração Pública, ou seja, o princípio da autotutela do Estado, que se configura basicamente no fato da própria administração rever seus próprios atos, havendo a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inoportunos, assim exercendo o controle interno da atividade administrativa.

O controle interno poderá ser exercido de várias maneiras, como por exemplo a auditoria interna que se submete as entidades, o código de conduta e integridade, comitê estatutário e o controle financeiro de publicidade. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 557).

O controle judicial é exercido por diversos instrumentos, conforme demonstra Oliveira:

O ordenamento jurídico consagra diversos instrumentos de controle judicial da Administração Pública, tais como: habeas corpus, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, habeas data, ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa. (2020, p. 797).

Por fim, através deste instrumento se configura o controle da Administração Pública, pois deve a administração se pautar nas normas e regras vigentes, sempre respeitando os princípios constitucionais inerentes a atividade pública.

5.6 CONDUTAS IRREGULARES NA APLICAÇÃO DA DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO EM CASOS DE EMERGÊNCIA OU CALAMIDADE PÚBLICA

É notório que o desenvolvimento do trabalho nos trouxe até o presente tema, que se demonstra de grande relevância para a realização das atividades inerentes a Administração Pública, tais atividades devem se realizar de maneira a respeitar os preceitos inerentes a Administração pública e as normas e regras previstas pela Lei de Licitações.

Desta feita, quando não cumpridos os procedimentos relativos ao processos administrativos licitatórios, que é busca pela proposta mais vantajosa para a administração, a

livre concorrência, respeitando ao que está descrito no instrumento convocatório, edital ou carta convite.

Portando vamos salientar julgados que tratam sobre as irregularidades inerentes a dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública. No primeiro momento, vamos analisar o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AO RECEBIMENTO DA INICIAL BASTAM INDÍCIOS DE COMETIMENTO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, COMO ACONTECE NO CASO SUB JUDICE, EM QUE O PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO EMITIU PARECER, COM NÍTIDO PERFIL DE TER SIDO ENCOMENDADO, DISPENSANDO LICITAÇÃO PARA A COMPRA DE PRODUTO DESTINADO A UMA CICLOVIA, PORTANTO, SEM URGÊNCIA, NEM SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA NEM EVIDÊNCIA DE INEXISTIR OUTRO FORNECEDOR NO MERCADO. [...] RECURSO DESPROVIDO.

(TJ-RS - AI: 70075379776 RS, Relator: Sérgio Luiz Grassi Beck, Data de Julgamento: 13/12/2017, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/12/2017) (RIO GRANDE DO SUL, TJRS, 2020a).

Deste viés, observamos atos inerentes a aplicação do controle externo por parte TJ-RS, tendo em vista, que a concessão da dispensa de licitação em caso emergencial ou calamitosa deve respeitar preceitos e critérios claros de aplicação.

Porém no julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ficou caracterizada a desnecessidade da contratação direta, devendo ocorrer o procedimento licitatório, tendo em vista que a situação não emergencial ou calamitosa, não se fazendo necessário a dispensa de licitação, demonstrando caso concreto de improbidade administrativa. Desta feita, concluímos que os atos discricionários da Administração Pública são os momentos mais propícios para ocorrência da improbidade administrativa.

Desta forma, demonstramos o Julgado de apelação criminal ao TJ-SP, com fundamentos no artigo 89 da Lei de licitações, que traz hipóteses de dispensar ou inexigir licitação sem a devida previsão legal, sem observar os critérios e formalidades imposta pelo procedimento licitatório.

Conforme julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO CRIMINAL – Crime do artigo 89 da Lei 8.666/93 – Dispensa e inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais [...] Inadmissibilidade – Materialidade e autoria do delito fartamente demonstradas, assim como o dolo do réu – Provas suficientes dos fatos descritos na denúncia, subsumindo a conduta do réu à figura típica imputada – Condenação mantida – Pena aplicada no mínimo legal – Regime mais benevolente para início de cumprimento de pena, em caso de conversão, que não se altera – Recurso não provido. Sentença mantida.

