

Contratação emergencial e desídia administrativa

Marinês Restelatto Dotti

1. INTRODUÇÃO

Toda atividade administrativa do Estado é norteada pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. O fim, e não a vontade, domina todas as formas de administração. Para realizar suas funções, a administração pública recorre, freqüentemente, à colaboração de terceiros. Uma das formas de atuação conjugada do Estado com o particular é o contrato administrativo, derivado de um procedimento licitatório.

Há situações em que a administração recebe da lei autorização para deixar de licitar, se assim entender conveniente ao interesse do serviço; hipóteses há em que a administração defronta-se com inviabilidade fática para licitar, por expressa vedação da lei. As hipóteses de dispensabilidade do art. 24, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituem rol taxativo e a dispensa de licitação em razão da emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou equipamentos.

Na prática, a situação de emergência muitas vezes decorre da falta de planejamento administrativo e isso tem sido constantemente detectado pelos órgãos de controle, tanto interno como externo. Não obstante, o atendimento de certas situações pelo poder público há de ser imediato, sob pena de a procrastinação causar prejuízos ao interesse público, sendo a dispensa de licitação prevista no inciso IV, do art. 24, alternativa transitável para o gestor público, observadas as vinculações jurídicas aplicáveis à espécie.

A rigor, em que pese argumentos de autoridade em contrário, a licitação não é um princípio, mas tão somente um instituto, cuja natureza é de procedimento administrativo. Lembra Celso Antônio Bandeira de Mello¹ que a licitação tem dupla função, conforme dito na própria lei de licitações: garantir o princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. Enganam-se aqueles que vêem na licitação a garantia (somente) do princípio da isonomia, porquanto pensar assim seria o mesmo que dizer que nas dispensas de licitação tal caractere princípio está dispensado. Não é verdade. Primeiro que a licitação, como conjunto de procedimentos formais, não tem conseguido seu intento de soldado da moralidade pública. De outra, o art. 26 da Lei nº 8.666/93, ao estabelecer a necessidade de justificação do preço e a motivação da escolha da empresa a ser contratada para a execução do objeto da dispensa, em realidade quer garantir o núcleo duro dos princípios da moralidade, da isonomia e da igualdade.

Marinês Restelatto Dotti é Advogada da União, Especialista em Direito do Estado. Lotada no Núcleo de Assessoramento Jurídico em Porto Alegre/RS. Consultoria-Geral da União. Advocacia-Geral da União

2. CONTRATAÇÃO DIRETA

A realização de qualquer licitação depende da ocorrência de certos pressupostos. À falta deles, o certame licitatório seria um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades em vista das quais foi concebido. Ditos pressupostos são de três ordens, a saber: a) pressuposto lógico; b) pressuposto jurídico; e c) pressuposto fático.

É pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isso não há como conceber uma licitação. Dita impossibilidade é reconhecível já no próprio plano de um simples raciocínio abstrato. É pressuposto jurídico o de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a administração acudir ao interesse que deve prover. É pressuposto fático da licitação a existência de interessados em disputá-la.

Posto que a função do instituto da licitação é servir o interesse público, em casos tais percebe-se que falece o pressuposto jurídico para sua instauração. Com efeito: a licitação não é um fim em si mesmo; é um meio para chegar utilmente a um dado resultado: o travamento de uma certa relação jurídica. Quando nem mesmo em tese pode cumprir tal função, seria descabido realizá-la. Embora fosse logicamente possível realizá-la, seria ilógico fazê-lo em face do interesse jurídico a que se tem que atender.

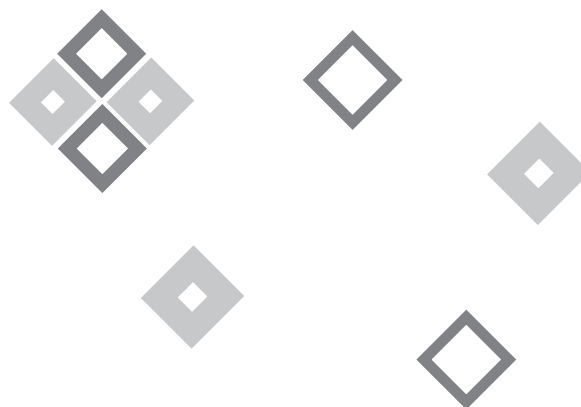
A Constituição Federal acolheu a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à administração pública. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando a contratação direta nos casos previstos em lei.

A supremacia do interesse público fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da administração pública. Existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício do interesse público e não asseguraria a contratação mais vantajosa.

Não é absurda a afirmação de que a contratação direta é uma modalidade extremamente anômala de licitação. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não-incidência do regime formal de licitação. Diante de situações desta ordem é que se configuram os casos acolhidos na legislação como de dispensa de certame licitatório ou os que terão de ser considerados como de inexigibilidade dele.

Certamente, em atenção à diversidade de hipóteses em que é cabível a adjudicação direta, isto é, a eleição da contraparte independentemente de licitação, a Lei nº 8.666/93 tanto prevê casos de dispensa de licitação quanto de sua inexigibilidade. Em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhidas.

Os casos qualificados pela lei como de licitação **dispensável** estão arrolados nos incisos I a XXIV do art. 24 da lei de licitações. A este total haver-se-ão de aditar as hipóteses, previstas no art. 17, em que a lei declara **dispensada** a licitação. De par com as figuras de licitação dispensável e dispensada, Celso Antônio Bandeira de Mello² reconhece a existência de licitação **proibida**. Informa que o exemplo típico, mas não único, é aquele que ao tempo do Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986, estava formalmente identificado como tal e hoje se encontra referido no art. 24, IX, entre as hipóteses de licitação dispensável; a saber: quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional.



3. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL

O inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, estabelece:

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;

[...]

O administrador, para deliberar pela não realização de licitação, deve ter redobrada cautela. No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores. A simples descontinuidade na prestação dos serviços não justifica, em tese, a realização de contrato emergencial. Compõem a situação de emergência certa dose de imprevisibilidade da situação e a existência de risco em potencial a pessoas ou coisas, que requerem urgência de atendimento.

...a licitação não é um fim em si mesmo; é um meio para chegar utilmente a um dado resultado...

Não é possível, ao administrador público, pretender utilizar uma situação de emergência ou calamitosa para dispensar a licitação em aquisições que transcendam o objeto do contrato, que em casos emergenciais deve ser feito tão somente no limite do indispensável ao afastamento do risco. Haverá, assim, profunda correlação entre o objeto pretendido pela administração e o interesse público a ser atendido. A correlação entre o objeto do futuro contrato e o risco, limitado, cuja ocorrência se pretenda evitar, deve ser íntima, sob pena de incidir, o administrador, em ilícita dispensa de licitação.

Nesse sentido, adverte J.C. Mariense Escobar³ que a situação emergencial ensejadora da dispensa é aquela que resulta do imprevisível e não da inércia administrativa. A situação adversa, dada como emergencial ou de calamidade pública, não pode ter se originado, total ou parcialmente, na falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, não pode, em nenhuma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação.

A hipótese merece interpretação cautelosa, segundo Marçal Justen Filho⁴. A contratação administrativa pressupõe atendimento ao interesse público. Isso significa que a ausência da contratação representaria um prejuízo para o bem público. Na generalidade dos casos em que o Estado dispõe-se a contratar, este é motivado a atuar para evitar dano potencial. Toda e qualquer contratação administrativa retrata a necessidade e a conveniência de uma atuação conjugada entre o Estado e terceiros. Uma interpretação ampla do inciso IV acarretaria, por isso, a dispensa de licitação como regra geral. O argumento da urgência sempre poderia ser utilizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória do interesse público.

O mesmo autor⁵ ensina que para a dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso IV, incumbe à administração pública avaliar a presença de dois requisitos: o primeiro deles é a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, deve ser evidenciada a urgência da situação concreta e efetiva, não se tratando de urgência simplesmente teórica. A expressão prejuízo deve ser interpretada com cautela, por comportar significações muito amplas. Não é qualquer prejuízo que autoriza dispensa de licitação, o mesmo deverá ser irreparável. Cabe comprovar se a contratação imediata evitará prejuízos que não possam ser recompostos posteriormente. O comprometimento à segurança significa o risco de destruição ou de seqüelas à integridade física ou mental de pessoas ou, quanto a bens, o risco de seu perecimento ou deterioração. O segundo requisito é a demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco, a contratação imediata apenas será admissível se evidenciado que será instrumento adequado e eficiente para eliminar o risco. Se o risco de dano não for suprimido através da contratação, inexistente cabimento da dispensa de licitação.