(TJ-SP - APR: 00000638420158260459 SP 0000063-84.2015.8.26.0459, Relator: Xisto Albarelli Rangel Neto, Data de Julgamento: 13/11/2020, 13ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 13/11/2020) (SÃO PAULO, TJ-SP, 2020b).

Portanto, se torna evidente que somente a simples desconsideração das formalidades previstas no ato de dispensar ou inexigir o procedimento licitatório e optar pela

contratação direta, não caracteriza ilegalidade, exige ocorra violação dos já elencados princípios da Administração Pública, previstos no artigo 37 da Carta Magna.

No caso em questão, nos permite compreender que a condição emergencial foi utilizada para a dispensa da licitação através de mera alegação e não se fundamenta em fatos que pudessem comprovar a situação, conforme segue:

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CONTRARIEDADE AO DISPOSTO NO ART. 24, INCISO IV, DA LEI N. 8.666/93 - ELEMENTO SUBJETIVO - PRESENTE - IMPROBIDADE CARACTERIZADA - PREJUÍZO AO ERÁRIO - DESNECESSIDADE – DANO IN RE IPSA – PREQUESTIONAMENTO - RECURSOS DESPROVIDOS. [...] A dispensa do processo licitatório, em desacordo com a previsão legal, ofende o direito da Administração Pública de selecionar a proposta mais vantajosa, o que, por si só, importa prejuízo ao erário (dano in re ipsa). [...] (TJ-MS - AC: 09000575020188120002 MS 0900057-50.2018.8.12.0002, Relator: Des. Eduardo Machado Rocha, Data de Julgamento: 25/06/2020, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 30/06/2020) (MATO GROSSO DO SUL, TJ-MS, 2020c).

Notável o prejuízo ao erário, pois o simples fato de não haver a busca pela proposta mais vantajosa, está em desacordo com a previsão legal.

No atual cenário global, o nosso país se encontra em crise social e econômica, em virtude da pandemia do Covid-19, em que ocasionou o estado de calamidade pública, estando assim os contratos da administração dispensados de licitar em casos específicos, contratos que tenham a necessidade de celeridade, para que possa alcançar sua finalidade que é o atendimento ao interesse público.

Conforme reportagem do G1, que traz a incidência de preços superfaturados na compra de respiradores para a pandemia do Covid-19 no Estado do Rio de Janeiro, sendo constatado através de auditoria do Tribunal de Contas do Estado, sendo apurado que as três empresas contratadas venderam os equipamentos com valor três vezes maior do que o valor de mercado. (Pedro Figueiredo, RJ2, G1, 20/05/2020).

Estando os responsáveis presos, devendo devolver aos cofres públicos a quantia equivalente a R\$ 36 milhões de reais, ou seja, está sendo exercido o controle externo judicial do procedimento licitatório. (Pedro Figueiredo, RJ2, G1, 20/05/2020).

Diante destes casos descritos podemos observar que existe milhares de outros casos na administração pública, em todas as esferas da administração pública, quer seja ela Federal, Estadual ou Municipal. O fato é que o dispositivo prevê a dispensa de licitação visando, claramente o atendimento de urgência do interesse público, sendo que é utilizado, em muitas vezes como ferramenta para atender interesses particulares, haja vista o momento de certa fragilidade ou, se assim podemos dizer, certo momento de flexibilização da Lei no que tange à obrigatoriedade de licitar. Logo, fica em evidência a necessidade de boa-fé, de moralidade na gestão pública.

6 CONCLUSÃO

Fundado nos estudos realizados no presente trabalho, chegamos à conclusão de que a exceção contida no dispositivo de dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública é de extrema importância para a prestação célere, por parte da Administração Pública, no atendimento à população em situações excepcionais, as quais trazem riscos aos bens e até mesmo à vida das pessoas.