Trata-se de expor a relação de causalidade entre a ausência de contratação e a ocorrência de dano ou, mais precisamente, a relação de causalidade entre a contratação e a supressão do risco de dano. Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco.

O Tribunal de Contas da União firmou entendimento, por meio da Decisão Plenária⁶ nº 347/1994, no sentido de que são pressupostos da aplicação do caso de dispensa de licitação preconizado no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, primeiramente, que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, na falta de planejamento, na desídia administrativa ou na má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em nenhuma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação. Em segundo, que exista 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. Terceiro, que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso. E quarto, que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiros, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado.

4. DESÍDIA ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Na acepção trazida pelos dicionários da Língua Portuguesa, desídia tem o mesmo sentido que inércia, negligência, desleixo, descaso ou incúria. No Direito Público, desídia administrativa é sinônimo de falta de planejamento ou de ausência de previsão para necessidades perfeitamente previsíveis.

O planejamento contempla a seleção de alternativas de solução dos problemas com sua análise de custo-benefício e o estabelecimento de indicadores qualitativos e quantitativos, propiciando uma visão global da atividade administrativa antes da sua implementação e com muita utilidade nas etapas de acompanhamento e avaliação final, capaz de reduzir riscos e incertezas, direcionar recursos adequados e propiciar condições para obtenção de resultados positivos e eficazes para o interesse público. Traduz-se no princípio da eficiência, faceta de um princípio mais amplo tratado há muito no Direito Italiano: o princípio da boa administração.

Sem dúvida, o princípio da eficiência veio a lume para viabilizar a reforma do Estado, sendo implementado no nível infraconstitucional por instrumentos de otimização ou de privatização, em sentido amplo, das atividades estatais (Leis Federais 8.987/95, 9.074/95, 9.491/97, 9.637/98, 9.649/98, 9.790/99). Porém, esse é apenas um dos efeitos da consagração legislativa do princípio da eficiência. O outro indica uma revalorização do conteúdo da atuação administrativa, inclusive a decorrente da competência discricionária, cujo parâmetro será também a eficiência.

Adotado expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, dá uma nova dimensão à administração pública, aproximando-a mais do dever de boa administração. Os administrados são titulares de dois direitos subjetivos genéricos e fundamentais em face da administração pública: legalidade e funcionamento. O primeiro impõe garantias ao administrado pela instituição de limites à atuação da administração, sujeita a um dever negativo de abstenção. O segundo, conjugado ao primeiro, expressa a obrigação de a Administração oferecer certas prestações positivas aos administrados, sobretudo, quando a constituição ou as leis

ordenam, genérica ou especificamente, linhas de conduta administrativa para satisfação de interesses dos administrados, às quais ela não pode renunciar em função da primazia do interesse público e sua indisponibilidade.

O Acórdão nº 272/2002 – Segunda Câmara – Tribunal de Contas da União⁷, traz o exemplo mais comum de contratação direta na forma do art. 24, IV, em que a situação dada como de emergência se origina, total ou parcialmente da falta de planejamento ou da desídia administrativa:

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

5. CULPA DO ADMINISTRADOR E DEVER DE CONTRATAR

A base jurídico-constitucional da conduta do administrador exhibe um argumento de especial relevância. Criada a situação de necessidade de contratação, o administrador público foi colocado diante de situação cuja opção de solução é clara: a contratação emergencial.

São princípios constitucionais expressos à administração, cuja extensão à administração indireta a Constituição faz inquestionável, a legalidade e a eficiência. É nessa faixa jurídica que se há de encontrar a base validadora da conduta, para oferecer à lei de licitações a melhor leitura diante do quadro fático composto. Ressalta-se que essa conclusão não exige, das sanções cabíveis, o responsável que deu causa à situação emergencial surgida. Assunto de natureza similar foi abordado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, acatado pelo Plenário, ao prolatar o Acórdão⁸ nº 46/2002, aduzindo que as balizas legais, no atinente ao conceito de emergência, devem ser de tal ordem que impliquem urgência de atendimento da situação, sob pena de ocasionarem prejuízos ou comprometerem a segurança de pessoas, obras, serviços, bens ou equipamentos.

Como ensina Gilmar Ferreira Mendes acerca do princípio da proporcionalidade, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa. Na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado, pelo que um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito).

Determinar que não se dispense licitação quando a culpa for da administração é dupla lesão, porquanto permanece a falta de planejamento e aparece a descontinuidade da prestação de um serviço público ou abandono de direitos sociais. A não realização de licitação é ofensa a dispositivo, entretanto, este tem flexibilidade constitucional.

Adentrando na análise do caso, trago à colação o ensinamento de Paulo Bonavides⁹, que dá o primeiro elemento do princípio da proporcionalidade: o da pertinência, traduzido como princípio da adequação por Gilmar Ferreira Mendes. Para ele, sua aplicação deve responder se uma medida é o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público. Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Seguindo as pegadas do doutrinador e adentrando na proporcionalidade *stricto sensu*, só se age desta forma quando a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.

A norma não traz qualquer menção à causa que originou a situação de emergência, bastando-lhe a referida situação e a possibilidade que dela derive a ocorrência de prejuízo a pessoas e bens públicos ou da coletividade. Assim, dizer que a licitação não pode ser afastada quando a situação é criada por culpa do administrador é desbordar o alcance da norma e punir o destinatário da norma.

O que autoriza o dever de dispensar a licitação é a situação emergencial, não a causa de sua ocorrência. A teoria da imprevisão seria utilizada para averiguação da licitude do proceder administrativo. A falta de planejamento estaria aperfeiçoada com a constatação de uma situação de emergência, não com a adoção da contratação direta por dispensa. Não se pode confundir hipótese normativa criada para um caso dado com elemento de conduta objetiva utilizável para averiguar descumprimento de norma legal. Se estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo, cabe dispensa de licitação, independente de culpa do servidor pela não realização do procedimento na época oportuna. A inércia do servidor, dolosa ou culposa, não pode vir em prejuízo do interesse público maior a ser tutelado pela administração.

No caso de emergência ficta ou fabricada, há negligência, não urgência. Apesar disso, contrata-se, e pela negligência responderá a autoridade omissa, depois de devidamente apurados todos os fatos. A emergência é um conceito relacional entre uma situação fática anormal e a realização de certos valores. Tais valores seriam os fins a serem atingidos pelo Direito Público. Assim, a situação de risco colocaria em perigo esses mesmos valores. Ainda segundo o autor, a contratação emergencial teria o caráter cautelar, porquanto a intempestividade redundaria na não-efetividade do gasto.

A situação de emergência criada pela desídia do administrador terá a capacidade de gerar afronta aos artigos 15, § 7º, inciso II (que patenteia o princípio do planejamento), da Lei nº 8.666/93 e o art. 74, incisos I (dever de atendimento das metas dos programas de governo) e II (obrigação de ser eficaz), da Constituição Federal. Esse é o dispositivo descumprido quando da desídia na prevenção da situação emergencial. Estando a situação emergencial formada, estará automaticamente subsumida ao caso a hipótese do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.



6. DESÍDIA ADMINISTRATIVA E RESPONSABILIDADE DO SERVIDOR

Distingue-se a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa. A ambas há idêntico tratamento, no que atina à possibilidade de contratação direta. Constatada a situação a requerer urgente contratação, não poderia a entidade ser tolhida no cumprimento de sua missão institucional, ao ser prejudicada pela falta do serviço que lhe é imediatamente indispensável, porém não exime o responsável pela falha administrativa de sofrer as sanções disciplinares compatíveis.

A despeito disso, o Tribunal de Contas da União, através do Acórdão¹⁰ 1490/2003, Segunda Câmara, entende que, ainda que por inércia da administração resultou caracterizada a situação emergencial, fato que ampara a contratação direta, não exime o agente que deu causa à situação de urgência de ser responsabilizado, embora exima aqueles que endossaram a contratação direta diante da urgência ocasionada.