Logo, considera-se que o processo licitatório em si é um procedimento pelo qual se busca a contratação mais vantajosa para a Administração Pública. Além do mais, gera, necessariamente, um controle sobre os gastos públicos, ou seja, exerce claramente um controle dos recursos públicos.

Desta maneira, por seu turno, este dispositivo de dispensa de licitação, embora seja uma exceção à regra de licitar, não pode ser encarado pelo administrador público como uma ferramenta de legitimação de seus atos discricionários, fundada pela mera vontade, ou seja, contratações sem critérios objetivos que as norteiam.

Isto posto, infelizmente, tem-se que em diversos casos podem ser constatadas a aplicação indevida da dispensa da licitação e contratações sem o mínimo de regramento, conforme constou neste trabalho. Assim, depreende-se que, em alguns casos se trata apenas de falta de técnica administrativa; porém, pode-se entender que em outros casos o dispositivo é utilizado para atender a interesses particulares em detrimento do interesse público.

Portanto, o presente estudo traz à tona a necessidade da observação da moralidade na Administração Pública. Mesmo que tenha havido como foco o estudo da dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública, a moralidade precisa estar presente em toda a Administração Pública, em todos os seus atos. Pois, se assim não o for, sempre se estará noticiando casos de corrupção, de má gestão de recursos públicos, quando se conseguir achar uma lacuna legal.

Por conseguinte, não se quer esgotar um tema tão complexo quanto a moralidade, tendo em vista sua amplitude em todas as esferas do Direito, não apenas em tema de Direito Administrativo.

Por fim, esta temática ganha relevância, mais do que nunca, haja vista recorrentes notícias de ilegalidade no processo licitatório, pelo país, em virtude da atual cenário do Covid-19, ao possibilitar a realização de contratos de contratação direta fundados na exceção da regra geral. Assim, cabe aos estudantes de Direito, inicialmente, conhecer as fragilidades legais e

morais que infelizmente corroem as riquezas deste país, para agir em prol de um Brasil melhor, no que tange a fiscalização da utilização dos recursos públicos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Disponível em: <https://www6.fgv.br/TIC/identitymanager/acad/unifiedlogon?id=85f0bef7-ff35-461f-aa6e-b7e10b3d604a> (ACESSO RESTRITO).

BERWIG, Aldemir. **Direito administrativo**. – Ijuí: Ed. Unijuí, 2019.

Disponível em: <https://www6.fgv.br/TIC/identitymanager/acad/unifiedlogon?id=85f0bef7-ff35-461f-aa6e-b7e10b3d604a> (ACESSO RESTRITO).

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. **Lei de Licitações**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 28 de setembro de 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Constituição Nacional. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

BRASIL, **Decreto Nº 7.257, de 4 de Agosto de 2010**. Regulamenta a Medida Provisória no 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2010/decreto/d7257.htm. Acesso em: 31 de agosto 2020.

BRASIL, Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Lei do Pregão**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

Disponível em: <https://www6.fgv.br/TIC/identitymanager/acad/unifiedlogon?id=85f0bef7-ff35-461f-aa6e-b7e10b3d604a> (ACESSO RESTRITO).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

Disponível em: <https://www6.fgv.br/TIC/identitymanager/acad/unifiedlogon?id=85f0bef7-ff35-461f-aa6e-b7e10b3d604a> (ACESSO RESTRITO).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Disponível em: <https://www6.fgv.br/TIC/identitymanager/acad/unifiedlogon?id=85f0bef7-ff35-461f-aa6e-b7e10b3d604a> (ACESSO RESTRITO).

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva 2014.
Disponível em: <https://www6.fgv.br/TIC/identitymanager/acad/unifiedlogon?id=85f0bef7-ff35-461f-aa6e-b7e10b3d604a>. (ACESSO RESTRITO).