Marçal Justen Filho¹¹ ensina que isso não significa defender o sacrifício do interesse público como consequência da desídia do administrador. Havendo risco de lesão ao interesse público a contratação deve ser realizada punindo-se o agente que não adotou as cautelas necessárias. O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Comprovando-se que, mediante licitação formal e comum, a administração obteria melhor resultado, o prejuízo sofrido deverá ser indenizado pelo agente que omitiu as providências necessárias.

Semelhante posicionamento é defendido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹² aduzindo que se estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo, cabe a dispensa de licitação, independentemente da culpa do servidor pela não realização do procedimento na época oportuna. Se a demora do procedimento puder ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, a dispensa tem que ser feita, porque o interesse público em jogo – a segurança – leva necessariamente a essa conclusão.

7. EXIGÊNCIAS LEGAIS

A demonstração de que a contratação direta foi a via adequada e efetiva para elidir o risco de dano ao interesse público não é suficiente para legitimar a atuação do administrador público. Deverá ser comprovada e documentada a presença dos requisitos legais que autorizam as contratações diretas, sujeitando o administrador público ao cumprimento das disposições da Lei n^o 8.666/93.

As contratações diretas, como regra geral, sujeitam-se ao cumprimento de alguns requisitos essenciais. A lei de licitações prevê para a hipótese do inciso IV, do art. 24, também, a comprovação da caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa. Como regra geral, as hipóteses de licitação dispensada, previstas nos §§ 2^o e 4^o do art. 17, as dispensas de licitação dos incisos III a XXIV do art. 24 e inexigibilidades do art. 25 serão necessariamente justificadas. A exigência nada mais é que o cumprimento do princípio da motivação consubstanciado no dever de o administrador público justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para se aferir a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.

No âmbito da administração pública federal, a legalidade da contratação direta fica condicionada ao atendimento de outros requisitos exigidos como: justificativa da contratação; autorização do ordenador de despesas para a contratação direta; descrição detalhada do objeto da contratação; comprovantes da regularidade fiscal da empresa contratada; declaração de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal; previsão dos recursos financeiros que assegurem o cumprimento da obrigação mediante declaração do ordenador de despesas atestando a disponibilidade orçamentária e financeira para a contratação, segundo o inciso II e § 4º do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 e art. 60 da Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964; caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa; razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço, mediante a apresentação de orçamentos; minuta de contrato, quando o caso exigir (art. 62, § 4º) e aprovação pela assessoria jurídica.

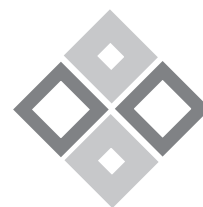
8. VINCULAÇÕES À APLICABILIDADE DO INCISO IV, DO ART. 24

Jessé Torres Pereira Júnior¹³ leciona que, a par da definição que vincula a emergência à urgência, o estatuto das licitações criou duas outras vinculações a razões objetivas de fato e de direito (motivos) reduzindo o espaço discricionário do administrador e sujeitando o ato de dispensa a impugnações por vício de motivo ou desvio de finalidade, a saber: somente os bens necessários ao atendimento da emergência ou da calamidade poderão ser adquiridos sem licitação, o que afasta a dispensa do certame para a contratação de quaisquer outros objetos, ainda que vigente a situação de emergência ou de calamidade; tratando-se de obras ou serviços, somente serão passíveis de aquisição direta aqueles cuja execução possa estar concluída em até 180 dias, consecutivos e ininterruptos, contados da emergência ou calamidade; de vez que estas podem prolongar-se, o termo *a quo* coincidirá com a data em que ocorreu o fato deflagrador da emergência ou da calamidade.

O doutrinador ensina que muito se tem ponderado sobre exceções que devam ser admitidas ao aparente absolutismo do prazo de 180 dias, na doutrina e nos Tribunais de Contas, de modo a reconhecer-se que não é, nem poderia ser, absoluto, admitindo-se que pode e deve ceder diante de circunstâncias incontornáveis pela administração, sob pena de lesão ao interesse público.

Extrai-se da Decisão¹⁴ nº 820/96 - Plenário - o excerto:

Diante do exposto, entendo, conclusivamente, que os contratos, firmados com dispensa de licitação, com base no disposto no inciso IV, art. 24, da Lei nº 8.666/93, embora tenham prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a conclusão das obras e serviços, podem ser prorrogados, desde que ocorra, posteriormente, fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.



9. REGULARIDADE E LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos que antecedem a contratação emergencial não recebem um tratamento diferenciado do procedimento licitatório, pois a contratação direta não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa, nem caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais aplicáveis à licitação. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes.

A contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. O primeiro é a existência de um procedimento administrativo e o segundo é a prevalência dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

O art. 113 da lei de licitações deixa claro que as autoridades administrativas têm o dever de demonstrar a regularidade e a legalidade dos atos que praticam. Assim, a demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano, de que a contratação foi a via adequada para elidir o risco são indispensáveis para caracterizar a hipótese de dispensa de licitação com base no inciso IV, do art. 24, assim como os demais requisitos exigidos por lei, notadamente aqueles elencados no art. 26 e seu parágrafo único.

Não obstante a situação dada como de urgência permitir que a contratação se dê na forma do inciso IV, afastando a possibilidade de dano ou prejuízos ao interesse público, a desídia do administrador ou falta de planejamento viola as normas gerais, sujeitando-o às sanções previstas na própria lei de licitações: “art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.”

É o dolo, correspondendo ao conhecimento, pelo agente, de que a dispensa de licitação efetiva-se em desacordo com a lei ou, ainda que não o seja,

de que se as estão processando com menosprezo das formalidades que a lei exige para tanto, tendo o agente a vontade livre de praticar as ações de acordo com a figura encartada no dispositivo.

Desta feita, o administrador deve ter muita cautela ao dispensar uma licitação, tendo em vista que o agente público será punido não somente quando contratar diretamente sem amparo na previsão legal do inciso IV, do art. 24, mas, também, quando deixar de observar as formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas no art. 26.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁵ afirma que, após a vigência deste dispositivo legal, há maior preocupação do administrador público nos processos relativos à dispensa e inexigibilidade de licitação, pois, efetivamente, o art. 89 da Lei nº 8.666/93 situa-se na linha evolutiva do aperfeiçoamento da administração pública, não raro as justificativas da contratação direta eram elaboradas posteriormente à celebração do contrato, à sua execução e, às vezes, só após a ação dos órgãos de controle, onde passavam a desafiar a criatividade dos órgãos jurídicos das entidades públicas.

O fato é que, com o advento desse diploma legal, passou a haver maior preocupação com os procedimentos que devem ser adotados para que a contratação direta seja considerada regular. De outro modo, é evidente que se o fornecedor ou prestador de serviços concorrer para a ilegalidade também deverá ser aplicada pena semelhante à atribuída ao administrador.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A emergência pode ser caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é de emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização da licitação, com os prazos e formalidades que a lei exige, pode causar prejuízo (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou ainda provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade das atividades específicas do órgão público.

Independente de culpa do administrador público pela não realização do procedimento licitatório na época oportuna, a caracterizar a desídia administrativa, se estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo, mesmo assim, cabe dispensa de licitação, segundo julgados do próprio Tribunal de Contas da União, conforme descrito no item 3. A inércia do administrador, dolosa ou culposa, não pode vir em prejuízo do interesse público maior a ser tutelado pela administração, não eximindo o agente que deu causa à situação de urgência de ser responsabilizado.

A contratação direta na forma do inciso IV, do art. 24, sujeitará o administrador público ao cumprimento das disposições da Lei nº 8.666/93, notadamente as do art. 26, com a comprovação e documentação da presença dos requisitos legais exigíveis. A lei de licitações deixa claro o dever de as autoridades administrativas demonstrarem a regularidade dos atos que praticam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação para concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2005.
- _____. *Decreto-lei nº 200*, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm>. Acesso em: 29 de Março de 2005.
- _____. *Decreto-lei 2.300*, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Revogado pela Lei 8.666, de 21-06-1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm>. Acesso em: 29 de Março de 2005.
- _____. *Lei nº 4.320*, de 17 de março de 1964. Institui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm>. Acesso em: 29 de Março de 2005.
- _____. *Lei nº 4.401*, de 10 de setembro de 1964. Estabelece normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm>. Acesso em: 29 de Março de 2005.
- BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm>. Acesso em: 29 de Março de 2005.
- _____. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm>. Acesso em: 29 de Março de 2005.
- _____. *Lei nº 9.074*, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm>. Acesso em: 29 de Março de 2005.
- _____. *Lei nº 9.491*, de 09 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm>. Acesso em: 29 de Março de 2005.
- _____. *Lei nº 9.637*, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm>. Acesso em: 29 de Março de 2005.
- _____. *Lei nº 9.649*, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm>. Acesso em: 29 de Março de 2005.