Knoplock, Gustavo Mello. **Manual de direito administrativo: teoria, doutrina e jurisprudência**. – 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018
Disponível em: <https://www6.fgv.br/TIC/identitymanager/acad/unifiedlogon?id=85f0bef7-ff35-461f-aa6e-b7e10b3d604a> (ACESSO RESTRITO).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.
Disponível em: <https://www6.fgv.br/TIC/identitymanager/acad/unifiedlogon?id=85f0bef7-ff35-461f-aa6e-b7e10b3d604a> (ACESSO RESTRITO).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Acesso em:
Disponível em: <https://www6.fgv.br/TIC/identitymanager/acad/unifiedlogon?id=85f0bef7-ff35-461f-aa6e-b7e10b3d604a> (ACESSO RESTRITO).

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. Acesso em:
Disponível em: <https://www6.fgv.br/TIC/identitymanager/acad/unifiedlogon?id=85f0bef7-ff35-461f-aa6e-b7e10b3d604a> (ACESSO RESTRITO).

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.
Disponível em: <https://www6.fgv.br/TIC/identitymanager/acad/unifiedlogon?id=85f0bef7-ff35-461f-aa6e-b7e10b3d604a> (ACESSO RESTRITO).

REPORTAGEM G1, Rio de janeiro, Dia 18 de novembro de 2020.
Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/22/tce-diz-que-achou-precos-superfaturados-na-compra-de-respiradores-pelo-rj.ghtml>. Acesso em: 18 de novembro de 2020.

TJ-RS - AI: 70075379776 RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Data de Julgamento: 13/12/2017, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/12/2017. (RIO GRANDE DO SUL, TJRS, 2020a).
Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 23 de novembro de 2020.

TJ-SP - APR: 00000638420158260459 SP 0000063-84.2015.8.26.0459, Relator: Xisto Albarelli Rangel Neto, Data de Julgamento: 13/11/2020, 13ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 13/11/2020 (SÃO PAULO, TJ-SP, 2020b).

Disponível em:

https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionid=7A35B13A7582D7EA279F9B319D88DCAE.cposg5?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0000063-84.2015&foroNumeroUnificado=0459&dePesquisaNuUnificado=0000063-84.2015.8.26.0459&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_bd6af3bf5a1f4546963613e9e9fca209&g-recaptcha-response=03AGdBq26zRRL6y9mvvTgcJIG9sHgYFoBV9t9_lz-DJaGrwRqXcVpQfPnzknITQ2LKJTrGLEoAjbBaF6mTubR7ZNc0jlJNJTxCEnELTiD0GbhYsrlQ3J8j3tpxrl4JfV4vrv9HDEObEkwMBF_4Kzbo-Q48pDP2esyf2ptZ7Jh-ZYlQoO6PvZkYNSsaOrf2tPUFg5mJiDxj3qfwNg48B5771LeZ1q_o8sp8zQHC_Elsy8gVu4855Ah7D0xchXjYGC2sPUVmlu481wo2CZKGR38WbU_E7GJ3EPjD1NtWtNnUOGeQjRhCdIG7V4HugBn9gAd94TsrnrJHm3yoSbZVYO8JrtLjtON-ovsU-CjZf8ujbOoFvvS9RF5407RjVzjEp4lzLBTGpFMMfcRrNwqIXU541XL_vdQLJkEzZPt3BoCxdL1L_LA2b7NGAx-bYwwtKYWAFhVzSy8FLugV3reNnEgA9z7bYVWd8WtPg Acesso em: 23 de novembro 2020.

TJ-MS - AC: 09000575020188120002 MS 0900057-50.2018.8.12.0002, Relator: Des. Eduardo Machado Rocha, Data de Julgamento: 25/06/2020, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 30/06/2020 (MATO GROSSO DO SUL, TJ-MS, 2020c).

Disponível em:

https://esaj.tjms.jus.br/cpopg5/show.do?processo.codigo=020008KGA0000&processo.foro=2&processo.numero=0900057-50.2018.8.12.0002&uuidCaptcha=sajcaptcha_f52e7f6cf4ef4880b9aebe1e8077df73 Acesso em: 23 de novembro de 2020