_____. *Lei nº 9.790*, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm> . Acesso em: 29 de Março de 2005.

_____. *Lei Complementar nº 73*, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a lei orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm> . Acesso em: 29 de Março de 2005.

_____. *Lei Complementar nº 101*, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm> . Acesso em: 29 de Março de 2005.

_____. *Lei de Diretrizes Orçamentárias nº 10.934*, de 11 de agosto de 2004. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2005 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principal_ano.htm> . Acesso em: em 29 de Março de 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 347 /1994, Plenário. Relator: Min. Carlos Átila Álvares da Silva, Brasília, 01 de junho de 1994. Ata 22/1994, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 21 de junho de 1994. Seção 1.

_____. _____. Acórdão nº 272/2002, Segunda Câmara. Relator: Min. Benjamin Zymler, Brasília, 13 de junho de 2002. Ata 21/2002, Segunda Câmara. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 de junho de 2002. Seção 1.

_____. _____. Acórdão nº 46/2002, Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, Brasília, 27 de fevereiro de 2002. Ata 05/2002, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 de março de 2002. Seção 1.

_____. _____. Decisão nº 820/1996, Plenário. Relator: Min. Bento José Bugarin, Brasília, 12 de dezembro de 1996. Ata 51/1996, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 de dezembro de 1996. Seção 1.

_____. _____. Decisão nº 524/1999, Plenário. Relator: Min. Valmir Campelo. Brasília, 11 de agosto de 1999. Ata 35/1999, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de agosto de 1999. Seção 1.

_____. _____. Acórdão nº 1024/2004, Primeira Câmara. Relator: Min. Humberto Guimarães Souto. Brasília, 18 de maio de 2004. Ata 16/2004, Primeira Câmara. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 de maio de 2004. Seção 1.

_____. _____. Acórdão nº 383/2003, Plenário. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 16 de abril de 2003. Ata 13/2003, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 de abril de 2003. Seção 1.

_____. _____. Acórdão nº 1490/2003, Segunda Câmara. Relator: Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 28 de agosto de 2003. Ata 32/2003, Segunda Câmara. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 de setembro de 2003. Seção 1.

_____. _____. Acórdão nº 348/2003, Segunda Câmara. Relator: Min. Adylson Motta, Brasília, 13 de março de 2003. Ata 08/2003, Segunda Câmara. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 de março de 2003. Seção 1.

_____. _____. Acórdão nº 282/2002, Segunda Câmara. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 13 de junho de 2002. Ata 21/2002, Segunda Câmara. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 de junho de 2002. Seção 1.

- _____. _____. Acórdão nº 376/1999, Segunda Câmara. Relator: Min. Adylson Motta. Brasília, 12 de agosto de 1999. Ata 29/1999, Segunda Câmara, *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 de agosto de 1999. Seção 1.
- _____. _____. Acórdão nº 243/2002, Plenário. Relator: Min. Marcos Vinícius Vilaça. Brasília, 03 de julho de 2002. Ata 23/2002, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 de julho de 2002. Seção 1.
- _____. _____. Acórdão nº 299/2002, Plenário. Relator: Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 21 de agosto de 2002. Ata 30/2002, Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 de setembro de 2002. Seção 1.
- CAETANO, Marcello das Neves Alves. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, [2006?]., il.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. As novas linhas do regime das licitações. *Livro de estudos jurídicos*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 383-396. 1991
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: comentários a nova Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ESCOBAR, J. C. Mariense. *Licitação: teoria e prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1993.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação : dispensa de licitação, inexigibilidade de licitação, comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão, procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. 671 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. refund. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional 35, de 20.12.2001. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva. 1990.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações da administração pública*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2003.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemanha*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. (Colección Estudios Constitucionales).

